

**RI
EC**

revista interdisciplinar de
estudos contemporâneos

Fundação Educacional Fausto Pinto da Fonseca
Faculdade de Nova Serrana





ISSN 2318-2393

Fundação Educacional Fausto Pinto da Fonseca
Faculdade de Nova Serrana

VOL. 01

MARÇO a MAIO 2018

EDIÇÃO VII

EXPEDIENTE

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

ISSN 2318-2393

COMISSÃO DE ELABORAÇÃO

Presidente da Fund. Educ. Fausto Pinto da Fonseca

Adm. Geraldo Fonseca Saldanha da Silva

Diretor Geral da FANS Prof. Fábio Fonseca Saldanha

Coordenador Acadêmico

Prof. Paulo Henrique Pimenta

Coordenadora de Pesquisa e Extensão

Bel. Franciane Machado Lamóia

Gerente Administrativa

Adm. Vanusa Aparecida Azevedo

Coordenador do Curso de Ciências Contábeis

Prof. Agilson Emerson da Silva

Coordenador do Curso de Administração

Prof. Hélder Mendonça Duarte

Coordenadora do Curso de Direito

Profa. Rozirene Emetério Leite

Coordenadora do Curso de Psicologia

Profa. Cândida Rosa Silva

Profa. colaboradora

Flávia Aparecida Soares

Editorial da RIEC

Franciane Machado Lamóia

Profa. Flávia Aparecida Soares

Revisão de periódico

Franciane Machado Lamóia

Profa. Flávia Aparecida Soares

Obs.: A editoração da RIEC é uma das atividades executadas entre os entes já elencados em parceria com os Núcleos docentes Estruturantes dos cursos de Administração,

Ciências Contábeis, Psicologia, Pedagogia e Direito da Faculdade de Nova Serrana. A autenticidade dos textos é de responsabilidade de seus autores, conforme critérios assumidos no momento da submissão.

APRESENTAÇÃO

Engajada com o compromisso cultural e social de levar o conhecimento através da leitura a quem assim o deseja, é que a **FANS Faculdade de Nova Serrana** lança a 7ª edição da Revista Interdisciplinar de Estudos Contemporâneos, Edição Especial de Direito. Com esta edição, pretendemos possibilitar aos nossos leitores, um maior conhecimento sobre vasto mundo do direito, trazendo à tona questões pertinentes que abordam temas de ordem psicológica e social. Assim, reiteramos o compromisso de promover um conhecimento sem fronteiras e desejamos uma ótima leitura! Que todos possam apreciar os trabalhos aqui publicados.

Por **Flávia Aparecida Soares**, membro do corpo editorial da RIEC.

SUMÁRIO

CRIMINOLOGIA APLICADA AO DIREITO PENAL: A ressocialização do delinquente	06
Cândida Rosa da Silva, Franciane Machado Lamóia, Vanusa Aparecida de Azevedo	
CÂMBIO, CONTAS CC5 E NORMALIZAÇÃO CAMBIAL	14
Fabiano Verli	
DELITO, VÍTIMA, DELINQUENTE E CONTROLE SOCIAL NA CRIMINOLOGIA	30
Franciane Machado Lamóia, Evellyn Raíssa de Oliveira Fernandes, Jefferson Antônio de Paula, Tiago Moreira Lenoir	
DIREITO ESTRITAMENTE INDIVIDUAL À SAÚDE?	39
Fabiano Verli	
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS	68
Rozirene Emetério Leite, Jarbas Filho de Lacerda, Hellen Flávia Santos Moreira	
OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO SERVIÇO TERCEIRIZADO	95
Rozirene Emetério Leite, Marília das Dores Machado Silva, Jarbas Filho de Lacerda	
O DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR	113
Rozirene Emetério Leite, Ernane Martins, Jarbas Filho de Lacerda	
O SURGIMENTO DAS CIDADES	177
Gilberto Ribeiro de Castro	
PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO E SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO: Uma análise da correta aplicação das normas tributárias	130
Bruno Cunha Gontijo	
REPUBLICANISMO E LIBERALISMO: Análise de Normas Constitucionais fundamentalmente sob a perspectiva da Constitucionalização Simbólica --	150
Bruno Cunha Gontijo	

CRIMINOLOGIA APLICADA AO DIREITO PENAL: A ressocialização do delinquente

Cândida Rosa da Silva¹
Franciane Machado Lamóia²
Vanusa Aparecida de Azevedo³

RESUMO

O presente trabalho trata sobre as definições de Direito Penal e Criminologia, seus conceitos, com intuito de facilitar o entendimento do crime e também do criminoso. Pretende-se distinguir a diferença da criminologia e do direito penal, apesar de ambos terem o mesmo objeto que é o crime. Pretende-se ainda, apresentar como é feita a ressocialização do criminoso na sociedade e ainda, será elucidado sobre as escolas penais. A metodologia utilizada foi bibliográfica. O objetivo do artigo é trazer um conhecimento mais aprofundado sobre as escolas criminológicas em busca de um estudo destacado no crime e no criminoso dentro de uma sociedade.

Palavras Chaves: Crime; Criminologia; sociedade

ABSTRACT

The present work deals with the definitions of Criminal Law and Criminology, its concepts, with the purpose of facilitating the understanding of the crime and also of the criminal. It is intended to distinguish the difference between criminology and criminal law, although both have the same object as crime. It is also intended to present how it is made the resocialization of the criminal in society and also, will be elucidated on penal schools. The methodology used was bibliographical. The aim of the article is to bring more in-depth knowledge about criminological schools in search of a leading study of crime and criminality within a society.

Keywords: Crime; Criminology; society

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como tema a Criminologia e o Direito Penal, evidenciando os fatos que esta ciência estuda, dando sustentação para o conhecimento do crime, criminoso. Tem ainda como outros objetivos estudar as

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional pela Fundação Educacional de Divinópolis, Professora da FANS- Faculdade de Nova Serrana.

² Bacharel em Direito, aluna do curso de Criminologia da FANS – Faculdade de Nova Serrana.

³ Bacharel em Administração pela Faculdade de Nova Serrana FANS.

escolas da criminologia, a clássica, a positiva e a mista, mostrando o progresso do crime e buscando um possível controle social dos delitos.

Para a realização do estudo foi realizada a pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrinas com autores renomados no Direito Penal. Em princípio, este trabalho norteou em três tópicos: o primeiro abrange sobre os conceitos ou definições de Criminologia e Direito Penal. No tópico seguinte, é discutida a evolução das escolas criminológicas ao longo dos anos, se dividindo em três: a escola clássica, tendo como percussor o Marquês de Beccaria, e a escola positiva, com o saudoso Cesare Lombroso. A escola mista foi representada por Carnevale, Alimena e Impallomeni. E o terceiro tópico fala da ressocialização do criminoso na sociedade.

DO DIREITO PENAL

Nas palavras de BUSATO (2017), “O Direito Penal é um instrumento jurídico utilizado pelos detentores do poder de representação da sociedade nas instituições e que se aplica seletivamente, de modo preferencial àqueles que os contrariam”

Para NUCCI (2016), “o direito penal é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”.

Ainda nas palavras de NUCCI, conclui-se que o direito penal é uma proposta de paz. “Seguindo-o, vive-se melhor. Não adotando suas regras, pune-se para obter o mesmo resultado”.

Nas palavras de MIRABETE E FABBRINI (2016), direito penal “é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança”.

Para CAPEZ (2017), o Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, combinando-lhes, em consequência, as respectivas sanções.

DA CRIMINOLOGIA

Em sentido lato, a criminologia vem a ser uma pesquisa científica do fenômeno criminal, como causa, característica, prevenção, e controle de sua reincidência. Entende-se que o objeto da criminologia é o crime, o criminoso, que pode-se confundir com o Direito Penal, já que também tem como objeto o crime e criminoso.

Segundo FIORELLI e MANGINI (2017), a criminologia, enquanto ciência, originou-se na segunda metade do século XIX, destacando-se uma etapa pré-científica e outra científica, cujo marco principal é a obra de Cesare Lombroso.

Ainda segundo os autores supramencionados, citando GARCIA-PABLOS DE MOLINA (1977).

é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, a dinâmica e as variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social – assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delincente. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1977, p.33).

De acordo com NUCCI (2017):

Criminologia é a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. (NUCCI, 2017, p.20).

Ainda, NUCCI citando SERGIO SALOMÃO SHECAIRA, “Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes”

Para uma compreensão mais ampla do fenômeno social denominado crime, a criminologia estabeleceu interlocuções com diversas ciências como o Direito, Psicologia, Medicina, Biologia, Antropologia e Sociologia. Esta interdisciplinaridade visa compreender o delito, o delinquente, a vítima e o contrato social que os abrange, de uma maneira mais profunda, possibilitando

minimizar o problema da criminalidade, bem como sua reincidência por parte dos criminosos.

Nas palavras de MIRABETE e FABBRINI (2016), o delito e o delinquente, na Criminologia, não são encarados do ponto de vista jurídico, mas examinados por meio de observação e experimentação, sob enfoques diversos.

Contudo, ainda, para os autores supra, na Criminologia estuda-se a causação do crime, as medidas recomendadas para tentar evita-lo, a pessoa do delinquente e os caminhos para sua recuperação.

A criminologia, como conhecimento voltado para a compreensão do homem criminoso e para o estabelecimento de uma política “científica” de combate à criminalidade, será vista como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade local. (ALVAREZ, 2002, p. 693).

DAS ESCOLAS PENAIS

Escola Clássica

Sabe-se que a Escola Clássica surgiu em 1764, após a publicação da obra *Dos delitos e das penas*, do renomado Cesare Bonesana, Marques de Beccaria.

NUCCI (2016), em sua obra explica:

Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o direito penal, até porque se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juizes, sustentando que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplica-las tal como postas. (NUCCI, 2016, p.43).

Na segunda parte da Escola Clássica, destaca-se Francesco Carrara, que escreveu várias obras, como: *Programma del corso di diritto criminale*, *Opuscoli*, *Reminiscenze di cátedra e foro*. Em suas obras, defende a concepção do delito como um ente jurídico, constituído por duas forças: a física e a moral.

De acordo com NUCCI (2016), a escola clássica encontrou seu grande representante e consolidador em Carrara, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, afirmando que o crime seria fruto do livre arbítrio do ser humano.

Nas palavras de MIRABETE E FABBRINI (2016), “o método que deve ser utilizado no Direito Penal, é o dedutivo ou lógico-abstrato (já que se trata de uma ciência jurídica), e não experimental, próprio das ciências naturais”.

Ressalta-se que a Escola Clássica tem como característica principal o estudo do crime como fato individual junto às leis que asseguram os seus direitos e aos seus direitos naturais.

Escola Positiva

A escola positiva foi marcada com a publicação da obra O homem delinquente no ano de 1876, do saudoso Cesare Lombroso.

NUCCI (2016), afirmou: “Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social”

Ainda, nos ensinamentos de NUCCI, “A escola positiva deslocou o estudo do direito penal para o campo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal”.

De acordo com MIRABETE E FABBRINI, as ideias de Lombroso são:

1. O crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método que deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos.
2. O criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce delinquente como outros nascem sábios ou doentios.
3. O criminoso nato apresenta características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa.
4. O criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso.

5. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia, que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas.
6. Existe a “loucura moral”, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral.
7. O criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epiléptico e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido.

Na Escola Positiva, o crime é um fato humano, originário de fatores individuais, físicos e morais. Outro renomado estudioso para essa escola, foi Enrico Ferri, que deu maior importância à prevenção, por meio dos métodos substitutivos penais, que procurava modificar as condições sociais e econômicas de efeitos criminógenos.

Considerando o entendimento dos autores supra, entende-se que a teoria de Lombroso acreditava que o homem já nascia criminoso, ou seja, nato, em decorrência da má formação biológica.

Escola Mista

A escola mista, ou seja, conhecida por escola crítica, foi representada pelos saudos Carnevale, Alimena e Impallomeni.

Segundo NUCCI (2016), essa escola opõe-se, em suma, à postura monista da escola clássica quanto ao caráter retributivo da pena e também ao monismo da escola positiva, no sentido de substituir a pena por medida de segurança.

Para MIRABETE E FABBRINI (2016), hoje, como reação ao positivismo jurídico, em que se pregava a redução do Direito ao estudo da lei vigente, os penalistas passaram a preocupar-se com a pessoa do condenado em uma perspectiva humanista, instituindo-se a doutrina da Nova Defesa Social.

DA RESSOCIALIZAÇÃO DO DELINQUENTE

O sistema prisional brasileiro tem a ideia de ressocialização de detentos como forma de reajustá-los ao convívio social, porém há alguns pontos a se pensar sobre essa ideia, pois ela pressupõe a figura de um apenado indiferente e anormal, contrapondo-se, às instituições eficazes e ativas. Desse modo, o apenado fica a mercê de normatizações rigorosas e opressoras que uniformizam os indivíduos e desconsideram suas subjetividades, constituindo

um novo modo de sociabilidade formado a partir dessa padronização, não tendo independência, do mesmo modo não se distinguindo na instituição. Nessa visão o apenado é um objeto e não um sujeito transformador de sua realidade.

A saída da prisão traz consigo uma série de elementos, sociais e psicológicos coercitivos para o indivíduo. Nesse sentido, ao retornarem ao convívio social, estes sujeitos se deparam com um grande número de dificuldades e a uma gama de sentimentos como angústias e anseios, além de queixas, dúvidas e demandas; e tendo ainda como um obstáculo a falta de referências para dar conta de todas estas situações.

Sabe-se que a maioria dos indivíduos que cumprem suas penas e são postos em liberdade, acabam por cometerem outros delitos em um pequeno intervalo de tempo.

O artigo 10 da Lei de Execução Penal aduz que: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso”.

Isto é, o Estado deveria prestar essa assistência e resolver de forma eficaz as deficiências apresentadas pelo indivíduo, portanto, só realiza o trabalho burocrático e jurídico, devolvendo-os ao meio social sem suprir tais deficiências.

Considerando as desigualdades sociais como um dos aspectos intrinsecamente ligados ao cometimento de delitos, sendo importante demonstrar também a ação arbitrária da polícia e da justiça que tem como alvo preferencial os pobres, dentro da lógica de criminalização da pobreza.

Entretanto, pode-se argumentar que tais ações ocorrem no sentido de a justiça criminal dar resposta (meramente simbólicas) à sociedade e não em combater a criminalidade de fato. Assim, percebe-se que a prisão de fato cumpre sua função de fabricante da delinquência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa foi esclarecer alguns pontos relevantes que diz respeito à criminologia e ao direito penal.

Pode-se concluir que o Direito Penal e a Criminologia operam em cima da mesma lógica, porém, de forma bem diferenciada, tornando-se legítimo, concluir que o objeto de uma ciência não é o mesmo da outra.

Entende-se que ambas as disciplinas completam-se, pois, possuem uma finalidade única, que é conhecer e estudar o criminoso.

Tais estudos concluíram, portanto, que tanto o Direito Penal, como a Criminologia são fundamentais para o estudo do crime, detendo várias definições e conceitos, se interligando também com muitas outras ciências, facilitando posteriormente o seu entendimento.

Pode-se afirmar que em qualquer sociedade serão demandadas respostas sociais/sanções penais ao crime e ao criminoso.

Entretanto, na realidade atual, as medidas e penas alternativas vêm se manifestando como primordiais para suavizar as misérias causadas pela pena de prisão, sendo indispensável aprofundarmos cada vez mais esse debate, considerando que tais modalidades de penalização permitem a chamada reintegração social, imprescindível para que os apenados não percam suas identidades sociais e reproduzam o ciclo da delinquência, ou melhor, retornem ao mundo do crime.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. **A criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 2002, vol 45, nº 4. p. 677-704.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. Vol.1 / Paulo César Busato. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol. 1, parte geral, editora Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Editora Forense, 2017.

www.dicio.com.br, acesso em 15 de fevereiro de 2018.

MIRABETE, JULIO FABRINI. **Manual de direito penal**. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 32. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Disponível m:http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 20/04/2018

CÂMBIO, CONTAS CC5 E NORMALIZAÇÃO CAMBIAL

Fabiano Verli⁴

RESUMO

Em vários países do mundo, e o Brasil é um deles, a relação com moeda estrangeira até recentemente não se dava de uma maneira normal, tranquila. No entanto, o desenvolvimento das relações comerciais e a globalização vieram para ficar. Este trabalho tenta mostrar um pouco da realidade das chamadas contas CC5 no Brasil, bem como enfatizar a importância da manutenção de instrumentos de câmbio dentro de um quadro de legalidade e normalidade.

Palavras Chave – Câmbio, moeda, dinheiro

Abstract

In many countries of the world, and Brazil is one of them, the relationship with foreign currency until recently is not quite normal. However, the development of trade relations and globalization are here to stay. This present work attempts to show a bit of the reality behind the so called Brazilian CC5 accounts, as well as emphasize the importance of maintaining exchange instruments within a framework of legality and normality.

Keywords - Currency, currency, money

Introdução

A blague é: para o setor industrial, não interessa o valor do dólar; só se sabe que ele está 30 % subvalorizado.

Essa é apenas umas das situações desconfortáveis em que uma moeda estrangeira se mete. Há várias outras.

Em primeiro lugar, qualquer moeda é, por definição, um objeto suspeito para as sociedades em geral. De amor e ódio morremos todos nós quando se trata de moeda. Desde sua criação no Levante (ou entorno), há milênios, pouca coisa revolucionou tanto, para melhor, o mundo que o dinheiro – cunhado, impresso ou eletrônico.

Dinheiro não é riqueza em si - originalmente. É mero instrumento facilitar da sua circulação. Como pode ser ele mesmo ruim? Ruim por que faz a riqueza

⁴ Professor de Direito Constitucional, Direito Previdenciário, Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Autor do livro *Taxas e preços públicos* (Editora RT, 2004), Juiz Federal – TRF 1ª Região

mais portátil, mais flexível, mais divisível, mais produtiva, menos difícil de ser roubada?

E quando o dinheiro é estrangeiro? Pior ainda. Além da natureza já eminentemente controversa do dinheiro, ainda lhe acrescentamos um toque suplementar de mistério, insegurança e até de ódio, às vezes. O dinheiro do outro. O dinheiro de fora, daqueles que não têm a língua nossa e, às vezes, até são de outra fé. O estrangeiro, palavra que tem a mesma raiz de “estranho”.

Seria anormal, portanto, se o câmbio fosse algo ordinário dentro das comunidades ao longo da história da humana, principalmente no seio de grandes países.

No Brasil, o nível de suspeição em relação ao câmbio sempre atingiu níveis exorbitantes ao longo de nossa história.

Difícil esperar outra coisa de um país continental, de frente para um enorme oceano e de costas para todos os seus vizinhos na maior parte de sua existência. Vizinhos de culturas diferentes, de línguas diferentes e separados por grandes barreiras, como uma selva densa e ampla, pantanais, desertos e uma gigantesca cordilheira.

Poucos países relevantes no mundo são tão isolados quanto o nosso. Até pelo nosso tamanho, os incentivos, até pouco tempo atrás, para uma maior integração foram negligenciáveis.

O convívio do brasileiro com estrangeiros é muito menor do que ocorre em outros povos.

Quantos de nós falamos outra língua?

Quantos de nós somos casados com estrangeiros ou temos núcleos da família expandida residindo no exterior?

Quantos temos investimentos fora ou recebemos investimentos externos em nossas atividades?

Quantos de nós trabalhamos para uma firma estrangeira ou brasileira com negócios no exterior?

Qual a proporção de moradores de cidades médias, acima de 500.000 habitantes, que pode fazer o câmbio no mesmo bairro onde moram?

O Brasil sempre voltado quase exclusivamente para si mesmo, ignorando o resto do mundo.

Por consequência, estamos fora das cadeias globais de produção. Um smartphone, por exemplo, para ser fabricado, envolve tecnologias, materiais, fábricas, mão-de-obra e capitais de dezenas de países – necessariamente. Todos hoje têm um celular no mundo inteiro e é muito dinheiro circulando no entorno de sua produção, comercialização em consumo.

Desse dinheiro quase nada vemos, pois muito pouco tem a nossa participação. Não estamos, como dito, no meio da cadeia, mas nas suas pontas: uma outra pecinha do aparelho pode ser de material que decorrente de minério de uma mina nossa no Pará ou Minas Gerais (essa é uma ponta da cadeia: matéria prima de pouco valor agregado); por outro lado, uma parte da população brasileira pode comprar *smartphones* e atua, portanto, como consumidora final (essa a outra ponta da cadeia: o mercado consumidor). Muito pouco.

O sentimento autárquico que nutrimos na seara econômica é marca registrada e fica evidente na nossa política de substituição de importações de mais de 100 anos para cá.

Como é conhecido de todos, a política autárquica teve bons e maus resultados ao longo de décadas, principalmente quando o Brasil crescia consistentemente substituindo importações, mas sempre sobre uma base de comparação muito pequena.

Com a maturidade, as crises dos últimos 30 anos. Boa parte da indústria que passou a existir com a substituição de importações simplesmente voltou a não existir no Brasil, já que incapaz de concorrer com as de outras economias. Trata-se de outras economias ou mais integradas às cadeias de produção mundiais ou situadas em estágios iniciais de (ainda não maduras e demograficamente bem nutridas) ou ostentando a combinação dos dois fatores, via de regra.

Cada vez mais o sistema de substituição de importações (do tipo: faço de tudo um pouco, ainda que de pouca qualidade, para evitar importar) vem se mostrando insuficiente e dando espaço para outra visão; a de economia integrada importadora e exportadora (do tipo: faço muito bem poucas coisas, nas quais sou imbatível e, com isso, estou inserido em todos os nichos em que essas coisas são necessárias).

Ou seja: cada vez importar e exportar mais. Cada vez mais necessário o câmbio.

O presente trabalho procura refletir sobre o momento em que o País deu uma guinada em sua abordagem tradicional referente ao câmbio.

Nesse cenário, as contas CC5 se tornaram praticamente um personagem na política nacional. Ela virou como que sinônimo de transação obscura com o fim de ocultar patrimônio, lavar dinheiro, retirar do País recursos obtidos mediante atos criminosos.

Afinal, é permitido mandar dinheiro para fora? Livremente ou com condições preestabelecidas? Até que ponto temos liberdade para comprar divisas?

Existe liberdade cambial no Brasil?

No texto abaixo, fazemos algumas ponderações sobre câmbio e as CC5.

Normalização do câmbio e CC-5

Como se conta abaixo neste texto, qualquer pai que, na década de oitenta, quisesse aproveitar 15 dias de férias na Disney, com seus 3 filhos pequenos e sua esposa, deveria, antes de tudo, providenciar com alguém uns dólares no *black*, ou seja, no câmbio negro, paralelo, informal. O câmbio do submundo da economia.

Mesmo em se tratando de pessoa honesta, muito trabalhadora, eticamente rigorosa, não tinha escolha: ou ficava sem realizar a viagem dos sonhos da família ou entrava num daqueles prédios cinzentos, já antigos, do centro da Capital, transitando em corredores lúgubres em meio a contrabandistas e até traficantes, emissários de empresários corruptos e toda a

fauna encontrada nos ambientes em que casas de câmbio clandestinas se encontravam.

Havia limites para compra de dólares ou qualquer outra divisa.

Durante décadas, o Governo Central monopolizou o valor das divisas e, pior, sempre usou esse tabelamento como arma político-econômica, elegendo algumas empresas e pessoas para dispensar a elas tratamento melhor ou pior.

O grosso do fluxo cambial passava necessariamente pela burocracia de Brasília, que sobre ele tinha um poder absoluto. O resto, bem, o resto era o *black* (que, aliás, tinha sua cotação noticiada por todos os jornais diários).

Algo semelhante, mas muitíssimo mais grave e profundo, para não dizer “criminoso”, acontece nos dias atuais com a Venezuela, onde há um câmbio oficial, fixado pelo Governo Central, supervalorizado em mil ou 10.000 por cento e acessível apenas a determinadas figuras do empresariado local amigo do Regime e à sua *nomenklatura*.

No nosso Brasil, esse controle absoluto deixou, gradativamente, de ser absoluto.

Ao longo dos anos, trouxemos a quase totalidade do câmbio (sempre algo suspeito) para a luz da economia formal, que paga imposto, que não tem o que esconder via de regra.

Ao longo dos anos, a divisa, enfim, passou a ser tratada como algo que ela é: uma mercadoria importante, é verdade, mas, mesmo assim, uma mercadoria como as demais.

As operações e contas CC-5 são, imperfeitamente falando, “concorrentes” de doleiros e outros profissionais, pois acabaram permitindo, após longa evolução, que pessoas honestas com interesses honestos no exterior (profissionais, educacionais ou de saúde, por exemplo) adquirissem e transacionassem moedas estrangeiras sem ter que recorrer a doleiros. Como disse Gustavo Franco, na Veja de 23/7/03: “As CC5 foram a chave para a redução do paralelo à insignificância em que se encontra, restrito ao ilegal, e de onde não deve sair.”

As CC-5 e todos os instrumentos que a sucederam nunca prescindiram de identificação dos agentes de cada operação a partir de US\$ 10.000,00. Aliás, foi por causa desta exigência que a PF realizou diversas operações nos últimos anos, já que ela possibilita a identificação dos seus executores – ainda que laranjas.

Completando, a RFB, desde 01/12/02, já exigia a inscrição no CPF aos não residentes com ativos, inclusive em contas-correntes, no território nacional. Ver IN SRF nº 190/02, art. 2º X e 29; IN SRF nº 208/02 art. 5º.

CC-5 como simples contas de não residentes

As contas CC-5 derivam seu nome da carta-circular BC nº 05 de 27/02/69. Na origem, destinavam-se a possibilitar ao não residente movimentar moeda *local* e, ao final, “repatriar” o saldo desta movimentação, transformando-o em divisa estrangeira. O limite desta saída de recursos era a quantia trazida pelo próprio estrangeiro ao Brasil ao longo do tempo em que manteve aqui dinheiro de origem externa. Em 1989, esta limitação quanto à origem do capital que poderia ser remetido simplesmente caiu.

As CC-5 continuaram a nomear, no vulgo, contas e operações similares àquelas a que ela se referia, mas não sem muita modificação, mesmo antes de sua extinção em 1996.

O MCTF – dólar turismo de 1988

Por exemplo, em 1988, criou-se o mercado flutuante de moeda estrangeira no Brasil, ou MCTF (mercado de câmbio de taxas flutuantes), conhecido popularmente como dólar turismo.

Este então mercado novo - ou melhor, a oficialização de um mercado amplo e subterrâneo que abastecia pessoas honestas com divisas necessárias para viagens e manutenção de filhos no exterior, por exemplo – possibilitou a negociação aqui, em território nacional, de moedas estrangeiras compráveis por qualquer pessoa, estrangeira ou não, dentro da legalidade, embora com limites para a compra (US\$ 4.000,00).

As velhas contas de não residentes continuaram úteis e cada vez mais usadas como canal de saída de moeda estrangeira (agora legalmente comprada). Ao lado das “operações CC-5”, incrementaram-se as negociações lícitas (MCTF) com fins de obtenção, no Brasil, de moedas estrangeiras para viagens internacionais, contratação de serviços e pequenos investimentos brasileiros no exterior.

O MCTF foi criado pela RBC/CMN nº 1.552/88 (a anterior, RBC/CMN nº 1.452/88, foi cancelada na origem) e regulamentado também por circulares, entre elas inicialmente as CBC nºs 1.402/88 e 1.500/89.

Segundo o próprio BC, esta RBC/CMN nº 1.552/88 já naquela época permitia às instituições financeiras aqui sediadas o repasse de posição comprada a instituições financeiras internacionais, recebendo cruzados em troca. Podiam então as instituições financeiras do Brasil vender divisas a instituições financeiras estrangeiras recebendo o pagamento em moeda nacional. Não havia, contudo, menção expressa às CC-5. Esta dúvida só acabaria em 1992, quando a CCBC 2.259/92 deixou claro, através de regulamento contábil que instituía, a possibilidade deste tipo de venda, registrada em subtítulo próprio, independentemente da origem dos recursos.

O MCTL – dólar oficial de 1990

Em 18/3/90, foi a vez da criação do mercado de câmbio de taxas livres – o MCTL – pela RBC/CMN nº 1.690/90. Extinguiu-se o “câmbio oficial”, fixo. Pelo sistema de taxas livres de câmbio, todas as transações comerciais, interbancárias e as operações eram registradas no BC, assim como investimento estrangeiro, empréstimos e outras operações do dia-a-dia do comércio internacional brasileiro.⁵

A CCBC nº 2.259/92 ampliando o uso das CC-5

⁵ Foram estabelecidos limites para a posição vendida de instituições financeiras nacionais, dirigindo-se a medida principalmente às operações diárias de arbitragem – onde tais instituições financeiras pegam divisas a taxas baixas no exterior em linhas de financiamento internacional e em seguida vendem estas divisas no mercado interno com ágio e possibilidade de aplicação em títulos do governo, onde a taxa básica é uma das maiores do mundo.

Os problemas criminais envolvendo remessa de divisas e operações cambiais em geral tiveram um propulsor no meio desta fase liberalizadora, concretizada, entre outros instrumentos, pela CCBC nº 2.259/92, que criou contas livres para instituição financeira estrangeira.

Como dito, o BC já estabelecia a possibilidade de venda de divisas ao exterior por bancos brasileiros a instituições financeiras estrangeiras, que pagariam em moeda brasileira os dólares, francos ou libras comprados. Faltava, contudo, uma moldura contábil mais sólida, deixando transparente a operação.

O instrumento jurídico-contábil veio carregado pela CCBC nº 2.259/92.

Uma pequena revolução, forjada na melhor forma do neoliberalismo, com todas as suas grandes virtudes e alguns defeitos, a CCBC nº 2.259/92 ampliou as hipóteses das “operações CC-5”, permitindo, ao fim e ao cabo, que residentes também as usassem para livre e irrestrita remessa de dinheiro ao exterior por meio das tais contas pertencentes a instituições estrangeiras não sediadas no Brasil, mas mantenedoras de contas em instituição bancária brasileira em território nacional.

Depositavam-se cruzeiros (depois reais) nessas contas tituladas por instituições financeiras estrangeiras. Estas, de posse dos recursos, podiam agora convertê-los livremente em moedas estrangeiras sem restrição quanto à origem (ou seja, se vêm de residentes ou não residentes), bastando a simples identificação do depositante.

Antes, a remessa de valores ao exterior e a simples compra e venda de divisas só poderiam se dar em situações previamente definidas pelo BC, como viagens de turismo e comércio exterior. Não mais.

A poupança brasileira de empresas aqui sediadas (inclusive as *não* financeiras) a partir daí podia ser aplicada no exterior de modo gradualmente mais livre⁶, sendo inclusive criados os Fiex – fundos de investimento no exterior -, regulamentados pela RBC/CMN nº 2.111/94.

⁶ Sem necessidade de autorização até US\$ 1 milhão até 2001, US\$ 5 milhões até 13/03/05 e, a partir da vigência do RMCCI, sem limite. Considerando-se que, desde 1988, com a RBC/CMN nº 1.552/88, ou

Para mais esclarecimentos, o interessante artigo produzido sobre o tema em 2006: LAAN, Cesar R. van der, CUNHA, André Moreira, LÉLIS, Marcos Tadeu Caputi. Liberalização financeira e desempenho macroeconômico no Brasil entre 1994 e 2006. 2006. www.anpec.org.br/artigos.

Há, obviamente, outras informações a que o BC não pode ter acesso. Até firmar um convênio com a Secretaria da Receita Federal, o BC não poderia saber, automaticamente, se determinado CPF ou CNPJ correspondia a determinado contribuinte, o que já é possível hoje. Cabe lembrar, porém, que isso não exime de responsabilidade o banco que efetuou a operação, caso sejam detectadas irregularidades na operação. E mais: os registros do próprio banco devem permitir a identificação do remetente.

Hoje, mesmo tendo condições de identificar automaticamente o remetente por meio de seu cadastro na Receita, o BC não pode saber das condições fiscais e econômicas de um cliente protegido pelo seu direito a sigilo fiscal, e não lhe compete avaliar as condições financeiras dos que movimentam contas correntes em transações domésticas ou com o exterior. Cabe ao banco notificar eventuais disparidades às autoridades competentes.

Em suma, o que não falta é acompanhamento das TIRs, bem como das operações de câmbio. Há registros do próprio BC, requerimentos para que os bancos mantenham seus próprios registros, uma legislação sobre lavagem de dinheiro, o cruzamento de dados da TIRs (e das operações de câmbio) com o CBE, bem como o trabalho normal de fiscalização do BC sobre essas transações. Com base nisso, o BC pode, sim, rastrear as operações, ao contrário do que acreditam os assessores da CPI.

Provavelmente, no entanto, o que essas pessoas querem é algo distinto, ou seja, um regime no qual o BC examine cada operação de TIR ou câmbio antes que aconteça e a autorize (ou não). O próprio volume das operações analisadas pelas CPIs (cerca de 60 mil por ano, fora as de câmbio) já deveria deixar evidente a impossibilidade operacional da tarefa, a menos que a maior parte das transações já fosse proibida de início.

Mais preocupante, porém, que o problema operacional é a visão que tais pessoas têm da questão cambial e do papel do BC. Já passamos, há muito, do tempo em que, por força das circunstâncias, não eram permitido aos brasileiros o envio de suas disponibilidades ao exterior, levando o BC a exercer um poder desmesurado sobre as transações dessa espécie. Numa sociedade aberta e moderna, o papel do BC nessa área é de regulação, registro e fiscalização, para fins de análise econômica e de colaboração com os demais órgãos no processo de combate à lavagem de dinheiro - e não de árbitro final sobre cada transação individual que ocorra com o exterior. Adotar o "controle" que tais pessoas parecem desejar será um imenso retrocesso.

1992, com a CCBC nº 2.259/92, respectivamente segundo o BC e o mercado, é possível a remessa ilimitada de valores ao exterior por meio de depósito de moeda local em contas de instituições financeiras estrangeiras titulares de contas livres em instituições financeiras brasileiras, haveria, uma incoerência nesta limitação de US\$ 5 milhões. É o que diz a jornalista de economia Mônica Izaguirre ("Incoerência das normas cambiais". Valor, 09/02/04, página. A2). Dizia a periodista, escrevendo antes da RBC/CMN nº 3.265/05 (RMCCI), que era totalmente injusta a situação porque o investimento declarado de brasileiro no exterior era limitado, mas este mesmo brasileiro podia mandar, a qualquer título, o quanto quisesse a outros países sem qualquer controle que não o registro de remetente/destinatário.

A CCBC nº 2.259/92 fez com que todo dinheiro, mesmo em cruzeiros ou reais, trazido às contas livres de instituição financeira estrangeira, na modalidade cambial, se transformasse automaticamente em disponibilidade de dólares ou ienes ou francos *etc.*

A verdade é que não havia regulamentação proibindo taxativamente a transferência internacional de reais - TIR – em favor de terceiros por meio de depósitos em contas de instituições financeiras estrangeiras.

Essa ausência, contudo, não refletia uma intenção de se abrir uma avenida para simulações e usos de laranjas, pois essas simulações, de fato, são há muito proibidas pelo direito brasileiro, que, no art. 21 da lei nº 7.492/86, criminaliza práticas que encubram os reais detentores dos valores convertidos e remetidos. Tanto a manutenção de disponibilidade no exterior (com a respectiva declaração ao BC e à RFB) como a simples remessa para diversos fins, como pagamento de importação em quitação antecipada, custeio de estudos fora, pagamento por serviços, inclusive de saúde *etc.* Tudo isso, desde 1988 ou 1992 (conforme interpretações tratadas neste texto) pode ser feito sem se ferir a legalidade, principalmente penal.

As próprias investigações envolvendo o famoso caso do Banestado se depararam com certa diversidade de operações, havendo desde depósitos bancários em instituições financeiras estrangeiras para fins de poupança até TIR para pagamentos os mais diversos.

Há um grande número de transações com não-residentes que podem ser liquidadas dessa forma. Por exemplo, permite-se que importações de bens ou serviços sejam pagas no Brasil em moeda local em conta do exportador (ou provedor de serviços) estrangeiro. Da mesma forma, é possível que uma empresa brasileira faça empréstimos a um não-residente depositando reais em sua conta corrente. Uma operação também admitida pelas normas é a constituição de disponibilidade no exterior (código 55000), isto é, a remessa de um residente para uma conta de sua titularidade no exterior. Neste caso específico, a instituição financeira não-residente recebe um depósito em reais em sua conta no Brasil e faz um depósito em moeda estrangeira na conta do remetente no exterior.

Operações no sentido inverso também são permitidas. Assim, um não-residente pode constituir disponibilidades no Brasil ordenando uma instituição financeira do exterior a transferir reais para sua conta corrente. Note-se que nem sempre há necessidade de uma operação de câmbio por trás das TIRs: a instituição financeira pode cumprir esta ordem usando recursos já disponíveis no Brasil e mantendo a moeda estrangeira recebida do cliente. Mesmo no caso da constituição de disponibilidades no exterior, a remessa ou ingresso de moeda estrangeira depende do saldo dessas operações, pois há os que trazem os que enviam recursos; o banco só precisará liquidar a diferença no mercado de câmbio.

Em qualquer desses casos, a regulamentação requer a identificação do cliente e a operacionalização das transações por meio de instrumentos que permitam - caso necessário - rastrear a movimentação dos recursos. Para começar, as contas de não-residentes só podem ser abertas e movimentadas em bancos autorizados a operar em câmbio, com características específicas, que as diferenciam de outras contas correntes. Em particular, são as únicas contas correntes com cadastro obrigatório no BC.

Além disso, o banco que acolheu o depósito deve informar ao BC, no mesmo dia, todas as operações de TIR superiores a R\$10 mil. Note-se que, a exemplo do que acontece em outras transações domésticas, tais movimentações têm que ser feitas por instrumentos bancários específicos (cheques cruzados nominativos, cheques administrativos, DOCs e, mais recentemente, TEDs) que permitam o rastreamento do cliente em caso de necessidade, exceção feita a movimentações de valor inferior a R\$10 mil, em linha com regulamentação das operações domésticas.

Por fim, todas as regras destinadas a combater a "lavagem de dinheiro" que se aplicam às transações domésticas valem igualmente para as TIRs. Assim, o banco é responsável por informar às autoridades movimentações de clientes inconsistentes com as informações que o banco deve ter acerca de seus depositantes. Para usar um exemplo extremo, se um cliente, cuja movimentação mensal equivale a R\$10 mil, fizer qualquer transação (e não apenas uma TIR) de R\$ 10 milhões, o banco é responsável pela averiguação e possível notificação às autoridades. No caso particular da TIR, os bancos devem manter por cinco anos toda a documentação que amparou a remessa, de modo que, durante esse período, o Banco Central e outras autoridades possam buscar informações adicionais às registradas no BC, ou mesmo conferir a validade daquelas que lhe foram prestadas.

Não bastassem todos esses mecanismos de controle dos fluxos, o BC realiza, desde 2001, o Censo de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), que possibilita o cruzamento das informações dos registros de operações com informações de estoques, ou seja, dos ativos de brasileiros no exterior. Caso o BC note discrepância entre fluxos e estoques - alguém que tenha realizado remessas, mas que declare ativos no exterior incompatíveis - pedirá esclarecimentos e, se for o caso, notificará outros órgãos do governo.

À luz de tudo que foi dito, deve ficar claro que não existe o "descontrole das 'contas CC5'". Menciona-se que em apenas 22 mil das 412 mil operações realizadas entre 1996 e 2002 haveria informação do banco e conta do destinatário - coincidentemente, aquelas que apresentavam o código 55000. Essa menção revela desconhecimento do assunto, que poderia ter sido resolvido em quinze minutos de conversa com um técnico do BC: apenas nas transações de constituição de disponibilidades no exterior são requeridas tais informações, pois, para todas as demais, a transação se encerra com um depósito na conta de um não-residente. Como no exemplo anterior, se uma importadora brasileira pagou à exportadora por meio de depósito em sua conta corrente no Brasil, não há que se falar sobre banco e conta no exterior. De mais a mais, o BC detém a informação sobre quem fez o depósito e qual a transação; se houver suspeita de irregularidade, há como se rastrear toda a operação, inclusive por meio da documentação mantida pelo banco.

Mesmo os dados sobre o banco e número de conta em operações de constituição de disponibilidades no exterior não devem ser elevados à altura de informação crucial, pois - como deveria ser óbvio - nenhum banco central neste quadrante da galáxia dispõe de informações sobre todos os bancos e suas contas em todo o mundo. Vale dizer, não há como os sistemas de análise de informação do BC conferirem - no momento da transação - a precisão de uma informação sobre o banco e número de conta no exterior. Novamente, o banco que fez a operação tem obrigação de manter as informações e a documentação que a ampararam, de sorte que, caso as autoridades requeiram, essas informações possam ser recuperadas.

Importantes as reflexões de Alexandre Schwartzman a respeito:

SCHWARTSMAN, Alexandre. Contas CC5. Valor Econômico de 27/08/04. Parece haver ainda uma enorme incompreensão acerca do mecanismo de Transferência Internacional em Reais (TIR), indevidamente denominado "contas CC5". Há pouco, expressando uma opinião de "assessores da CPI do Banestado", houve quem escrevesse acerca do "descontrole das contas CC5", dando a entender que o Banco Central (BC) teria se omitido no que diz respeito à identificação dessas operações e que o rastreamento desses recursos seria muito difícil, se não impossível. Nada mais distante da verdade. É necessário, de início, esclarecer a natureza dessas operações, para que fiquem claros os mecanismos de controle do BC. Para começar, o nome "Transferência Internacional em Reais" não é mero acaso: em sua essência, a operação consiste no depósito de moeda nacional em contas de não-residentes mantidas em bancos locais. Daí a denominação internacional, pois a transação ocorre com não-residentes, e em reais, por que se opera através da moeda doméstica.

Só com a criação do RMCCI, RBC/CMN nº 3.265/05, é que foi proibido este uso das contas de instituições financeiras estrangeiras por residentes para remessas próprias de capitais próprios e em interesse próprio, totalmente alheio a qualquer vínculo com a instituição financeira detentora da conta. A razão é que este esquema dificultava sobremaneira o que ainda restava do controle de capitais e *facilitava*, pelo descontrole decorrente, uma plêiade de operações tendentes à ocultação de patrimônio, renda e, principalmente, origem de patrimônio. Somente capital relativo a negócios próprios pode, desde então, transitar pelas contas de instituições financeiras estrangeiras no Brasil com conversão *automática* em moeda estrangeira, quando desejado.

A remessa de capitais continuou a ser permitida pelos mecanismos normais RMCCI, mas em meios com contabilmente próprios e não em contas-ônibus.

De mais importante restou basicamente uma *única* coisa: a identificação. Já em 1992, com a RBC/CMN nº 1.946/92, a identificação plena dos agentes da transação de câmbio é obrigação primária daqueles que realizam o negócio. Esta exigência permaneceu nas seguintes resoluções – nºs 3.265/05 (RMCCI) e 3.568/08.

Por outro lado, as operações em dinheiro foram, na prática, banidas em montantes maiores. A própria CBC nº 2.677/96, em seu art. 9º, § 1º, limitou o uso direto do dinheiro a operações até R\$ 9.999,00. Houve um curto período em que operações em dinheiro eram permitidas sem limitação de quantia para alguns bancos especialmente autorizados em Foz do Iguaçu, haja vista a necessidade de manter o equilíbrio monetário do real numa quadra em este que saía diariamente aos milhões pela fronteira com o Paraguai e precisava de um meio rápido e eficiente de retorno ao Brasil.⁷ Esta autorização especial foi banida há anos.

⁷ Neste caso, houve abuso no uso destas autorizações especiais. Obrigatoriamente os carros-fortes saíam do Paraguai com o dinheiro vivo para depósito em agências brasileiras. O problema é que, misturados aos dinheiros dos comerciantes paraguaios, havia muito dinheiro de brasileiro totalmente estranho ao comércio e ao escopo da norma especial. Alguns caminhões passavam a fronteira carregados de dinheiro e muitos outros sequer a atravessavam, vindo, na verdade, diretamente do Brasil com dinheiro de brasileiros que queriam apenas mandar dinheiro para fora de forma oculta. Uma festa para os criminosos.

Mais adiante, a CBC nº 2.677/96 revogou a citada carta-circular – CCBC nº 05/69 –, mas não proibiu a remessa de capital, em reais ou outra moeda, ao exterior.

O RMCCI – novo mercado de câmbio unificado

Em 2005, a normatização do mercado de câmbio e capitais internacionais foi reunida num grande regulamento do mercado de câmbio e capitais internacionais – o RMCCI, instituído pela RBC/CMN nº 3.265/05 e divulgado pela CBC nº 3.280/05. É este regulamento uma consolidação de normas e também uma consolidação de um estágio de liberalização do câmbio, que, desde a década de 30, é controlado oficialmente pelo Estado.

Implicou o RMCCI da RBC/CMN nº 3.265/05 a extinção da dualidade cambial (dólar comercial e dólar turismo), MCTF e MCTL, tornando o mercado de câmbio um só⁸. E mais livre, pois que sem limites de remessas e conversões, mantidos, contudo, o curso forçado do real e a cobertura cambial (surrender of export proceeds). As exceções estão previstas na lei nº 10.192/01, juntamente com o decreto-lei nº 857/69 e a lei nº 8.880/94. Foi mantida também a obrigação de registro de todas as transações através de contratos de câmbio⁹, que continuam sendo registrados obrigatoriamente no Sisbacen – Sistema de Informações do Banco Central.

No regime do RMCCI, as transferências internacionais prescindem das CC-5 (já extintas em 1996 pela CBC nº 2.677/96), sendo feitas através de

⁸ O poder do hábito não deve ser subestimado. É assim que as línguas se formam. Por isso, mesmo extintos os dólares comercial (MCTL) e turismo (MCTF), a imprensa, as pessoas e as empresas continuam a usar as expressões por conveniência, pois, embora único o mercado, há cotações e cotações, que variam entre si de acordo com as operações a que se refiram. Deste modo, entre instituições financeiras, importadores, exportadores, governos e nas relações comerciais maiores, é comum o uso do “dólar comercial”, com cotação mais baixa. Já em operações de compra por particulares, para fins individuais – viagem turística, quitação de cartão de crédito com compras no exterior, por exemplo – as cotações são menos favoráveis ao comprador/consumidor. Usa-se aí o “dólar turismo”.

⁹ Ressalto que é através deste documento central no mercado de câmbio – o contrato – que a Autoridade Monetária exerce o controle de entradas e saídas de divisas, fazendo o balanço de pagamentos e classificando as operações que nele influenciam. Tudo para um ajuste fino das políticas de sua alçada, principalmente a monetária e a cambial.

bancos e outras instituições financeiras autorizadas, a crédito direto do destinatário em moeda estrangeira ou real brasileiro.

A liberalização da cobertura cambial

Medidas como as contidas na CBC nº 2.259/92 e na RBC/CMN nº 3.265/05 são parte de um todo liberalizante do fluxo de capitais e moedas no Brasil a partir da década de 90. Em 2006, a MP nº 315/06, convertida em lei nº 11.371/06, modificou a lei nº 4.131/62 ao instituir a possibilidade de o CMN estabelecer limites dentro dos quais exportadores estariam livres de internalizar as receitas de suas exportações (a tal cobertura cambial), autorizando-se assim a manutenção de disponibilidades no exterior derivadas de exportação. Aumentou-se, além disso, o prazo para a efetivação da cobertura.

O ingresso de receitas provenientes de exportação vem de longa data sendo objeto de normas relativamente rigorosas da Autoridade Monetária. Não indo muito longe no tempo, vê-se que, desde 1980, ele é disciplinado por vários normativos do BC: RBC/CMN nº 667/80; RBC/CMN nº 1.549/88; RBC/CMN nº 1.964/92; RBC/CMN nº 3.266/05; RBC/CMN nº 3.389/06 e RBC/CMN nº 3.719/09.

Tal ingresso geralmente é condicionado a vários atos burocráticos, passando por autorizações do BC, contrato de câmbio prévio ou posterior, com prazos e intervenção de instituições bancárias estrangeiras.

Hoje em dia, a direção no sentido da liberalização da cobertura cambial é patente. Assim, vem sendo possível a permanência destes recursos provenientes de exportação no exterior segundo algumas condições por tempo indefinido ou muito largo. Isto implica a não obrigação de serem eles internalizados. O objetivo imediato foi conter uma forte apreciação do câmbio em algumas épocas, como em 2006 e 2007, período em que editadas a lei nº 11.371/06, a RBC/CMN 3.389/06 e a circular nº 3.330/06, por exemplo. Modificou-se assim a antiga lei nº 4.131/62 e se permitiu a manutenção de divisas no exterior até um limite a ser definido constantemente pelo CMN através de RBC/CMN. Normalmente, tem sido ele de 30 % com possibilidade

de se alcançarem os 100 % através de operações simultâneas e complementares de câmbio.

Considerações Finais

Tais estudos concluíram que:

A partir de 1989 ou 1992, dependendo da interpretação, enviar capitais para o exterior não necessariamente é ato contra direito.

O uso de depósito em contas de não residentes como instrumento de remessa de capitais ao exterior, com certeza, no mínimo, desde 1992, é plenamente lícito, sem limites de valor.

O importante, em qualquer caso, sempre foi o não uso de meios fraudulentos que implicassem ocultação de patrimônio e pessoas, sendo necessária a manutenção da rastreabilidade dos dinheiros.

A liberdade cambial foi recentemente adquirida e necessita de regulamentação, mas não há indício de que ela seja algo mais do que um instrumento de desenvolvimento do comércio, das relações sociais e da inserção do País no concerto global.

Referências Bibliográficas

IZAGUIRRE, Mônica. Incoerência das normas cambiais. Valor Econômico de 09/02/04, pág. A2.

LAAN, Cesar R. van der, CUNHA, André Moreira, LÉLIS, Marcos Tadeu Caputi. Liberalização financeira e desempenho macroeconômico no Brasil entre 1994 e 2006. 2006. WWW. Anpec.org.br/artigos.

LUZ, Rodrigo. Comércio internacional e legislação aduaneira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

SCHWARTSMAN, Alexandre. *Contas CC5*. Valor Econômico de 27/08/04. http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/Alexandre_Schwartzman.htm.

SOUZA, Renato A. Gomes de. Câmbio. dos controles rígidos à liberalização. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DELITO, VÍTIMA, DELINQUENTE E CONTROLE SOCIAL NA CRIMINOLOGIA.

Franciane Machado Lamóia¹⁰
Evellyn Raíssa de Oliveira Fernandes¹¹
Jefferson Antônio de Paula¹²
Tiago Moreira Lenoir¹³

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise do conceito criminológico de delito, delinquente e controle social. Elucida o conceito de crime em vários aspectos. Aponta o aspecto do controle social no Brasil. Sendo assim, é notável a relevância da abordagem do assunto que objetiva chamar atenção para uma premissa criminológica, determinando e considerando o fato concreto.

Palavras Chaves: crime, controle social, vítima e delinquente.

ABSTRACT

The present work has as scope the analysis of the criminological concept of crime, delinquent and social control. It elucidates the concept of crime in several respects. It points to the aspect of social control in Brazil. Thus, it is remarkable the relevance of the approach of the subject that aims to draw attention to a criminological premise, determining and considering the concrete fact.

Keywords: crime, social control, victim and delinquent.

CRIMINOLOGIA

A palavra Criminologia deriva do latim “crimen” (delito) e do grego “logos” (tratado), tendo sido utilizada pela primeira vez, em 1885, pelo italiano Rafael Garófalo (designando-a como a “ciência do Crime”). De acordo com o dicionário, Criminologia é Ciência que estuda as causas do comportamento antissocial dos homens com base na psicologia e na sociologia, lançando, em geral, mão da estatística.

Pode-se conceituar a criminologia como uma ciência de natureza autônoma, que estuda as causas e os efeitos da criminalidade, baseada no estudo do delinquente, observando seu comportamento, sua personalidade e

¹⁰ Bacharel em Direito, aluna do curso de Criminologia da FANS – Faculdade de Nova Serrana.

¹¹ Bacharel em Psicologia, aluna do curso de Criminologia da FANS – Faculdade de Nova Serrana.

¹² Bacharel em Direito, aluno do curso de Criminologia da FANS – Faculdade de Nova Serrana.

¹³ Professor do curso de Criminologia da FANS – Faculdade de Nova Serrana.

sua conduta, objetivando prevenção e tratamento, usando-se das ciências humanas e sociais para reeducá-lo.

De acordo com NUCCI (2017),

Criminologia é a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. (NUCCI, 2017, p.20).

Para uma compreensão mais ampla do fenômeno social denominado crime, a criminologia estabeleceu interlocuções com diversas ciências como o Direito, a Psicologia, Medicina, Biologia, Antropologia e Sociologia. Esta interdisciplinaridade visa compreender o delito, o delinquente, a vítima e o contrato social que os abrange, de uma maneira mais profunda, possibilitando minimizar o problema da criminalidade, bem como sua reincidência por parte dos criminosos. Nas palavras de MIRABETE e FABBRINI (2016), o delito e o delinquente, na Criminologia, não são encarados do ponto de vista jurídico, mas examinados por meio de observação e experimentação, sob enfoques diversos.

Contudo, ainda, para os autores supra, na Criminologia estuda-se a causação do crime, as medidas recomendadas para tentar evita-lo, a pessoa do delinquente e os caminhos para sua recuperação.

A criminologia, como conhecimento voltado para a compreensão do homem criminoso e para o estabelecimento de uma política “científica” de combate à criminalidade, será vista como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade local. (ALVAREZ, 2002, p. 693.)

DELITO

De acordo com o dicionário, delito é quaisquer ações e/ou comportamentos que infrinjam uma lei já estabelecida; ação punível pela lei penal; crime. Pode-se conceituar o delito como todo ato de caráter voluntário, que descumpra normas estabelecidas pela Legislação do Estado, transgredindo-as, ficando a mercê do julgamento das leis de caráter penal.

Segundo LOPES (2003, p.131), “não é possível julgar um delito sem

compreendê-lo”, pois delitos aparentemente iguais podem apresentar significados distintos e devem ser julgados e condenados de formas completamente diferentes. Dessa forma, BONGER (apud LEAL, 2008, p.174) explicita a importância de se conhecer as formas de delito e de delinquente quando afirma que:

Para a polícia é útil saber quais são os tipos psicológicos mais suscetíveis ao cometimento de determinado tipo de delito. Também é importante que os promotores e juízes conheçam o grau de perigo para a segurança pública que é inerente a certos tipos de delinquentes, a fim de fixarem as penas e demais medidas corretivas. (BONGER apud LEAL, 2008, p. 174).

Diante do conceito de crime, nas palavras de BUSATO (2017), o crime é o objeto em torno do qual essa rede de conceitos se organiza e em função do qual está instrumentalizada. Sendo assim, o crime não compreende apenas o delito em si, mas toda complexidade na qual envolve também o delinquente, a vítima e o controle social, objetos de estudo do presente artigo.

Para BUSATO (2017), o delito é o objeto sobre o qual se debruça o Direito Penal que pode ser abordado de várias formas. O autor explana em sua obra que é possível considerar o delito como fato social, verificar suas condicionantes e suas consequências na relação social em que se vê inserido.

De acordo com HABERMANN (2010), há estudiosos que acreditam que a sociedade industrial e a de consumo, através da mídia e outros meios de comunicação, aguçam principalmente o interesse do indivíduo das classes mais baixas, onde o índice de criminalidade é maior; ou seja, a própria sociedade e seu modelo sistemático de produtividade e consumismo, propicia condições para que o delito ocorra. Entretanto o crime não é um fenômeno social restrito às sociedades de sistema capitalista, pois ao mesmo passo, a restrição demasiada à bens e serviços essenciais, também corrobora para o acontecimento e o crescimento da criminalidade.

A partir de uma premissa criminológica, é possível ter ideia da criminalização, considerando o modo pelo qual vai determinar o crime e como reagirá o sistema penal ao fato concreto ao incriminar.

Na concepção de NUCCI (2017), o conceito de crime é artificial, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível apontar uma conduta,

ontologicamente criminosa. Assim, posiciona-se NUCCI (2017), a palavra crime tem um sentido forte e único para a sociedade. Crime é uma ficção jurídica, ou seja, por política criminal, o legislador elege determinada conduta como criminosa. A partir daí, cria-se o tipo penal incriminador, aprova-se se sanciona e publica-se.

Para FABBRINI e MIRABETE (2016), observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal.

Elenca FABBRINI e MIRABETE (2016), sob o aspecto formal, crime é o fato humano contrário à lei, é qualquer ação legalmente punível, toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena.

Concluindo no que se refere ao delito, a criminologia tem toda uma atividade investigativa, analisando suas causas, a conduta antissocial, o efetivo tratamento, o conceito de delito é dado como relativo para a criminologia, que observa como um problema social.

DELINQUENTE

Nas palavras do dicionário, delinquente é pessoa que praticou um delito; criminoso.

Diante de ponderações psicanalíticas e sociológicas acerca da figura do criminoso, SHECAIRA, em sua obra, elabora um conceito de delinquente que acorda com toda a melhor doutrina e sintetiza seu significado e as diferentes formas de analisá-lo:

Dadas as diferentes perspectivas, e em face de todas as discussões posteriores às concepções originais acima formuladas, entende-se que o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático. Embora seja, na maior parte das vezes, um ser absolutamente normal pode estar sujeito às influências do meio (não aos determinismos). Se for verdade que é condicionado, tem vontade própria e uma assombrosa capacidade de transcender, de superar o legado que recebeu e construir seu próprio futuro. Está sujeito a um consciente coletivo, como todos estamos, mas também tem a capacidade ímpar de conservar sua própria opinião e superar-se, transformando e transformando-se. Por isso, as diferentes perspectivas não se excluem; antes, completam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual.

Os principais precursores da criminologia se divergem no que diz respeito ao conceito de criminoso ou delinquente. Lombroso defendia que fatores biológicos determinavam se o indivíduo seria ou não, um criminoso. Ele estabeleceu critérios diagnósticos para tipificar personalidades criminosas, baseadas em aspectos fisiológicos. Ferri acreditava que o indivíduo se tornava criminoso mediante os fatores sociológicos no qual estava inserido.

Garófalo por sua vez, sustentava que o indivíduo criminoso era aquele que não tinha sentimentos de pudor e piedade para com os demais indivíduos.

Concluindo a abordagem ao criminoso este assim como qualquer cidadão tem vontades próprias, tem vontade de ir além, de superar, de construir seu próprio futuro, de ter sua própria opinião, é uma pessoa como outra qualquer, que está sujeito a influências do próprio meio em que vive.

Atualmente, entende-se que cada indivíduo pode ser influenciado a cometer algum crime, mediante os fatores biológicos, psicológicos e sociológicos que o circundam. Analisar cada um desses aspectos é extremamente relevante ao se pensar em estratégias para lidar com criminosos, visando a diminuição da criminalidade. Não basta apenas conhecer as leis que o definem como criminoso, mas conhecer todas as particularidades que o levaram a cometer o delito.

VÍTIMA

De acordo com o dicionário, Vítima vem do verbo vitimar. O mesmo que imolar, sacrificar. Assim, pode-se conceituar vítima como aquela que sofre com a prática do ato delitivo, causados tanto pelos próprios atos quanto pelos atos de outrem ou até mesmo do acaso. Há muitos séculos, o direito penal desprezava a vítima e colocava como sendo seu foco principal o criminoso, colocando-a em uma posição insignificante para a participação na existência do delito. Nestor Sampaio salienta que:

Foi a partir dos estudos criminológicos é que sua participação foi ganhando destaque para o direito penal. Três foram às grandes fases da vítima nos estudos penais: a “idade de ouro”; a neutralização do poder da vítima e a revalorização de sua importância. (PENTEADO FILHO, 2013, p.24).

Nas palavras de NUCCI (2017), “Constitui, hoje, inequívoca preocupação de inúmeros penalistas orientar a política criminal para o fim de visualizar a vítima e garantir-lhe alguma forma de reparação.”

Ainda, segundo NUCCI (2017), não é mais possível considerar o direito penal como instrumento alheio à tutela da própria vítima do delito. Ademais, não será punido o agente do crime a reparação ideal para a pessoa ofendida ou mesmo para a sociedade.

De acordo com BUSATO (2017), a vítima, um dos atores do drama delitivo, até há pouco tempo não tinha destaque em estudos científicos. Ainda, na concepção de BUSATO (2017), noticia-se que os primeiros estudos que fizeram notar a necessidade de ter em conta o comportamento da vítima em relação ao delito foram casos de estelionato, onde, com frequência, a própria vítima segue um afã de obter indevida vantagem, que é justamente o que a atrai para o delito.

Segundo HABERMANN (2010),

As vítimas se classificam em três grupos. O primeiro trata das vítimas inocentes que são aquelas que não tem culpa diante do fato ocorrido, o segundo, cuida das vítimas culpadas, que são aquelas que induzem, instigam e provocam o agente delituoso e a terceira ocupa-se das vítimas alternativas, as quais podem ser vítimas ou delinquentes, pois antes do fato ocorrer fica a dúvida de quem vai ser a vítima e quem será o delinquente. (HABERMANN, 2010, p.27).

Conclui-se que, em certo ponto a vítima também tem influência sobre o criminoso e o crime do qual foi alvo. Não buscamos uma abordagem que a torne totalmente culpada pelo delito sofrido, antes, porém, faz-se necessário um estudo aprofundado na área da vitimologia, que possibilite identificar elementos da personalidade da vítima, que corroboraram para o crime ocorrido. E então realizar um acompanhamento da vítima, oferecendo o suporte necessário, de modo a evitar a reincidência dos fatos.

CONTROLE SOCIAL

Pode-se conceituar Controle Social como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que submetem o indivíduo a regras de comportamento, aos modelos e normas comunitários.

Tem-se como objetivo alcançar a disciplina social através dos agentes de controle, garantindo a manutenção da ordem pública. Sua concretização ocorre através dos agentes de controle, que se dividem em agentes de controle informais e formais.

Os agentes de controle informais atuam objetivando socializar e inserir o indivíduo na comunidade. Possuem uma função educativa e buscam fazer com que os indivíduos respeitem as regras de convivência, evitando a atuação dos agentes de controle formais.

Considera-se agentes de controle informais a família, os amigos, a escola, a opinião pública entre outros. Os agentes de controle formais agem de forma subsidiária, ou seja, somente incidirão quando os agentes informais não lograrem êxito em sua atuação. Possuem uma função punitiva e são usados como meio coercitivo, através das instituições oficiais do estado.

Agente de controle formal a polícia, o poder público, a justiça, a administração penitenciária, etc.

O controle social informal opera-se por meio da educação e socialização do indivíduo. É através desse controle que faz o indivíduo compreender os valores e normas de uma sociedade, objetivando, portanto, que ele enquadre-se no pacto social.

De acordo com BUSATO (2017), “o dever de exercício de controle social por parte do Estado não é algo que se possa invocar sem mais. Nenhum estado encontra-se autorizado a definir o alcance do controle social penal”.

Ainda nas palavras de BUSATO (2017);

o Estado, ao exercer o poder de estabelecer os delitos e as penas, não o faz de modo absoluto, deve obedecer uma série de princípios que salvaguardam as garantias mínimas que todo cidadão deve possuir para viver em uma sociedade democrática e respeitosa com os Direitos e obrigações de todos.(BUSATO, 2017, p.20).

Segundo Francisco Muñoz Cond:

O controle social é a condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (COND, 2005, p.22).

Nessa mesma linha de raciocínio Antônio Pablos de Molina (2002), entende o controle social como o: Conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido subentendimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários.

No Brasil, o controle social é ilustrado em alguns dispositivos da Constituição Federal (2016), que apresenta um capítulo destinado a cuidar apenas deste ramo:

Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho; (CF, 2016, p.63).

Art. 210 Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito **aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.** § 1.º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. § 2.º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. (CF, 2016, p.64).

Art. 214 A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, **visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis** e à integração das ações do poder público que conduzam à:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;
V - **promoção humanística, científica e tecnológica do País;** (CF, 2016, p.64).

Art. 215 O Estado garantirá a todos o **pleno exercício dos direitos culturais** e acesso às fontes da **cultura nacional**, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
§ 1.º O Estado **protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras**, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
§ 2.º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais; (CF, 2016, p.65)

Art. 217 **É dever do Estado fomentar práticas desportivas** formais e não formais, como direito de cada um, observados:
I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;
IV - a **proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional**.

§ 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.
§ 2.º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.
§ 3.º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social. (CF, 2016, p.65).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa foi esclarecer alguns pontos relevantes que diz respeito à Criminologia. Em um primeiro momento concluiu-se que a criminologia é uma ciência baseada na observação e na experiência e que tem por objetivo analisar o delito, a vítima, o delinquente e o controle social, para então, poder criar medidas de profilaxia, não de combate, mas de controle da criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. **A criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 2002, vol 45, nº 4. p. 677-704.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. v.1 / Paulo César Busato. – São Paulo: Atlas, 2017.

SALES, Caroline, Jus Brasil. **Principais-aspectos-da-criminologia**. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

CAIORIVAS, Jus Brasil. **Fundamentos das ciências criminais, direito penal**. Acesso em 10 de outubro de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol.1, parte geral, editora Saraiva, 2017.

DICIONÁRIO ONLINE, disponível em: www.dicio.com.br, acesso em 15 de fevereiro de 2018.

HABERMANN, Josiane C. A. **A ciência criminologia**. Revista de Direito. São Paulo, 2010. vol 13, nº 17. p. 19-36.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito Penal**. Vol. 1, parte geral, Editora Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Editora Forense, 2017.

LOPES, E Mira Y. **Manual de Psicologia Jurídica**. Campinas - São Paulo: LZN Editora, 2003.

LEAL, Liene. **Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação**. Revista Diversa. Ano I, nº2, jul.-dez, p. 171-185, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005.p.22

PABLOS DE MOLINA. Antônio Garcia. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002. p.133-134.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de Criminologia**. 3ª.ed. Saraiva. São Paulo. 2013.p.24.

DIREITO ESTRITAMENTE INDIVIDUAL À SAÚDE?

Fabiano Verli¹⁴

Resumo: este artigo tenta lançar um olhar sobre o problema da efetivação do direito constitucional às prestações de saúde na sociedade brasileira. Entender a necessidade de

¹⁴ Professor de Direito Constitucional, Professor de Direito Previdenciário, Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Autor do livro *Taxas e preços públicos* (Editora RT, 2004) Juiz Federal – TRF 1ª Região

coisas como a distinção entre regras, princípios e políticas, observância da Constituição, separação de poderes, freios e contrapesos, limites orçamentários, entre outros, é o fundamento das ideias desenvolvidas neste trabalho.

Palavras Chave: constituição, sociedade, saúde.

Abstract: This present article tries to cast a glance at the problem of the implementation of the social right to public health services within Brazilian society. Understanding the necessity of such things like distinction between rules, principles and policies, observance of the Constitution, separation of powers, checks and balances, public budget limits, among others, is the foundation of the ideas developed throughout this work.

Keywords: constitution, society, health.

1. Introdução

“Saúde antes de tudo” é o bordão popular.

Ninguém discorda disso e a importância dele está refletida no debate mundial sobre custos de saúde. Pouca coisa faz os ânimos se exaltarem mais do que a discussão sobre o quê ser financiado, por quem ser financiado e a quem ser prestado.

O que não falta é paixão e ideologia, mesmo no discurso eminentemente jurídico.

O presente texto tenta discutir de modo produtivo e, na medida do possível, despido dos preconceitos usuais, um tema tão atual e, ao mesmo tempo, antigo, que vem sendo discutido há décadas com muita paixão.

Pretende-se citar algumas obras e lateralmente uma ou outra tendência jurisprudencial, nem sempre preocupando com aspectos muito individuais de casos concretos.

Quem espera encontrar mais um discurso emocionado sobre uma quase divina garantia constitucional de bem-estar pode ter uma decepção, pois o escopo do artigo é justamente o de tratar de eventuais limites a essa fé.

Pretende-se falar um pouco de SUS. Depois, alguns itens sobre direitos e sua judicialização. Em seguida, sobre o teor das decisões sobre judicialização da saúde.

Chegando ao final, algo sobre regras e princípios, bem como o papel da judicialização da saúde diante da organização institucional brasileira.

Por fim, a necessidade de uma abordagem ponderada do problema.

2. A saúde e o SUS atuais

Nos dias atuais, pela OCDE¹⁵, no seu site, é possível se perceber que o Brasil gasta, sim, menos do que deveria com saúde.

Alemanha gasta 11 % do PIB, sendo 8,3 % em dinheiro público. Chile, nosso vizinho latino, gasta 7,3 % do PIB, sendo 3,4 % em dinheiro público. EUA gastam 16,4 % do PIB, sendo 7,9 % em dinheiro público. A uma vez quebrada Grécia: 9,2 % e 6 %, respectivamente. Outro latino, o México: 6,2 % e 3,2 %. A OCDE como um todo: 8,9 % e 6,5 %. Brasil: 8 % e 3,6.

Fica claro que nossa posição é a de país com pouco investimento na saúde, mesmo sendo considerada nossa situação econômica medíocre. Fato.

Outro fato é que o Estado brasileiro, nas suas três esferas, gasta cerca de R\$ 4,00 por dia com cada brasileiro.

Por todos os parâmetros internacionais, trata-se de valor baixo. Este total, claro, não faz distinção entre quem efetivamente precisou e quem não precisou de serviços.

Distinção que é especialmente importante porque grande parte do sistema brasileiro de saúde é mantido por gastos particulares, principalmente com planos de saúde individuais e corporativos. Hoje, e há décadas, quase 30 % dos brasileiros têm planos de saúde.

Assim, contando-se apenas as pessoas desprotegidas por estes planos particulares, ou seja, aquelas que necessariamente apelam ao SUS, os gastos *per capita*, é justo imaginar, foram um pouco maiores. Algo bem maior do que R\$ 4,00 por dia por habitante.

Contando apenas os que efetivamente tiveram acesso a qualquer serviço do SUS, com certeza, este número aumenta bastante, embora sempre fique na mesma escala de grandeza: algumas unidades de real por dia por habitante.

¹⁵ Dados econômicos de 2012.

A população por país é de 2016. OECD Health Statistics 2015 – www.oecd.org/els/health-systems/health-data.htm. Current World Population: www.countrymeters.info

Cabe também outra observação: estes números não trazem, quando referidos exclusivamente ao SUS, o total do dispêndio da UNIÃO FEDERAL via abatimentos no IR por gastos com saúde. Não é pouca coisa que a UNIÃO FEDERAL deixa de receber por conta disto.

De todo modo, qualquer estudo disponível na internet ou em publicações especializadas mostra também que há necessidade de um grande aumento no financiamento.

2.1 De onde vem o financiamento

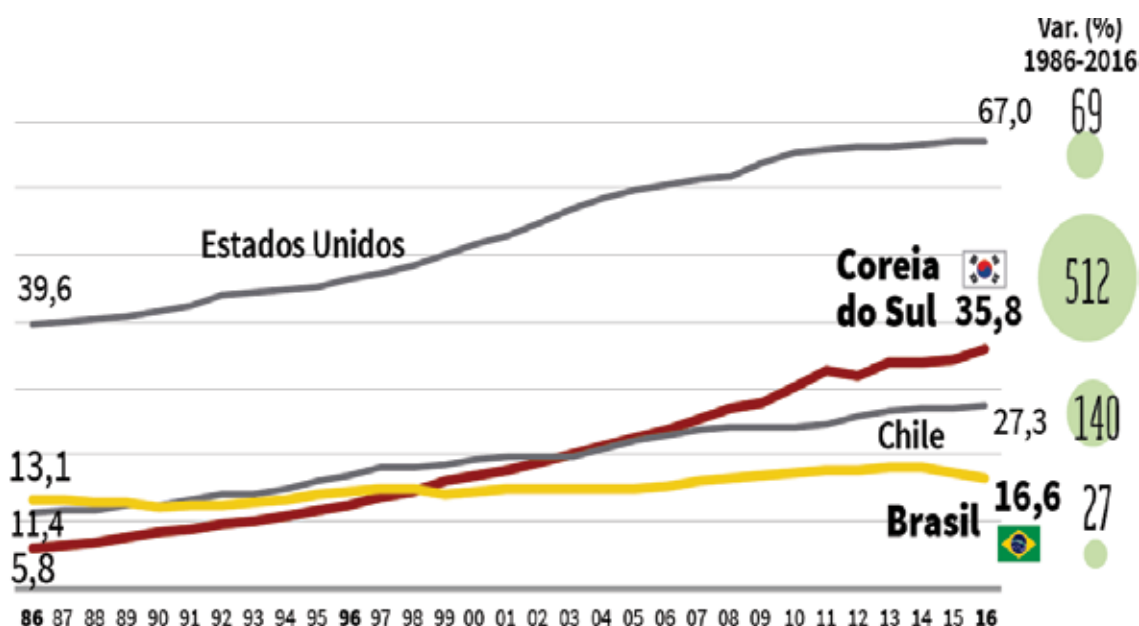
Nós financiamos nossa própria saúde.

Qualquer estudo minimamente sério disponível sobre contas públicas mostra que as possibilidades de financiamento seriam, no máximo, de um aumento pequeno – para não se falar de uma redução (!).

Motivos? Um deles é de cunho geral: somos uma sociedade pouco produtiva, se comparada a outras no mundo (aquelas que a gente quer visitar e alcançar), embora muito produtiva se comparada a outras tantas (aquelas que a gente não quer visitar e que a gente deplora por seu subdesenvolvimento). O gráfico abaixo nos dá uma certa ideia do problema:

Riqueza gerada por trabalhador a cada hora trabalhada (fonte: *The Conference Board*)

Em dólares de 2015. pelo conceito de paridade do poder de compra (PPP)



Há, portanto, um descompasso enorme entre o que desejamos e o que nós conseguimos suprir com nosso suor.¹⁶

Não somos um povo de boa produtividade. Não inovamos. Dependemos de tecnologia produzida por outros povos de maneira geral.

2.2 Corrupção e má gestão no SUS

Muito popular no Brasil, inclusive nos meios jurídicos, a ideia de que o problema da falta de dinheiro, pelo Estado, para realizar as obras e serviços dele esperados, se deveria à enorme corrupção no País – aliada à má gestão.

Não é verdade e é estatisticamente provado que não é verdade.

Em todos os *sites* e relatórios sobre a corrupção no Brasil, o prejuízo *direto* – aquele contábil, imediato – não passa de 10 % dos recursos disponíveis. São *sites* que me dispense de citar, já que são acessíveis a todos.

Não há dúvida de que ainda assim é muito dinheiro perdido em mãos de ladrões frios e perigosos – os quais dependem de esquemas de má gestão. Sim, a má gestão é *iter* necessário para um processo de corrupção.

O orçamento da saúde em 2016-2017-2018 tem oscilado acima de R\$ 100 bilhões. Se falamos de 10 % disso, temos cerca de R\$ 10 bilhões só para corrupção.

¹⁶ E não vale a velha cantilena dos juros. Ora, estes juros só existem porque um dia pegamos dinheiro emprestado (a juros baixos, diga-se de passagem) e estamos nos demorando a pagar. Estes juros são filhos dos capitais que construíram várias das pontes, dos viadutos, dos hospitais, dos portos que utilizamos há muito tempo e que nos possibilitaram ascender econômica, política e socialmente nas últimas décadas.

Nada de errado com os juros. Ninguém nos obrigou a tomar empréstimos.

Lembro ainda que os principais credores do Estado brasileiro, os “tubarões” que nos “roubam” através destes juros, são os aposentados e pensionistas de grandes empresas, os pequenos poupadores, a classe baixa com pequenas aplicações necessárias para fazer uma reforma na casa, a classe média que quer comprar um apartamento melhor, até a classe alta que muito tem para investir em termos pessoais, mas que não representa a parte mais relevante da poupança no País. Não há relevantes credores estrangeiros. Já quitamos, em termos de encontro de contas, a nossa dívida externa. Se há “tubarões”, estes são brasileiros e a massacrante maioria não é rica.

Não se sustenta, portanto, o argumento de que o SUS seria viável se não fossem os juros. Ora, se não fossem os capitais com juros decorrentes, talvez nem SUS haveria.

Definitivamente, é preciso reconhecer a existência de um problema estrutural *nosso*.

Não há dúvida de que a corrupção é a maior chaga do País. É raiz de muita coisa e marca do nosso belo caráter brasileiro (nossa cultura) até o momento.

A questão é que, mesmo havendo diminuição de 100 % da corrupção e da má-gestão no Brasil, hipoteticamente falando, nossa vida na saúde melhoraria 10, 20 ou 30 %?

2.3 Positivção de direitos fundamentais

Nossa situação econômica é desfavorável a uma saúde de primeiro mundo. Entretanto, nosso sistema jurídico é construído sobre a positivção de valores fundamentais, como, igualdade, dignidade da pessoa humana, saúde, liberdade, intimidade *etc.*

Este rol de valores está longe de ser simples desejo inconsequente. É, sim, diretriz que guia o bom aplicador do direito e cada bom cidadão.

Mais: valores jurídicos de dignidade da pessoa e os demais valores juridicizados fundamentais só podem ser tidos realmente como jurídicos se forem *também* judicializáveis.

2.4 O mínimo existencial

Na discussão sobre direitos sociais, surge a referência ao mínimo vital ou existencial.

O mínimo existencial se liga a uma vida com qualidade, claro. Não se resume à vida fisiológica mantida sem qualquer perspectiva de desenvolvimento das potencialidades inatas ao ser humano. Não é mínimo vital ou de sobrevivência. Isto está longe de implicar, contudo, direito de todos a todo tempo de tudo o que for de melhor sem preocupação das fontes de manutenção deste “paraíso na terra”.

Não cabe pensar que os direitos fundamentais se resumem, por outro lado, ao mínimo essencial. São realidades próximas, que se relacionam,

mas distintas. Há certas emanções dos direitos fundamentais, como certas precauções relativas à intimidade, que dificilmente podem ser resumidas ao mínimo existencial ou dignidade da pessoa humana.

A própria Constituição Federal de 1988 traz bem claras noções a respeito já no seu art. 1º III (dignidade da pessoa humana) e art. 7º IV (salário mínimo suficiente).

É certo, assim, que o Constituinte não descurou da necessidade de tratar a todos conforme suas necessidades básicas.

2.5 Judicialização de direitos fundamentais

Malgrado a viagem do mais etéreo ao mais concreto, tratada no tópico sobre positivação dos direitos fundamentais, o vínculo sindicável entre o valor-raiz e o ato concreto permanece.

Tal liame é “sindicável”, perscrutável, *judicializável*, porque todo princípio, como lembra ALEXY¹⁷, é valor juridicizado. O ato lá na ponta pode ser de qualquer espécie. Pode ser meramente burocrático, como a expedição de uma nota ao detido sobre suas garantias constitucionais, ou executório material, como a aplicação de uma injeção num posto de saúde. Não importa, na origem estará um valor qualquer: segurança, saúde, liberdade, desenvolvimento econômico, propriedade *etc.* Valores que podem implicar um direito subjetivo, mesmo não havendo Legislador ou Administrador que intermedeie essa concretização.

Cabe ao Poder Judiciário dizer se cada um dos agentes que intervieram nessa cadeia realmente se ateu ao seu campo de manobra. Será que o Legislador, na hora de fazer o orçamento, realmente poderia ter destinado tão poucos recursos para o hospital X ou Y? E o procedimento X? Teve ele a devida atenção orçamentária? E o delegado? Poderia ele ter agido com aquela agressividade na abordagem do criminoso? O servidor do INSS não teria extrapolado na indiferença ou na atenção ao segurado X ou Y? São

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, 2001, *passim*.

atos da vida da gente que têm, mesmo sem a gente se aperceber, algum conteúdo jurídico remissível às raízes axiológicas da convivência em sociedade. Convivência formatada também por uma decisão constitucional.

É de ser considerado, contudo, que uma abordagem tão generosa do poder do Poder Judiciário não é ubíqua.

É conhecida a posição de AVELÃS NUNES¹⁸ sobre um certo ineditismo no grau de judicialização das questões de direito à saúde que existe no Brasil. Ressalta a experiência europeia no assunto, que nunca presenciou tanto protagonismo do Poder Judiciário dia a dia da gestão da prestação de serviços estatais nessa área.

Parece haver consenso sobre um ponto: o instrumento jurídico principal para resolver eventuais conflitos e interações entre valores serão postulados, como os da proporcionalidade e o da razoabilidade.¹⁹

Uma visão do fenômeno jurídico nestas bases parte da convicção de que não conseguimos, na história humana, criar valores absolutos.

2.6 Direito absoluto à saúde, à vida?

O direito à vida é o mais importante? Parece que sim. Quem diria o contrário? Ele é insuperável? É absoluto? Aí a resposta é mais difícil.

Há muito, a doutrina e a jurisprudência têm afastado a ideia de superioridade absoluta de qualquer direito, valor, princípio. Permito-me dizer isto justamente depois de refletir sobre o direito à vida, pois ele é o ponto de partida e o ponto de chegada. Acima dele, não existe qualquer outro direito.

Se o direito à vida fosse absoluto, uma pessoa não poderia tirar a vida da outra porque esta outra pessoa a ameaça fisicamente com uma arma que *parece* estar na iminência de ser disparada. É lógico pensar em graduação de absolutos? Uma vida mais absoluta que outra? Estranho, não? No exemplo, a pessoa morta apenas *parecia* que ia atacar e, ainda assim, sendo ou não

¹⁸ NUNES, António José Avelãs, SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁹ Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

putativa a defesa própria, o direito não equipararia as duas vidas. Um risco vale mais que uma vida?

Se o direito à vida fosse absoluto, o simples *risco* de vida da mãe não seria motivo para matar o embrião ou o feto.²⁰ Um risco vale mais que uma vida?

Se o direito à vida fosse absoluto, o “simples” aumento do terrível trauma da mulher estuprada não seria motivo para se matar o que muitos consideram uma vida humana já na barriga da mãe/vítima. A infelicidade da mãe/vítima vale mais do que uma vida humana?

Se o direito à vida fosse absoluto, não haveria pena de morte no Brasil em caso de guerra. Disputas territoriais valem mais do que as vidas por ela perdidas?

Se o direito à vida fosse absoluto, o “respeito” aos mortos, via sacralização de corpos sem vida, não impediria que *milhões* de vidas fossem salvas através de transplantes de órgãos que são negados a quem deles depende para viver. A putrefação do corpo vale mais que uma ou várias vidas?

Se o direito à vida fosse absoluto, os médicos no Brasil, e em todo o mundo, não poderiam desligar aparelhos que mantêm vidas totalmente inviáveis em cima de uma cama de hospital, como fazem, com obsequioso silêncio da família, secreta ou ostensivamente. Neste caso, novamente, parto do pressuposto tradicional, normalmente religioso, de que ali haveria sim uma vida humana igual à de qualquer outra pessoa. Vale mais uma conta de hospital do que uma vida?

Se o direito à vida fosse absoluto, não se permitiriam diversões de alto e altíssimo risco somente em nome da aventura. A adrenalina é superior à própria vida que a produz?

Se, depois desta enumeração de perguntas, ainda persistir a crença (esta é a melhor palavra) no caráter absoluto do direito à vida, provavelmente o melhor será verificar se o próprio conceito de absoluto não está sendo

²⁰ Isto, claro, na medida em que muitas pessoas consideram feto ou embrião pessoa ou, como é mais comum, vida humana.

torturado de acordo com convicções religiosas, ideológicas ou até mesmo partidárias.

No tema presente, antes de tudo, a escassez determina escolhas entre as próprias vidas. Quando se impõe o financiamento de valores altíssimos em favor de um grupo pequeno de pessoas – devendo ele ser mantido por fontes limitadas – está-se fazendo uma escolha. Está-se escolhendo uma vida em detrimento da outra. Então, haveria vidas mais “vivas” que outras?

Um exemplo abaixo tenta esclarecer.

É sabido, fato notório, que as pessoas tendem a não doar órgãos de familiares falecidos.

Neste caso hipotético, um médico tem um fígado à disposição.

São 50 pacientes na fila.

Escolher um é exatamente deixar 49 a ver navios. E não se fala aqui de dinheiro... (o “satânico” dinheiro).

Estaria errado o médico?

Trazendo-se o exemplo da disputa pelo fígado no lugar do da disputa pela verba orçamentária (o dinheiro), fica menos fácil sonhar.

Fica menos fácil negar que a dura realidade é a de que temos, infelizmente, que fazer escolhas.

E seria contra todo o bom-senso se negar que exista, infelizmente, muitas vezes, uma falta absoluta de orçamento. Por mais que neguemos os fatos através de palavras mágicas como “direito à saúde”.

2.7 A decisão menos difícil e a muito difícil

Entender justo ou não o Estado gastar especialmente com esta ou aquela pessoa. Eis uma decisão que dilacera o peito e a mente do jurista, onde desejo e cautela, vontade e razão, se opõem.

Mesmo sendo sempre difícil qualquer posicionamento nesta seara, é certo que muito mais doloroso é *entender pela inexistência de direito*:

“(...) a decisão ‘pró-remédio’ é estruturalmente fácil, a necessidade (estar doente) e a adequação (necessidade do tratamento) são dados externos, trazidos por laudos médicos. Já a decisão contrária exige uma ponderação bem mais complexa. Sunstein e Ullmann-Margalit (2000, 192), em interessante estudo sobre o comportamento decisório, demonstram a inviabilidade de pautar decisões do dia a dia em métodos complexos de adjudicação.”²¹

A facilidade ou a dificuldade na sua construção, contudo, não deve nortear a decisão do jurista. Pelo contrário, é preciso haver equilíbrio e autoconfiança suficientes para desagradar firmemente qualquer das duas posições. A posição de negação do remédio tende a ser vista como desumana por algumas pessoas. Se se entender pelo dever do Estado de bancar o tratamento, corre-se o risco da irresponsabilidade e do tratamento não isonômico.

O drama está também, portanto, na falta de informações fáceis e confiáveis, pois o jurista não é especialista em gestão de saúde ou de orçamento:

“(...) o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia de instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.”²²

As dificuldades inerentes à questão não é base para negar a possibilidade de judicialização dos direitos sociais, como o relativo à saúde.

²¹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

²² POSNER, Richard A. (**Economic analysis of Law, 1992**) e outros *apud* BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

O certo é que imprecisões nos acompanham em todos os setores da vida.

2.8 O inaceitável e o imperfeito

A mundividência acima descrita pode ser sintetizada, de alguma maneira, assim: a Jurisdição deve cuidar dos assuntos segundo os modais *aceitável* e *inaceitável*, não segundo os parâmetros *bom*, *melhor* e *ruim*, *pior*.

Exemplo: o prefeito abriu uma área de loteamento no setor X da sua cidade. Foi uma escolha péssima, pois haveria outras áreas bem mais adequadas, segundo o que pensa a maioria da população, incluídos aí os promotores e o juiz da cidade. Contudo, ele tem o mandato e os poderes para assim agir, tendo sido respeitados os *princípios* e as regras expressas da lei orgânica do Município, o plano diretor e a lei de uso e ocupação do solo. Para ele, além de tudo, aquela área é a melhor – conveniência e oportunidade –, não havendo, por outro lado, nesta história hipotética, qualquer indício de corrupção, autopromoção ou desvio de poder.

Neste caso, o que poderiam fazer os promotores de justiça? Não tenho dúvida em dizer: nada. Fazer algo juridicamente seria atacar um dos pilares da formatação (a política) de nossa sociedade, que é a divisão de poderes e o respeito à regra do jogo.

Não caberia aos promotores, ao povo ou ao juiz se sentar na cadeira do Prefeito, pois as instituições – conquista da civilização – não o permitiriam, já que a medida seria aceitável, sem maiores prejuízos para a municipalidade, como admitem todos, até aqueles que veem em outras áreas melhores opções. Questão de gosto, de *melhor* ou *pior*, mas ambas as posições aceitáveis. Nenhuma delas ilícita.

Em situação distinta, se projetado o loteamento sobre área de preservação permanente ou sobre área que inviabiliza as correntes de tráfego do Município, aí, sim, teríamos uma medida que seria apreciada segundo critérios de aceitabilidade jurídica. Nessa hipótese, não se falaria de um Poder

Judiciário querendo escolher o que para ele seria o *melhor*, mas se trataria de um Poder Judiciário procurando evitar excessos do Poder Executivo. Excessos, estes sim, tocáveis via judicial.

Faltarem certos remédios ou procedimentos no rol de prestações do SUS é realidade comum. A política pública de saúde, radicada no valor constitucional saúde e concretizada via milhões de atos e iniciativas ao longo do território nacional no decorrer de décadas, é judicializável.

É dizer: cabe, sim ao Poder Judiciário verificar a possível ocorrência de abuso por parte do Legislador ou do Administrador. Qualquer que seja o fato analisado, contudo, não resta dúvida de que os parâmetros utilizáveis são os da aceitabilidade – ou seja, licitude.

Não há, por outro lado, automático reconhecimento da obrigação genérica de o Estado fornecer sempre remédios de ponta ou de marca específica.

Seria difícil também aceitar uma “colcha de retalhos” como parâmetro; algo assim: usar a França como modelo de remédios disponibilizados, o sistema italiano de gestão de cirurgias, o belga, relativamente a cuidados pós-cirúrgicos *etc*, montando-se, assim, o melhor dos mundos. A seleção dos melhores.

Claro que convém ressaltar, noutra mão, que a mera ausência do remédio ou procedimento de lista oficial do SUS é insuficiente, por si só, pelo chamado *fato consumado*, para afastar a obrigação do ente público de provê-lo.

A pergunta correta é: essa política, neste ponto, que subtrai da lista de medicamentos o remédio X, é *aceitável* constitucional e até legalmente?

Errada seria a pergunta nos termos seguintes: essa mesma política é a melhor, a preferida da população?

2.9 Reserva do possível

“Todos têm direito de usar, mas, como o uso simultâneo e desordenado não é possível, alguma distribuição do uso se torna necessária.”²³

A expressão “reserva do possível” é popular e quase autoexplicativa.

Interessa inicialmente fazer uma distinção entre direitos sociais e direitos de defesa.

Os últimos tendem a importar custos não muito relevantes quando pensados estes custos em bases *per capita*. São direitos relacionados mais a abstenções do Estado, embora não só isto. São ligados a garantias contra arbítrio e violações contra o indivíduo e a comunidade. Normalmente são chamados de *neutros* porque não causam desequilíbrio orçamentário relevante ao serem efetivados em face de um cidadão, por exemplo.

Os primeiros, direitos sociais, tendem a não ser neutros, pois implicam tendentemente a alocação de relevantes recursos em prol de um ou vários indivíduos. São positivos, materializando-se em prestações onerosas.²⁴

Na análise de qualquer direito social é, portanto, destacado o papel da economia. Sem dinheiro, nada feito. Sem possibilidades econômicas, sofrem não só a efetivação do direito, mas desde logo a sua própria existência no mundo jurídico.

A economia, à sua vez, é, por excelência, a ciência da escassez, já que as vontades e necessidades humanas são infinitas e os recursos são finitos.

Um habitante do Burundi, por exemplo, tem necessidades X. Ele sonha com o padrão de vida suíço e pensa que, uma vez tendo metade do bem-estar do cidadão suíço, nada mais na vida iria querer. Belo autoengano, pois, como disse SCHOPENHAUER, o coração humano vive oprimido pelo próximo desejo. Assim que ele satisfaz um, logo o seu coração se preenche de

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

outro e assim por diante.²⁵ Prova empírica disto é que o suíço real, do séc. XXI, tem o décuplo do que o africano do exemplo e, mesmo assim, sofre pelas “carências” a vida lhe impõe.

FUKUYAMA também traz um exemplo interessante comparando o nível de satisfação de um negro marginalizado americano com o nível de satisfação de um negro africano de classe média com menor acesso ao bem-estar.²⁶

Resumindo: o que é paraíso para uns é o inferno para outros. Por isto, bem-estar, mínimo existencial, direito à saúde e similares são conceitos *históricos, concretos*, não abstratos ou universais. São relativos, ou seja, relacionados a condições geográficas, econômicas, sociais, políticas, históricas *etc.* O que vale – o que é *possível* - para a Finlândia não necessariamente vale para o Brasil.

Com ajuda de várias outras ciências, inclusive a economia²⁷, ao direito cabe decidir prioridades dentro do eterno quadro de escassez.

A prestação reclamada não pode fugir do razoável dentro das condições *reais* de um sistema sócio-jurídico-econômico.

Frases simplistas como “recursos existem”, entretanto, são muito comuns. Mas, infelizmente, as coisas não são simples assim. Pode haver dinheiros e, ainda assim, não haver direito à prestação. Isto porque tais recursos só aparentemente estão disponíveis, pois sempre há inúmeras necessidades desatendidas ao tempo em que os recursos estão depositados antes do seu uso. Ou seja: o fato de estarem momentaneamente “parados numa conta” certos dinheiros não implica que eles não estejam faltando para mil outras necessidades que estão em aberto, esperando a oportunidade e a conveniência ou mesmo o preenchimento de outras necessidades mais prioritárias por imperativo legal. Se apenas se flagrar o dinheiro em seu trâmite

²⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ser feliz**.

²⁶ FUKUYAMA, Francis. O fim da história e o último homem.

²⁷ Vale sempre lembrar a visão de Luhmann. O direito, sem dúvida, pode ser visto à luz da teoria dos sistemas. O direito, embora atuando com seus códigos próprios, nunca deixou de entreter acoplamentos estruturais com outros sistemas, como religião, moral, economia, política, cultura, artes *etc.* O direito é fechado no seu código, sintaticamente; mas aberto, semanticamente, cognitivamente, ao meio, aos outros sistemas. Ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

– numa conta bancária ou num fundo de investimento, por exemplo – ter-se-á a ilusão de que se trata de sobra, mas a verdade é que ele já está todo comprometido e é, inclusive, insuficiente para o infinito rol de carências, diga-se de passagem, *desatendidas*.

É que direito, por natureza, é realidade que só existe pressupondo um ser humano e o *outro*. Alteridade é pressuposto do direito e, num contexto de escassez, fica evidente que o se dá a um é o que se tira ou se deixa de dar ao *outro*. O *outro* cidadão lá de Jampruca-MG – sem acesso pleno a bons advogados e longe dos centros urbanos maiores, inclusive da sede de justiça menos capilarizadas, como a Federal - é interessado direto no valor dos caríssimos remédios que o Juiz obrigou a União Federal a fornecer ao cidadão de São Paulo – SP. O reconhecimento errado de “direito fundamental” aos remédios caríssimos para um pode implicar a negação dos mais básicos direitos à saúde e bem-estar de *outro*, como cirurgias ou macas em enfermarias.

A ideia de reserva do possível tem efeito importante na garantia do tratamento isonômico de comunidades maiores e distantes do mundinho do jurista que não se importa com a realidade – que não sabe a diferença entre princípios e regras.

A ideia de reserva do possível tem, portanto, duplo efeito.

De um lado, ela tolhe uma pretensão desarrazoada; doutro lado, ela garante a efetivação do direito modesto, mínimo, de outro cidadão, de quem aquele jurista nunca ouviu falar. Por que isto? Porque as fontes são, em verdade, uma só: o total de riqueza que uma sociedade é capaz de criar.²⁸

Levar direitos fundamentais a sério é levar a sério o problema de escassez.²⁹

Mesmo assim, não se confunde a reserva do possível com limites da lei orçamentária. É diferente. Embora não havendo previsão orçamentária

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

específica, poderá haver, em casos muito graves – de acordo com critérios de proporcionalidade – a concessão de uma prestação social com base em análises com o uso dos parâmetros citados.

Cabe notar que o STF já tem entendido que o Poder Executivo só é obrigado a pagar precatório se, de algum modo, se puder dizer que o recurso existe para tanto.³⁰ Este entendimento, obviamente, não deve ser usado para acobertar atitudes nada republicanas de entes públicos, Brasil afora, que são verdadeiros estelionatos contra credores judiciais.

É interessante também notar que a escassez abrange – inclusive neste assunto – bens que nem são diretamente (ou admitidamente) de valor econômico, como órgãos para transplante. Eles são escassos e dependem de decisões de parentes do morto. Como normalmente estes parentes negam a retirada, eles geram a escassez dos órgãos. Escassez que gera a morte de milhares de pessoas e torna a vida de outras milhares uma *via crucis* em interminável fila de espera e hemodiálises, por exemplo.

Esta escassez, que talvez pouco custaria minorar, não gera ações judiciais. Interessante, sim: ninguém processa a família de um morto por ela não autorizar a retirada de órgãos, embora isto signifique *diretamente* a morte de um seu ente querido. Nós nos resignamos em face dessa escassez.

Com a escassez de recursos do Estado, nós nem sempre nos resignamos. Temos lá nossos motivos para esta diferença. O problema é não enxergar o conjunto da vida. É não ver que estamos condenados a viver com alguma escassez e que manejá-la não é um ato imoral ou injurídico.

Enfim, o grande problema que leva, já digo de vez, a um excesso de judicialização da saúde é a insistência brasileira em se negar a diferença evidente entre *regras, princípios e políticas*³¹. Só isto explica a leitura simplista do CF 196, que, evidentemente, não traz uma obrigação própria de regra, incontrastável e de exigência de resultados imediatos, mas sim um sério e circunstanciado princípio de eficácia limitada, que é o do devido melhor provimento possível de prestações de saúde.

³⁰ IF 492/SP, Ac. do Pleno, de 26.3.03, Rel. Gilmar Mendes, DJ 01/8/03.

³¹ Uso tais termos no sentido propriamente dworkiniano.

A leitura dessa parte da Constituição Federal como se fosse a leitura de uma convenção de condomínio tende a gerar um desvirtuamento do programa constitucional, embaraçando, no fim das contas, o próprio intérprete, deixando mais dúvidas e insegurança do que clareza e *rumo*.

2.10 Separação de poderes e absolutismo do Poder Judiciário

Pois bem, o Poder Judiciário é o árbitro da vida jurídica cotidiana *na eventualidade* do conflito, analisando dos casos mais triviais aos mais complexos e impactantes. Ele pode dizer se o Legislador ou o Administrador editou regras constitucionais ou não. Ele pode dizer se os atos materiais são constitucionais ou não. Constitucional será, em grande medida, o que ele disser que é.

É muito poder. Será poder excessivo se o Poder Judiciário não se controlar.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, é justo se especular que sua virtude, sua força, se mostrará tanto nos momentos de graves e profundas intervenções nas ações e omissões dos outros poderes quanto nos momentos em que ele se abster de mudar algo por prestigiar a independência e o fundamental papel dos outros dois poderes. A razão: ele controla eventual e diretamente os demais poderes e ninguém, por outro lado, controla *diretamente* o Poder Judiciário no que ele tem de principal, a jurisdição. As atividades administrativas e legiferantes são controladas via judicial. A jurisdição, por sua vez, não tem controle externo formal, explícito e direto.

Cabe à jurisdição, portanto, um maior juízo. Ter juízo é se conter. É virtude republicana, negativa no sentido de importar o *non facere*, uma abstenção salutar e devida. É negar o voluntarismo, comum naqueles que supõem mudar o mundo com uma sentença ou, através de uma liminar, fazer chover numa hidrelétrica para garantir energia a atividades não essenciais, como vimos na época do apagão em 2001/2002 (umas das poucas ocasiões na nossa história em que o requisito relevância e urgência se mostraram

incontestavelmente presentes como fundamento para a edição de medida provisória).

A Jurisdição, sinônimo de Poder Judiciário, não pode se sentar na cadeira da Administração Pública ou do Legislador. Jurisdição desbasta, apara, evita excessos, excrescências. Sua atuação, mesmo quando parece ser positiva, é sempre negativa sob um certo ângulo, porque ela só age para afastar. Afastar os abusos dos demais poderes. Abusos que, muitas vezes, são *omissivos* e não *comissivos* – daí a perigosa imagem segundo a qual a Jurisdição, em casos especiais, *faz, substitui* o Administrador. Imagem perigosa porque não é muito segura e útil uma ideia de Jurisdição substitutiva, que se senta na cadeira do prefeito, da presidente ou do ministro e administra.

Jurisdição não administra. Ela age pontualmente desbastando excessos *comissivos* e *omissivos* – e só. Ela não deve executar, dar continuidade a programas ou tirá-los de sua cabeça “privilegiada”, impondo-os à sociedade. Programas, políticas, priorizações e estratégias moram no Congresso, no Planalto, nas prefeituras, não nos palácios de justiça. Estes já abrigam o enorme poder de apagar excessos dos outros poderes – e já está muito bem assim.³²

O Poder Judiciário, já na sua razão de ser, na sua origem, no seu “DNA”, é proibido de fazer políticas públicas fora do seu âmbito específico, que, até hoje, pelo menos, tem sido a prestação jurisdicional em si. Planos ou metas para educação, saúde, viação e comunicações não podem ser gestados no âmbito judicial.

2.11 Direito individual à saúde ou a bons programas de saúde?

O problema tratado neste tópico tem a ver com teses sobre direitos sociais muito em voga após a desilusão com a queda do muro de Berlim em 1989. Talvez querendo se impor restos de programas socialistas a uma

³² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

estrutura sobrevivente, o capitalismo, muito se pensa numa quase completa unificação entre direitos fundamentais, incluídos aí os direitos sociais. Estes seriam extensões daqueles de primeira geração – liberdade, igualdade, intimidade, propriedade etc.³³

Levada a extremos, este pensamento implicaria a total judicialidade direta destes direitos, independentemente da noção de domínio normativo, de reserva do possível etc.

A intermediação comum e respeitável do Legislador quanto à concretização de valores economicamente dependentes – ou seja, que não são orçamentariamente neutros -, como encarecido neste texto, não seria descartada, mas ela seria incompatível com os demais pontos deste pensamento (ver MICHEL VILLEY³⁴).

Ignorar a complexidade do provimento da saúde ou da educação é errado. Pôr um médico, uma enfermeira e os petrechos necessários à atenção básica em cada rincão do País, manter programas universais de vacinação, manter programas setoriais de vacinação, controlar convênios, manter a saúde básica familiar, controlar epidemias e endemias, como dengue, cuidar da saúde da mulher e do idoso, assim como manter programas especiais como o do fornecimento de coquetéis antirretrovirais, tudo isto, enfim, não se dá assistematicamente, no *improviso*. Sem um sistema infralegal altamente capilarizado e complexo, leis complexas não funcionam; e sem elas, as leis, a letra da Constituição é morta. Diz-se muito bem sobre alguns exageros e falta de sistematicidade na atual realidade judicializadora da saúde³⁵.

³³ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

³⁴ VILLEY, Michel. Le Droit et les Droits de l'Homme *apud* TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67.

³⁵ Cf. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

Toda vez em que o sistema nos falta, a força – econômica, social, física ou política – toma o seu lugar. Continua o Poder Judiciário tão mão-aberta quando, não alguns eleitos, mas uma multidão de pobres e ricos e remediados passou a ele acorrer para ter remédios classe A com tratamento classe A?

Além do mais, tanto dinheiro gasto com tratamentos, muitas vezes francamente paliativos ou de eficácia ou vantagem apenas marginal, é dinheiro que falta à implementação do acesso igualitário à saúde com *foco na prevenção*. Não se trata, nestes casos, de ações preventivas, embora muitíssimo mais caras.

O voluntarismo não deve substituir o sistema. Ele pode, no máximo, complicá-lo ainda mais.

Daí ser possível dizer que há, sim, um direito a saúde *dentro* do sistema de saúde brasileiro, não fora dele. Como ele não é absoluto, ele poderá ser pontualmente corrigido pelo fazedor de justiça no varejo, o Poder Judiciário.

2.12 A esquecida precedência da fonte de custeio

A CF é explícita ao vincular *novas* despesas da *seguridade*, *não só previdência*, à existência de fonte de custeio correspondente. Trata-se de regra que denota a existência prévia de um princípio embaixador mediato. Um princípio que fale da sustentabilidade do sistema de saúde – veja o CF 195.

Precedência da fonte de custeio não faz com que decisões judiciais, por exemplo, sejam inviáveis, pois esta condição se liga a programas de ação do Poder Executivo, de modo a evitar um Estado perdulário, muitas vezes a serviço do grupo político no poder. É em nome da saúde das finanças públicas que se exige essa precedência. O dispositivo encerra, como disse, mais que uma regra ao conotar cuidado, responsabilidade fiscal, seriedade.³⁶

³⁶ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 150.

2.13 Assimetria de informações e decisões

A maior parte dos sistemas de saúde apresenta um traço característico interessante: como poucos outros sistemas, as assimetrias *cognitivas* entre os agentes (e pacientes) integrantes é muito grande. *Grosso modo* é assim:

O paciente tem a dor, algum poder de decisão em algumas situações, nenhum conhecimento e, às vezes, nenhum dinheiro.

O médico tem o conhecimento, nenhuma dor e o poder de prescrever, mas não gasta nenhum dinheiro de seu bolso.

O plano de saúde ou o SUS tem o dinheiro, algum conhecimento do caso concreto, nenhuma dor e nenhum poder de prescrição.

Dizem AARON e SCHWARTZ:

The system of third-party payment that dominates hospital reimbursement in the United States encourages the provision to most patients of all care that promises to yield benefits regardless of cost. Most American patients are insulated from the financial consequences of most hospital episodes. Most American physicians gain financially from providing additional care, and medical ethics preclude only the delivery of care that will do harm, not of care that is unreasonably expensive. Hospital administrators see facilities of high enough quality to satisfy the professional goals of their staffs. Thus care in the United States is usually close to what would be provided if cost were no object and benefit to patients were the sole concern.³⁷

Acrescentam:

The interests of the purchaser are independent of, and not always aligned with those of the patient. While the sick patient may want every medical intervention that may be of benefit, for example, the insurer, who actually pays for medical care, must marshal its resources carefully to assure that all of its insureds can be served, its premiums remain competitive, and its managers and shareholders are well compensated. Providers may be less powerful as sellers as they are as professionals, but they are far from powerless. They have a valuable commodity to sell, and sell it under restricted market

³⁷ AARON e SCHWARTZ (1984, p. 80) *apud* ELSTER (p. 3) *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89.

conditions where they are not exposed to the full force of competition.³⁸

A relação econômica envolvida na prestação de serviços de saúde tem, portanto, particularidades. Quando alguém vai a uma concessionária comprar um carro, normalmente o faz com o seu próprio dinheiro, em condições de enorme competitividade, podendo comprar o carro na hora, uma semana depois, podendo até não comprar, sendo que seria absurdo considerar necessária e possível a intervenção do Estado para garantir acesso universal a carros ou a compra de carros majoritariamente via seguro.

No caso da saúde, a complexidade das relações é muito maior.

2.14 Proporcionalidade e relação custo-benefício

O conhecido princípio da proporcionalidade é caracterizado por HUMBERTO ÁVILA³⁹ como *postulado*, ou seja, um comando formal, sobrecomando, tendente a resolver o problema dos conflitos, ou interações, entre princípios. Não me estenderei sobre o tema proporcionalidade, apenas indico a fonte.

Basicamente na linha deste doutrinador brasileiro, encareço a necessidade de se ponderarem os valores em discussão, não se tomando nenhum entendimento apriorístico como solução “fácil” para casos concretos.

É muito “fácil” falar que o problema se resume ao direito à saúde. Esta, palavra de 5 letras que resolveria nossos problemas. Deste modo, tudo que fosse pedido de melhor haveria de ser atendido pelo Poder Executivo e pelo obsequioso Poder Judiciário.

Soluções “fáceis” sobram por aí, mas são, no mínimo, ingênuas. Elas absolutizam certos valores – orçamento ou saúde – e cegamente procuram justificar a sua petição de princípio. Põem a saúde ou o orçamento na cabeça e seguem em galope.

³⁸ AARON e SCHWARTZ (1984, p. 642) *apud* ELSTER (p. 3) *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

Muitas vezes acertam, gerando bons resultados, mas o problema maior delas não reside no seu acerto quanto ao se é devido/indevido, mas quanto ao *por que* é devido/indevido.

Como sua fundamentação é sofrível, elas, no máximo, acertam no caso concreto, restrito. Elas são incapazes de constituir o que ALEXY chama de uma rede de decisões judiciais que proporcione maior segurança jurídica para os futuros casos⁴⁰ – papel magno da jurisprudência.

Decisões voluntaristas são fáceis, mas também estéreis. Corpos disformes no tecido jurídico. Quistos. Pontos mal integrados ao todo e servíveis, no máximo, para tratar uma ou outra situação individual e gerar desconforto entre os operadores do direito e entre a população, pois todos precisamos de um sistema jurídico com previsibilidade.

Na outra mão, quando há o devido sopesamento de valores juridicizados, temos uma visão mais completa do fenômeno fático-jurídico, até porque cabe ao Poder Judiciário e ao doutrinador trabalhar com situações concretas, principalmente as imprevistas pelo Legislador ou Constituinte.⁴¹

Uma noção assim de concretude também se liga à ideia de razoabilidade, que impede a tomada de decisões homogêneas para todos os casos, mesmo os mais afastados do padrão levado em conta pelo Legislador ou pelo Constituinte.⁴²

Daí que toda específica obrigação do Estado de fornecer este ou aquele remédio a uma específica pessoa, fora ou dentro dos programas, deve passar pelo teste da razoabilidade e da proporcionalidade. Judicialmente, não de ser sopesados custos e benefícios decorrentes de uma possível ordem ou condenação ao Estado de desembolsar quantias especialmente em favor de alguns indivíduos, descobrindo outros.

Não é raro que uma grande despesa com um administrado gere um pequeno benefício na sua vida de doente e um grande malefício a dezenas ou

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, 2001.

⁴¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, *passim*.

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

centenas de outros cidadãos, tão amparados quanto ele pela Constituição. É pouco benefício para muito custo.

Essa comparação custo/benefício não é, como nada na vida, inclusive a vida, definível com acurácia *absoluta*, mas o pior é ficar sem ela, volvendo-nos novamente ao arbítrio.

Dar atenção à relação custo/benefício não é nenhuma novidade ou fato isolado. O código de ética médica, já em 2010, inclusive, falava da proibição de tratamentos que pouco ajudam no prolongamento da vida do paciente e acabam por piorar sua já quase nula qualidade de vida:

Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Barack Obama sinalizou com a possibilidade de se reforçar, no sistema de saúde americano, comitês, *boards*, em que se decidiria sobre a viabilidade, inclusive financeira, da continuação com tratamentos vãos que não melhoram significativamente a qualidade de vida do paciente nem curam, mas custam bilhões ao contribuinte ou aos participantes de planos de saúde. Não ficou claro se se falou em ortotanásia, mas tudo indica que seria isto. Malgrado o avanço inerente à proposta, ela não foi posta à mesa haja vista as reações enfurecidas das bíblias.

A análise da relação custo/benefício, realizada várias vezes por dia pelo Estado, com recursos *limitadíssimos* e tendo que atender a todos isonomicamente, está presente na vida de todos nós.

Uma pessoa muito doente, por exemplo, costuma se privar de medicamentos de primeira linha porque não quer abrir mão de outros confortos mantidos pelo seu orçamento finito – finito como o do Estado.

Muitas pessoas abrem mão de cirurgias no exterior ou tratamos de ponto porque não querem vender aquele carro, aquele apartamento que ela mantém na praia ou na cidade grande, onde os filhos estão para estudar.

Muitíssimos pacientes com pouca expectativa de cura, para não prejudicar suas respectivas famílias, resignam-se com um pequeno encurtamento da sobrevida, 6 meses, um ano, para não dilapidar o que será de extrema importância para os que ficam.

O assunto é desagradável e as pedras não tardarão sobre quem ousar encará-lo de frente. Mas são decisões da vida, por mais desagradáveis que sejam. Elas são tomadas normalmente no recesso dos lares ou das mentes, talvez compartilhadas pelo casal. O fato de elas não serem propagandeadas não quer dizer que não existam.

O que acontece com o Estado é perfeitamente análogo, pois ele também lida com desejos infinitos e recursos finitos. No caso do Estado, contudo, a consideração é anátema e só se dá, em geral, *sottovoce*.

Já houve casos de pessoas pedirem em juízo que o Estado custeasse o mesmíssimo tratamento “do José de Alencar”, vice-presidente de 2003 a 2010. Quem pediu, de acordo com as notícias, era uma pessoa de posses razoáveis. Para ter um tratamento tão caro, tão fora da média e da realidade dos demais brasileiros, certamente, ele não pensou no seu próprio patrimônio, mas pensou no patrimônio coletivo. O patrimônio dele não pode ser usado para bancar este custo altíssimo e fora dos padrões, mas o do Estado pode.

Pode mesmo?

Depende do caso. O certo é que não há resposta certa pré-fabricada.

2.15 Considerações Finais

Somos maduros o suficiente para sabermos o quanto a saúde pública melhorou no País nas últimas décadas. Ela ainda é muito ruim, mas infinitamente superior à chinesa, à indiana, à tailandesa *etc.* É interessante ver

as pessoas cobrando cada vez mais e mais. E elas estão certas, certíssimas, pois nosso desenvolvimento econômico-social ainda é superior até ao da China – que amargou, nos últimos 2 séculos até a década de 1970, uma crise monumental. Assim, por incrível que pareça, talvez a má gestão seja um problema ainda maior do que o financeiro para nós.

Pegando-se o exemplo chinês, contudo, havemos de ponderar que a universalização da saúde ainda é uma meta longe de ser alcançada pelo gigante econômico, que tem 4 trilhões de dólares em reservas. Lá basicamente não há serviço de qualidade em extensas zonas rurais e mesmo nas cidades somente uma parcela mínima da população é assistida a contento, normalmente pagando por isto. Na Índia vige o caos.

Nenhum destes dois países, além disso, tem um sistema judicial como o nosso – que mesmo sendo ruim, vai muito melhor na comparação. O acesso à lide judicialmente formatada aqui é muito maior e as decisões são muito mais acatadas. É o Estado de direito daqui.

A maior acessibilidade, entretanto, traz maiores responsabilidades ao Poder Judiciário, que não pode se enganar com aparências. Embora grande, a acessibilidade não alcançou ainda os rincões de modo satisfatório. Na verdade, o pobre, até na grande cidade, costuma enfrentar grandes problemas de acesso à Justiça. Esses milhares que ingressam com processos procurando a prestação de remédios e tratamentos mais caros ou caríssimos, na verdade, não representam a população brasileira como um todo. Ainda há uma parte sem assistência. Cada vez menor essa parte, mas ainda existe.

A massa de ações continua crescendo, contudo. No dia em que ela tiver um tamanho ainda maior, talvez a questão dos limites do sistema, enfim, do orçamento, se mostre de modo mais contundente.⁴³

⁴³ HIRSCHL, Ran *apud* TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

Até que ponto a massa intelectual jurídica nacional cede a grupos de pressão, muitas vezes de classe média, que historicamente buscam o apoio da *grande mãe*, o Estado, para seus apertos?

Não raro, o Estado, ao fechar os olhos para a realidade, que infelizmente é de exclusão e disparidades, abre mão da régua de Lesbos e serve aos relativamente mais bem aquinhoados⁴⁴ e se esquece do menino carvoeiro do Jequitinhonha, este sem bons meios e bons advogados para enfrentar os guardiões do orçamento público. Esse “esquecimento” gera a ilusão patrimonialista de que o dinheiro público é suficiente para todos. “Todos”, no caso, são alguns, algumas centenas de milhares que judicialmente chegam primeiro à fonte e bebem água mais limpa.

Cair nesse “esquecimento” é ceder ao nosso velho patrimonialismo.

Ou a saúde pública é de todos os que dela precisam, e na medida em que *realmente* precisam, inclusive os menos atentos e retardatários e moradores dos rincões, ou ela é de grupos mais bem aparelhados.

A primeira situação é de democracia tendente à universalização. É de república.

A segunda tem laivos de estamento⁴⁵

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, 2001.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.).

⁴⁴ Ver FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. A expressão se tornou mais famosa a partir da obra de FAORO. Ela se liga a tudo que for a centralização, na figura estatal, da economia, das desgraças, dos apoios, do desenvolvimento, do subdesenvolvimento, das esperanças e das frustrações. É o Estado a serviço do estamento. Este último, grupo daqueles que podem obter os favores do aparato estatal e que, de certa forma, o constituem.

⁴⁵ O estamento. O estamento tendentemente invencível na lição de RAIMUNDO FAORO.

Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

D. WIEGAND *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. **In:** Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

EMANUEL, J. Ezekiel. **The ends of human life: medical ethics in a liberal polity**. Ed. il. rev. Harvard University Press, 1991.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2005.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da reserva do possível**. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

NUNES, António José Avelãs, SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OECD Health Statistics 2015 – www.oecd.org/els/health-systems/health-data.htm.
Current World Population: www.countrymeters.info.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. **In:** Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ser feliz**. São Paulo: Martins Fontes.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais**: uma perspectiva de direito e economia? **In:** SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLEY, Michel. Le Droit et les Droits de l'Homme *apud* TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais**: uma perspectiva de

direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Hellen Flávia Santos Moreira⁴⁶
Rozirene Emetério Leite⁴⁷
Jarbas Filho de Lacerda⁴⁸

RESUMO

O presente artigo científico busca um objetivo a reflexão sobre os malefícios acarretados agentes políticos por transgredir a Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, por ausência de uma punibilidade severa ou até mesmo por carência e comprometimento com o patrimônio público. Busca esclarecer as bases legais, conceituais, elementos constitutivos, tipologia de improbidade, a competência jurisdicional, a perda e suspensão dos direitos políticos. Esclarece, também, uma discussão a respeito do porque não aplicarem a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, restringindo-se a puni-los, tão somente, com a Lei de Crimes de Responsabilidade e os malefícios do foro privilegiado. Expõe uma análise do desenvolvimento do combate à improbidade administrativa, a partir da atuação do Ministério Público que figura atualmente como o principal defensor da aplicação da lei, sendo impulsionado e legitimado pela Lei de Improbidade Administrativa. O trabalho procura identificar a existência dos princípios constitucionais obrigatoriamente indicadores da probidade que deve nortear os cuidados com a *res pública*, analisar a evolução do combate à corrupção dentro da administração pública no decorrer dos anos e verificar como o dispositivo legal criado em 1992 foi o impulsionador e legitimador para que o Ministério Público pudesse combater a improbidade através da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

Palavras- chave: Improbidade Administrativa; Crime de Responsabilidade; Suspensão dos Direitos Políticos.

ABSTRACT

This research paper aims to promote a reflection on the harm caused by political actors and that application of the Law of Administrative Misconduct can cause. It also demonstrates the legal foundations, concepts, components, types of improper jurisdiction and suspension and loss of political rights. It also raises a discussion of non-enforcement of improper conduct for politicians, restricting themselves to punish them, alone, with the Crimes Act Lei de Improbidade Administrativability and the evils of special jurisdiction. Presents an analysis of development in combating administrative misconduct, from the work of the Public Ministry, which appears today as the chief advocate of law enforcement, being pushed and legitimized by the law of improper conduct. The work seeks to identify the existence of the constitutional principles of fairness necessarily indicators that should guide the care of the *res publica*, analyze the evolution of fighting corruption within the public administration over the years and see how the legal device

⁴⁶ Bacharel em Direito, Faculdade Pitágoras Divinópolis

⁴⁷ Mestre em Educação, Administração e Comunicação pela Universidade São Marcos, Professora Universitária, Coordenadora do Curso de Direito

⁴⁸ Mestre, Professor Universitário

created in 1992 was the driving force and legitimacy to the prosecutor misconduct could fight through the Public Civil Action of improper conduct

Keywords: Administrative Misconduct; Crime Responsibility; Suspension of political rights.

1 INTRODUÇÃO

Política e improbidade são temas bem comuns na sociedade. No Brasil, a improbidade aparece como bastante frequência e como uma marca frequente na administração pública, decorrente da secular forma patrimonial do Estado.

A pesquisa apresentada tem como objetivo mostrar a análise de um tema que se revela pertinente, por propor uma análise sobre o que há para combater o ato ímprobo e que, em termos de atuação, legislação e cobrança, a cada ano o povo brasileiro está mais participativo, desejoso de exercer o controle que lhe compete como cidadão consciente. A técnica utilizada nesta pesquisa é a bibliográfica com referência a vários autores.

A improbidade administrativa está inserida na Lei 8.429/92, sendo que existem três modalidades que a lei prescreve: a) atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) atos que importam danos ao erário (artigo 10º); c) atos que importam violação aos princípios da Administração Pública (artigo 11º).

Na última década, a atuação firme e constante de alguns órgãos, e em especial o Ministério Público, a população e a imprensa originaram maior notoriedade ao ato de improbidade, tendo diversos agentes públicos seus nomes vinculados na mídia envolvidos em atuação ilícita.

A Administração Pública compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes, aos quais incumbe executar os planos governamentais.

A honrosa administração pública é um dos mais importantes deveres do administrador público, no qual deve observar os princípios da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A atuação do agente no exercício da função administrativa nem

sempre honra o interesse público. Este, que é indisponível, passa a ser discricionário agredindo, assim, o princípio da moralidade.

Como forma de prevenir e sancionar a conduta ímproba, no artigo 12 da Lei 8.429/92 estabelece sanções como exemplo, como a suspensão dos direitos políticos. E diante disso, é que é de suma importância o presente estudo.

2 BASE CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O que nos serve de apoio, a priori e fundamento para caracterização da improbidade administrativa, é encontrado no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

O estado habitual, conforme a regra estabelece, abrange a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes em todos os entes Federativos, não só pela sua amplitude, mas, também, pelo fato de estar situada no artigo 37 da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional não define improbidade administrativa, nem aponta os possíveis sujeitos ativos e passivos desses atos. Vale ressaltar que o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada. Em 1992 ocorreu sua necessária regulamentação, operada pela Lei 8.429/1992, diploma de caráter nacional, isto é, de observância obrigatória para a união, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Muitas condutas, aqui descritas como atos de improbidade administrativa na Lei 8.429/1992 também coincidem com tipos penais, ou seja, também são considerados crimes, previstos em leis penais. Nesses casos, além das penalidades estabelecidas na Lei 8.429/1992 para todo ato de improbidade, e por isso o agente deveria responder na esfera penal pela mesma conduta, tipificada como crime em uma lei penal, devendo estar sujeito às penas na lei criminal cominadas, como por exemplo, reclusão e/ou multa penal.

Destarte que essa lei não define improbidade administrativa, mas sim apresenta descrições genéricas e exemplos de condutas, inclusive de omissões, que são qualificadas como atos de improbidade administrativa e estabelece as sanções aplicáveis. Dispõe, também, a lei sobre sujeitos ativos e

passivos dos atos de improbidade administrativa, do procedimento administrativo de apuração e da ação judicial de improbidade administrativa.

Essa ação de improbidade administrativa, quando praticada por servidor público, corresponde inda mais grave, a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente federativo, o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar o inquérito adequado para a investigação de responsabilidade. Ademais, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos estatutos dos servidores. Não se pode especificamente ser aplicada à pena de suspensão dos direitos políticos, por atingir direito fundamental, de natureza política, que escapa à competência puramente administrativa.

No que diz respeito às penalidades para os atos de improbidade administrativa, diz Di Pietro (2010) que:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário. (PIETRO, 2010, p.811).

Os atos de improbidade administrativa podem acarretar vários tipos sanções, como o de suspensão dos direitos políticos e o da perda das funções públicas, além do dever de se realizar o ressarcimento dos danos ao Erário, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, § 4º, da Constituição Federal).

3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

3.1 Sujeito Ativo

Explanado agora sobre o sujeito ativo, intitula-se como sendo aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para sua prática ou dele extrai vantagens indevidas.

A lei de improbidade administrativa se considera sujeitos sendo o agente público que, mesmo não o sendo, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Tal agente público é aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou não remunerado, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades/órgãos públicos. Na visão de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010):

Os sujeitos passivos ativos dos atos de improbidade administrativa são, exatamente por essa razão, as pessoas que têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação judicial de improbidade (são os legitimados passivos na ação de improbidade administrativa). (VICENTE PAULO, 2010, p.860).

Tendo em vista que os servidores públicos, e que todas as categorias estão incluídas, independentemente de sua origem ou ocupação, ou ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento.

Os membros do Tribunal de Contas, do Ministério Público e os da Magistratura incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos ou agentes políticos.

A única exceção que haverá quanto aos agentes públicos será no tocante ao chefe do Poder Executivo, não sendo aplicada contra ele a Lei de Improbidade Administrativa com relação à suspensão dos direitos políticos.

Segundo Pazzaglini Filho (2006):

[...] evidente, também, que esta sanção (que diz sobre suspensão dos direitos políticos) não é aplicável ao Presidente da República cuja perda do mandato só resulta de condenação por crime de responsabilidade (conforme diz os artigos 85 e 86 da Constituição Federal). (PASSAGLINI FILHO, 2006, p. 146).

Complementa Pazzaglini Filho (2006), que:

Dessume -se, do exposto, que o Presidente da República poderá responder por ação civil por ato de improbidade administrativa. E, na hipótese de ser condenado, descabe a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos, devendo o decreto condenatório limitar-se às sanções civis. (PASSAGLINI FILHO, 2006, p. 151).

Podendo, assim, afirmar que os deputados federais, estaduais e senadores também não poderiam ter seus direitos políticos suspensos por ato de improbidade, não lhes sendo aplicado a Lei de Improbidade Administrativa. Porém, com explica Pazzaglini Filho (2006):

A sanção de suspensão dos direitos políticos dos senadores e deputados federais, na dicção do art. 55, VI da Carta Magna, implica a perda do mandato eletivo, observando-se o procedimento legislativo previsto no §3º do art. 55 da CF. O mesmo regramento constitucional se estende aos deputados estaduais (art. 27, § 1º). (PASSAGLINI FILHO, 2006, p. 151).

Os senadores e deputados federais gozam da chamada imunidade parlamentar, que decorre dos parágrafos 2º e 3º do artigo 53, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. A mesma prerrogativa é estendida aos deputados estaduais pelo artigo 27, § 1º, da Constituição. Para os vereadores essa prerrogativa não é assegurada na Constituição Federal, mas apenas em leis orgânicas municipais, o que não é suficiente para impedir a aplicação de normas constitucionais, como as que se referem à improbidade administrativa.

A tal imunidade parlamentar, portanto, somente pode se referir à responsabilidade criminal. Como a improbidade administrativa não pode se constituir crime, não há que se falar em impedimento a que a lei seja aplicada aos parlamentares.

Portanto, não pode ser aplicada a sanção de perda da função pública, o que implicaria a perda do mandato, porque tal medida seria de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso, como é previsto no artigo 55 da Constituição.

3.2 Sujeito Passivo

Pode se entender como sendo sujeito passivo a pessoa jurídica que a lei indica como sendo a vítima do ato de improbidade administrativa. Apesar do adjetivo “administrativa”, pode se observar que nem sempre o sujeito passivo se qualifica como pessoa eminentemente administrativa

O sujeito passivo tem abrangência todas as pessoas e entidades jurídicas, públicas e políticas, entre eles a União, Estados, Distrito Federal, Municípios; os órgãos dos três poderes do Estado; a administração direta e a indireta. Tendo em vista a indireta, compreende as autarquias, fundações, empresas públicas, e sociedades de economia mista; as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público, porque a ele foram incorporadas; e também as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Os atos de improbidade administrativa enfraquecem a sociedade, seus benefícios e investimentos de uma maneira geral. Entretanto, em particular pessoa física, ou uma empresa privada que nenhuma relação específica tenha com o poder público, não pode ser diretamente alvo de um ato de improbidade administrativa.

No tocante às sociedades de economia mista e empresas públicas que são pessoas jurídicas de direito privado, podem incorporar outras empresas, sucedendo-as em todos os direitos e obrigações, culminando a extinção da empresa incorporada. Assim, esclarece Garcia e Alves (2002), que:

Nestes casos, tem-se a empresa incorporada a que se refere o art. 1º da Lei nº. 8.429/82, a qual pressupõe a total incorporação do ativo e do passivo pelo ente da administração indireta, sendo insuficiente: a aquisição de parte do patrimônio, a subscrição ou aquisição de determinado lote de ações, a existência de cláusula-mandato que autorize a venda do acervo social, a fusão entre duas empresas, surgindo uma terceira, etc. (GARCIA; ALVES, 2002, p. 155).

Pessoas que prestam serviços sociais autônomos de cooperação governamental são destinatárias de contribuições para fiscais instituídas por lei. Nada obstante seja forma de contribuição indireta, mas relevante e fundamental, porque tais contribuições possuem suporte em lei e natureza compulsória. Podem, essas referidas entidades, ser sujeitos passivos de conduta de improbidade, visto que praticamente todo o seu custeio é coberto pelo montante arrecadado com as ditas contribuições.

Organizações não governamentais e as demais entidades do terceiro setor com regulação própria – as organizações sociais (Lei n. 9.637/98) e as

organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n. 9.790/99) – poderão, ou não, ser sujeitos passivos de improbidade, dependendo de eventuais benefícios que lhes sejam dispensados pelo Poder Público. E, caso sejam destinatários de tais benefícios, serão enquadrados pelo Poder Público no artigo 1º caput, ou no parágrafo único, conforme a extensão das vantagens.

A justificativa de tais entidades figurarem como sujeito passivo da Lei de Improbidade segundo Martins Júnior, (2001) é que:

[...] sejam as entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta ou mesmo privadas com participação acionária pública ou por elas fomentadas, situam-se no raio de ação da Lei Federal nº. 8.429/92, porque manipulam dinheiro público e implicam a atuação do Poder Público, sendo essa a razão para submetê-las à observância dos princípios e regras de direito público e, conseqüentemente, à lei repressora da improbidade administrativa. (MARTINS JÚNIOR, 2001, p 248).

Podem ser os sujeitos passivos, além da Administração central, a autarquia ou a fundação pública (pessoas jurídicas de direito público interno) ou as pessoas jurídicas de direito privado (empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer empresa com envolvimento de capitais públicos). Quer dizer, paciente da improbidade administrativa é qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou em sua receita anual.

4 TIPOLOGIA DA IMPROBIDADE

4.1 Enriquecimento Ilícito

O enriquecimento ilícito é a primeira modalidade prevista pela Lei de Improbidade, e em seu artigo 9º, cujo o caput, caracteriza o enriquecimento ilícito pela obtenção de vantagem patrimonial indevida e em razão do vínculo entre o agente e a administração pública. Nesta norma, consagra-se o aumento patrimonial injustificado, em que existe a desproporção entre as rendas e rendimentos auferidos entre agente público e sua respectiva capacidade em adquirir bens.

Já no o artigo 9º, a conduta de improbidade caracteriza o enriquecimento ilícito quando o autor auferir “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da lei de improbidade”.

Carvalho Filho é enfático (2010) quando diz que:

[...] constitui objeto da tutela o enriquecimento legítimo, justo e moral. Não há objetivação a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja, aquele que ofenda os princípios da moralidade e da probidade. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 948).

Cumpra ainda frisar que o enriquecimento ilícito à custa de outrem, não infringe diretamente a lei, o que causa a contravenção penal é o enriquecimento ilegítimo. Desta forma, uma pessoa pode enriquecer-se, desde que, não seja às custas de danos, no trabalho ou na atividade de outrem, sem o concurso deste não existe amparo legal.

O dolo integra a própria noção de enriquecimento. Sua eventual desídia pode habilitar desfrute indevido de vantagem por terceiro, o que é matéria do artigo 10 da Lei nº. 8.429/92.

Assim sendo, prescreve o artigo 9º da Lei nº. 8.429/92 que:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Portanto, o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que resulte vantagem ao agente público, que não está previsto em lei.

Assim, pode-se perceber que o enriquecimento ilegítimo do agente público provoca danos à moralidade administrativa e, independentemente, pode causar dano patrimonial à Administração Pública. No enriquecimento ilícito simples estão presentes, em princípio, apenas dois sujeitos: o sujeito ativo (agente público) e o sujeito passivo (ente público). A relação de improbidade, nesse caso, é simplesmente angular. Já no enriquecimento ilícito complexo pode-se identificar, além dos sujeitos ativo e passivo necessários, o

agente externo (terceiro). É dele que o sujeito ativo percebe a vantagem para cometer a improbidade contra o sujeito passivo.

Para finalizar, o enriquecimento ilegal é a mais grave das espécies da improbidade administrativa, a mais contundente forma de agressão à moralidade administrativa e, sem embargo, o atentado assiduamente cometido contra a Administração Pública e a sociedade.

4.2 Danos ao Erário e ao Patrimônio Público

Erário tem como definição tesouro público; dinheiro público; os bens oficiais. O artigo 10 da Lei Federal nº. 8.429/92 intenta proteger não o patrimônio público propriamente dito, mas o erário, o tesouro, isto é, o conjunto de órgãos administrativos encarregados da movimentação econômico – financeira do Estado (arrecadação de tributos, pagamentos, aplicação de verbas etc.).

Diferenciando de maneira mais clara o erário do patrimônio público, entende-se que o primeiro representa um conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e demais destinatários do dinheiro público, previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92).

Já por Patrimônio Público, entende-se como sendo um conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do artigo 1º da Lei nº 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público.

Representa danos ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da lei n. 8.429/92.

Esta modalidade de ato administrativo ímprobo é tratada no artigo 10 e seus quinze incisos. Em suma, o caput busca coibir o ato de improbidade que resulta prejudicial ao erário, evitando restringir qualquer tipo de lesão ao tesouro público.

Carvalho Filho (2010) diz que:

O objeto da tutela reside na preservação do patrimônio público. Não somente é de proteger-se o erário em si, com suas dotações e recursos, com outros bens e valores jurídicos de que se compõe o patrimônio público. Esse é o intuito da lei no que toca a tal aspecto. Pressuposto exigível é a ocorrência do dano ao patrimônio das pessoas referidas no art. 1 da lei. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 949).

Diz também, Carvalho Filho (2010) que:

A natureza dos tipos admite condutas comissivas ou omissivas, o que nesse aspecto se diferencia dos atos que importam enriquecimento ilícito, só perpetrados, como vimos, por atos comissivos. Se o agente concorre para que o bem público seja incorporado ao patrimônio de pessoa privada (art.10,I), sua conduta é comissiva; quando permite a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento(art.10, IX), sua conduta é normalmente omissiva. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 950).

Os danos causados ao patrimônio público podem ser dolosos ou culposos, sendo esta a única modalidade que permite a forma culposa. É notório que não há que se falar em ato de improbidade administrativa, se o evento danoso ao patrimônio público tem fatores externos determinantes deste prejuízo, desde que a conduta do agente político tenha atendido aos princípios regentes da Administração Pública.

4.3 Violação aos Princípios da Administração Pública

Conforme prescreve o artigo 37 da Constituição Federal, são princípios da administração pública a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios da administração pública são as regras que servem de parâmetro de interpretação das demais normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos pelos aplicadores da lei. Os princípios atuam oferecendo coerência e harmonia para o ordenamento jurídico, evitando também as lacunas.

4.3.1 Legalidade

Para que haja o bom controle e funcionamento da administração pública, é necessário obediência aos preceitos, zelo pelos princípios da administração que estão descritos na Carta Magna, precisamente, no artigo

37. Como todos os tipos de administração, a administração pública possui suas próprias regras e princípios, tudo isso para que a “coisa” pública funcione de forma leal, ética e moral.

É de grande valia a técnica adotada pela Lei de Improbidade Administrativa para a proteção do interesse público, sendo que a violação de preceitos caracteriza ato de improbidade administrativa, ainda que não resulte em danos ao erário, integrando-se, assim, à eficácia da Constituição.

A nossa Constituição Federal deixou expresso cinco princípios que são os princípios básicos e fundamentais da Administração Pública, e há mais alguns que são reconhecidos pelo nosso regime jurídico.

Meirelles (2006) ensina que:

Os princípios básicos estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei Federal 9.784, de 29.1.99. (MEIRELLES, 2006, p. 87)

Nesse sentido, afirma-se que o princípio da legalidade aparece simultaneamente como um limite e como uma garantia, pois ao mesmo tempo em que é um limite a atuação do Poder Público, visto que este só poderá atuar com base na lei, também é uma garantia aos administrados, uma vez que só deveremos cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei. Se as exigências não estiverem de acordo com a lei serão inválidas e, portanto, estarão sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

Segundo o princípio da legalidade, o administrador não pode seguir regimentos próprios na busca do interesse público, ou seja, tem que agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio desta, está proibido de agir. Já o administrado pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ou seja, aquilo que ela silencia a respeito. Portanto, tem uma maior liberdade do que o administrador.

Assim, diz-se que, no campo do direito público, a atividade administrativa deve estar baseada numa relação de subordinação à lei (“Administrar é a aplicar a lei de ofício”, “É aplicar a lei sempre”) e no campo do direito privado a atividade desenvolvida pelos particulares deve estar baseada na não contradição com a lei.

Segundo Di Pietro (2005, p. 67):

O princípio da legalidade, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI PIETRO, 2005, p. 67).

Os princípios implicam subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde os que ocupem o cume até o mais modesto deles, devem ser instrumento fiel e dócil para realização das finalidades normativas.

4.3.2 Impessoalidade

No tocante ao princípio da Impessoalidade, é sabido que a administração pública deve manter-se numa posição de neutralidade em relação aos administrados, ficando proibido o estabelecimento de discriminações gratuitas. A administração só pode fazer discriminações que se justifiquem em razão do interesse coletivo, pois as gratuitas caracterizam abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies do gênero ilegalidade.

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública pode ser definido como aquele capaz de determinar que, os atos realizados pela Administração Pública, ou por ela delegados, devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento ou da imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em síntese, os atos e provimentos administrativos são

imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

O princípio da Impessoalidade aparece pela primeira vez, com essa denominação na Constituição Federal de 1988, dando margem a duas interpretações.

Conforme Di Pietro (2005, p. 71), no primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Complementa ainda que:

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva, baseado na lição de Gordillo que os atos e provimento administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. (DI PIETRO, 2005, p. 71).

Com efeito, de um lado, o princípio da impessoalidade busca assegurar que, diante dos administrados, as realizações administrativo-governamentais não sejam propriamente do funcionário ou da autoridade, mas exclusivamente da entidade pública que a efetiva.

Custeada com dinheiro público, a atividade da Administração Pública jamais poderá ser apropriada, para qualquer que seja os fins, por aquele que, em decorrência do exercício funcional, se viu na condição de executá-la. É, por excelência, impessoal, unicamente imputável à estrutura administrativa ou governamental incumbida de sua prática, para todos os fins que se fizerem de direito.

4.3.2 Da Moralidade

Define-se o princípio da moralidade como sendo regra da administração que carece de atuar com decência, ou seja, de acordo com a lei. Tendo em

vista que tal princípio integra o conceito de legalidade, decorre a conclusão de que ato imoral é ato ilegal, ato inconstitucional e, portanto, o ato administrativo estará sujeito a um controle do Poder Judiciário.

A moralidade jurídica é entendida como um conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interior da própria Administração, uma vez que ao agente público caberia também distinguir o honesto do desonesto, a exemplo do que faz entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno.

O princípio da Moralidade, um dos norteadores da probidade administrativa, constitui pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública.

Assim, afirma Carvalho Filho (2005) que:

O princípio da moralidade impõe que o administrado público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram. (CARVALHO FILHO, 2005, p.14).

Portanto o princípio da moralidade caracteriza-se por exigir do administrador público um comportamento ético de conduta, ligando-se aos conceitos de probidade, honestidade, decoro, boa fé e lealdade.

4.3.4 Publicidade

Entende-se por princípio da publicidade aquele que exige nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por seu público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a todo momento, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

De acordo com Carvalho Filho (2005):

[...] os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 15).

Ainda nesse sentido, Meirelles (2006) diz que:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. (MEIRELLES, 2006, p. 94).

A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige. É relevante observar, todavia, que também a publicação como a comunicação, não implica que o dever de publicidade apenas possa vir a ser satisfeito pelo comprovado e efetivo conhecimento de fato do ato administrativo por seus respectivos destinatários.

Na verdade, basta que os requisitos exigidos para a publicidade se tenham dado, nos termos previstos na ordem jurídica e, para o campo jurídico, não interessará se na realidade fática o conhecimento da existência do ato e de seu conteúdo tenha ou não chegado à pessoa atingida por seus efeitos. Feita a publicação ou a comunicação dentro das formalidades devidas, haverá sempre uma presunção absoluta da ciência do destinatário, dando-se por satisfeita a exigência de publicidade. Salvo, naturalmente, se as normas vigentes assim não determinarem.

O conhecimento do ato é algo mais em relação à publicidade, sendo juridicamente desnecessário para que este se repute como existente. Quando prevista a publicação do ato (em Diário Oficial), na porta das repartições (por afixação no local de costume), pode ocorrer que o destinatário não o leia, não o veja ou, por qualquer razão, dele não tome efetiva ciência. Independente disso

terá cumprido o que de direito se exigia para a publicidade, ou seja, para a revelação do ato.

Assim, o § 1º do art. 37 da Constituição Federal afirma que:

[...] a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Caberá, portanto, a lei indicar em cada caso a forma adequada de se aplicar a publicidade aos atos da Administração Pública. Normalmente, esse dever é satisfeito por meio da publicação em órgão de imprensa oficial da Administração, entendendo-se com isso não apenas os Diários ou Boletins Oficiais das entidades públicas, mas também – para aquelas unidades da Federação que não possuem tais periódicos – os jornais particulares especificamente contratados para o desempenho dessa função, ou outras excepcionais formas substitutivas, nos termos das normas legais e administrativas locais.

4.3.5 Eficiência

A administração pública deve buscar um aperfeiçoamento na prestação dos serviços públicos, mantendo ou melhorando a qualidade dos serviços, com economia de despesas.

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Eficiência, portanto, não é um conceito jurídico, mas econômico. Não qualifica normas, qualifica atividades. Em uma ideia geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que as satisfações das necessidades públicas importam em relação ao grau de

utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e o menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Desta forma, Meirelles (2006):

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2006, p. 96).

O princípio da eficiência, outrora implícito em nosso sistema constitucional, tornou-se expresso no caput do artigo 37, em virtude de alteração introduzida pela Emenda Constitucional n°. 19/98.

Quanto ao princípio da eficiência, este apresenta aspectos que pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

5 Competência Jurisdicional

O que dispõe a respeito das sanções da lei de improbidade está descrito no artigo 12, I a III da Lei n° 8429/92 sendo que, cada inciso possui relação própria para uma determinada espécie de improbidade.

A doutrina brasileira soa praticamente uníssona ao afirmar que o processo estabelecido na Lei n°8.429/92 não tem natureza penal.

O artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal discorre sobre os atos da improbidade administrativa. Nela o agente pode perder seus direitos políticos, a função pública além de ter seus bens indisponíveis e ter que realizar o ressarcimento ao erário de acordo com a lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ressalva do cabimento da ação penal para o caso não deixa dúvida de que a ação de improbidade administrativa escapa a esse caráter, tendo natureza extrapenal. Como é conhecido de todos, a sistemática clássica das ações não admite caráter penal para ações cíveis. A simples gravidade das sanções previstas na lei, não é suficiente para ceder caráter penal à ação alguma.

A ação civil pública, constitucionalmente prevista, encontra suporte legal na Lei nº 7.347/85. O seu desiderato, no entanto, encontra-se melhor definido no art. 81, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), vindo a ser a defesa coletiva judicial de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A sanção de multa civil trata de punição civil pecuniária, graduada conforme a espécie do ato de improbidade administrativa, objeto da persecução civil, e imposta na sentença que julga procedente a ação civil respectiva, motivadamente entre os limites mínimo e máximo previstos nos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido, afirma Di Pietro (2009) que:

Mesmo que a autoridade administrativa represente ao ministério público, na forma dos artigos 7º (para pedir a indisponibilidade dos bens), e 16º (para solicitar o sequestro dos bens), não pode deixar de ser instaurado e ter tramitação normal o processo administrativo, pois ele insere-se como a manifestação do poder disciplinar da administração pública, com a natureza de poder-dever e, portanto, irrenunciável. (DI PIETRO, 2009, p. 813).

O direito processual, no esteio da mais moderna doutrina processualística, deve-se adequar ao direito material, o qual, na maioria das vezes, possui finalidade última do processo. Portanto, as especificidades trazidas pela Lei 8.429/92, nada mais são do que uma forma de adequar a ação civil pública ao objeto do litígio, qual seja: a condenação do agente ímprobo, ressarcimento ao erário público, moralização da administração pública etc.

6 PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A perda dos direitos políticos configura a privação definitiva dos mesmos e ocorre nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido afirma Moraes (2003) que:

Para que haja a perda dos direitos políticos nesse caso são necessários dois requisitos:

I - descumprimento de uma obrigação a todos imposta; II - recusa à realização de uma prestação alternativa fixada em lei: caso não tenha sido editada a lei regulamentando a prestação alternativa, não há possibilidade do cidadão ser afetado em seus direitos políticos por inércia estatal. (MORAES, 2003, p. 256).

Há também outra forma de se perder os direitos políticos, disposto no artigo 12, §4º, II, da CF, que dispõe que:

Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; de imposição de naturalização, pela forma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

A Constituição Federal não dispõe sobre a cassação de direitos políticos, mas admite a sua suspensão diante de algumas hipóteses que enumera, segundo o artigo 15 desta, sendo uma delas a improbidade administrativa que está disposta no artigo 15, inciso V da mesma. a: sabido que todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória.

Na ação de improbidade, a sentença tem que ser expressa quanto à aplicação da suspensão dos direitos políticos, contrariamente ao que ocorre na sentença penal, cujo efeito é imediato. a: na tentativa de adequação da ação civil pública ao direito e interesses em jogo no processo que, em alguns momentos, a Lei de Improbidade Administrativa amplia o objeto da ação (civil

pública), pelo que admite formas de condenação diversas daquelas que trazem a Lei de Ação Civil Pública (suspensão de direitos políticos, proibição de contratar como o poder público, destinação da condenação à pessoa jurídica interessada), em outros momentos, reduz a legitimidade apenas ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada.

As sanções da Lei de Improbidade Administrativa são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. As sanções graduadas são: suspensão dos direitos políticos; multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

Segundo Pazzaglini Filho (2006):

De acordo com a classificação do ato de improbidade administrativa objeto da persecução civil, a intensidade dessas sanções é diferenciada: maior nos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA), média nos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao Erário (art. 10 da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA), e menor nos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA). (PAZZAGLINI FILHO, 2006, p. 147-149).

Na fixação das punições graduadas, entre o mínimo e o máximo, o juiz levará em consideração o proveito patrimonial alcançado ou a extensão do dano causado pelo agente público condenado e a magnitude do ato de improbidade administrativa por ele praticado. E quando tabelar a sanção acima do mínimo legal tem o dever de justificar o acréscimo.

Conforme dispõe o artigo 15 da Constituição Federal de 1988 é vedada à cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII; improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4.

Ocorrendo uma das hipóteses previstas na Constituição Federal, o fato deverá ser comunicado ao Juiz Eleitoral competente, que determinará sua inclusão no sistema de dados, para que aquele que estiver privado de seus

direitos políticos seja definitivamente (perda), seja temporariamente (suspensão), não figure na folha de votação.

A competência para decretar a suspensão dos direitos políticos é de jurisdição comum, salvo as hipóteses de competência federal.

7 SANÇÕES

A sanção administrativa é uma consagração jurídica. A penalidade pode ser definida como consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário, com a utilização de meios coercitivos.

A sanção administrativa trata-se de uma medida de caráter aflagante, cujos efeitos causam um mal a quem descumpra os comportamentos previstos no ordenamento jurídico.

Os atos de improbidade administrativa, pelo que prescreve o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, importarão em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. O referido dispositivo constitucional não se refere a essas medidas cabíveis indicadas como sanções e, na realidade, nem todas tem essa natureza.

O ato ímprobo pode corresponder aos ilícitos criminais, definidos pelo código penal brasileiro, e ainda as infrações administrativas, naturalmente fixadas nos estatutos dos servidores públicos, além do ilícito civil.

Para a aplicação da sanção o magistrado tem que observar todos os aspectos, não deixando de observar os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos entre outros aspectos da improbidade.

Na hipótese de ressarcimento do dano, Di Pietro (2010) diz que:

Constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. (DI PIETRO, 2010, p. 824).

As sanções são cumulativas para censurar gravemente a improbidade administrativa, agindo, portanto, nos mais diversos sentidos e direções de relacionamento do agente público com a Administração Pública e o particular que se aproveita do artigo 3º. O campo discricionário do juiz está limitado ao prazo e à base de cálculo inerentes às sanções variáveis (pagamento de multa civil, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos e benefícios creditícios) previstas no artigo 12, que tem dosimetria orientada pelos critérios da extensão do dano e do proveito patrimonial obtido, expressos no parágrafo único.

O constituinte de 1988 estabeleceu, de modo expresso, que a condenação por improbidade administrativa importaria, necessariamente, a suspensão dos direitos políticos (artigo 37, parágrafo 4º, da Carta Constitucional), cuja graduação está claramente estabelecida pelo artigo 12, incisos I, II e III, da Lei número 8.429/92, não sendo lícito ao julgador optar pelo desprezo de tais dispositivos jurídicos.

Prescreve o artigo 20 da Lei nº. 8.429/92 que: “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Segundo Fazzio Júnior (2003):

O que o caput do art. 20 faz é conceder efeito suspensivo em ação civil pública de improbidade, no caso daquelas sanções político-administrativas, excepcionando o sistema, já excepcional, da Lei nº 7.347/85, em virtude da manifesta irreparabilidade de dano. Em outras palavras, quanto a apelação da sentença condenatória de primeiro grau tem o duplo efeito previsto no CPC. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 184).

A suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público são sanções que apresentam delimitação temporal, tornando-se efetiva a primeira, a teor do artigo 20 da Lei 8.429/92, com o trânsito em julgado da sentença condenatória; e a segunda, a contrário *sensu* do referido preceptivo, com a prolação da sentença monocrática.

Considerando a delimitação temporal e inexistindo nesta seara norma semelhante àquelas previstas nos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal, não há que se falar em soma das sanções aplicadas em diferentes processos, pois, considerando as nefastas consequências que advirão, podendo culminar com a

suspensão dos direitos políticos do cidadão por várias dezenas de anos, somente norma específica poderia amparar tal entendimento, não a analogia.

Portanto, não é possível, a pena de interrupção dos direitos políticos, nos casos de condenação transitada em julgado em dois ou mais processos distintos, sendo que, quanto a somatória do período temporal em que estão suspensos tais direitos, há a absorção, onde a mais grave absorve as demais.

CONCLUSÃO

Ao final do estudo verificou-se que no contexto atual, o ato de improbidade mantém uma estreita relação com a moralidade a ponto deste princípio ser consequência da Lei do Colarinho Branco, onde esta define os crimes contra o sistema financeiro nacional e de outras previdências, de modo que, a violação daquele princípio importa necessariamente ato ímprobo, sem a necessidade de comprovar qualquer dano material.

Pode se perceber que a lei de improbidade administrativa é uma forma de efetivar o cumprimento dos princípios administrativos descritos em nossa Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º. Desta forma, o estudo corroborou que a lei de improbidade administrativa tem consubstanciado um significativo avanço no controle aos atos ímprobos em relação a todas as legislações que, de alguma forma, trataram da “coisa” pública.

Entretanto, se faz necessário identificar certos conflitos doutrinários quanto à aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, se são aplicadas em bloco ou não, sendo que, de acordo com as análises, poderiam ter certa proporcionalidade, pois não daria discricionariedade ao magistrado e adequaria a sanção ao ilícito cometido.

Observou-se, conforme apontam os estudos, não seria moral que o Supremo Tribunal Federal divergisse da posição pacificada em todos os tribunais do País, sinalizando com o restritivo entendimento de que agentes políticos (Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Prefeitos Municipais e outros) não praticam atos de improbidade, mas crimes de responsabilidade.

Ademais, é de certa forma inaceitável, que os órgãos cume da nossa Justiça, e os mais importantes, sejam subordinados à política e políticos, onde estes os conservam em seu poder o domínio destes servidores, por estarem subordinados por indicação política ou terem sido inseridos através da regra do quinto constitucional.

É imperioso ressaltar que, por serem órgãos subordinados a agentes políticos, a lógica da qual a impunidade continue dominando a Administração Pública do País e a corrupção permaneça comum na sociedade, permanecerá evidente. É possível afirmar ainda que é crítico para o País, que os agentes políticos gozem de certa prerrogativa, ou seja, sejam excluídos do rol dos sujeitos para os quais se aplica a lei de improbidade administrativa, porque o exercício das funções não pode ser usado para abrigar pessoas de “má-fé” que, ao saberem que terão foro privilegiado, poderão usar os cargos para não serem punidos.

Desta forma surgem várias polêmicas quanto a competência, que não há foro privilegiado por prerrogativa de função, o que explanou as pesquisas como o mais apropriado, pois o foro privilegiado busca assegurar a competência originária *ratione personae* dos tribunais e a imparcialidade do julgamento, evitando que uma alta autoridade exerça sua influência sobre o órgão julgador.

Portanto, de acordo com as pesquisas, a intenção daquele que visa a obstar a aplicação de uma lei que possui plena efetividade e que combata a corrupção não aparenta lograr probidade, mas, sim, o propósito de se distanciar da punição.

Por fim, conclui-se que deve haver uma maior aplicabilidade e de maneira genérica da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, que é de suma importância, com uma eficiente atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, visto que o primeiro ganhou mais espaço e notoriedade social, onde, de maneira inovadora, a Lei nº 7.347 de Ação Civil Pública ampliou consideravelmente a área de atuação do Parquet, ao atribuir a função de defesa dos interesses difusos e coletivos, pois o eficiente combate a improbidade é a principal solução para amortizar os comportamentos tormentosos dos agentes públicos, políticos e terceiros aplicando-lhes, portanto, a Lei de Improbidade Administrativa, com a finalidade de punir, ressarcir e desviar-se da impunidade, sendo que todos os maus

administradores supostamente possuem sentimento de impunidade, e que assim, possam, aqueles que praticam atos desonesto e imoral, ser suspensos da seara política ou perderem o poder para o exercício da atividade pública de tal modo, não continuariam sendo eleitos por pessoas que deveriam repugná-los, excluí-los do poder, aliás, devido falta de instrução e a autoridade sobre eles exercida, acabam por elegê-los.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18.

ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo:

Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação**

complementar. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia [colab.]. **Vade mecum**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO SERVIÇO TERCEIRIZADO

Rozirene Emetério Leite⁴⁹
Marília das Dores Machado Silva⁵⁰
Jarbas Filho de Lacerda⁵¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o contrato de terceirização de serviços e a recente reforma trabalhista, com o objetivo de refletir sobre suas funções e impasses na atual conjuntura e cenário jurídico. O tema será apresentado de forma acadêmica, acercando-se dos aspectos históricos, características, princípios e a aplicação deste tipo de relação jurídica tanto na esfera privada quanto na pública. O artigo objetiva esclarecer os impactos da nova legislação e demonstrar os pontos favoráveis e os desfavoráveis, os seus avanços e retrocessos e se ela tende a promover o acesso dos trabalhadores ao mercado de trabalho ou precarizar os direitos trabalhistas.

Palavras chave: Terceirização; Reforma trabalhista.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the outsourcing contract of services and the recent labor reform, with the objective of reflecting on its functions and impasses in the current conjuncture and legal scenario. The theme will be presented in an academic way, approaching the historical aspects, characteristics, principles and the application of this type of legal relationship in the private as in the public sphere. The article aims to clarify the impacts of the new legislation and to demonstrate the favorable and unfavorable points, its advances and setbacks, and whether it tends to promote workers' access to the labor market or to precarious labor rights.

Keywords: Outsourcing; Labor reform

1 INTRODUÇÃO

⁴⁹ Mestre em Educação, Administração e Comunicação pela Universidade São Marcos, Professora e Coordenadora do Curso de Direito da FANS

⁵⁰ Acadêmica do Curso de Direito

⁵¹ Mestre em Direito Pela Universidade de Itaúna, Professor do Curso de Direito da FANS

O Direito do Trabalho no Brasil regula as relações entre empregado e empregador e participa de maneira efetiva da Justiça Laboral, colaborando na manutenção da ordem nas relações de trabalho, e também se ocupa das normas jurídicas aplicadas a estas relações, tutelando os interesses da classe trabalhadora e coibindo abusos. Corroborando este entendimento, este estudo verificará as consequências da terceirização, através das Leis nº 13.429 e 13.467 ambas de 2017, nas relações trabalhistas na esfera privada e na pública.

A importância do tema está na considerável parcela de trabalhadores envolvidos nessas relações, tendo em vista a crescente demanda deste tipo de contrato de Trabalho. Na confecção deste artigo utilizamos o método dedutivo, partindo do estudo mais amplo, em obras doutrinárias, na legislação pertinente, e procedimento histórico comparativo e, monografia por nós já realizada. Através de linguagem acessível a todos os que se interessam pelo tema buscamos evidenciar alguns aspectos relevantes e posicionamento de alguns renomados doutrinadores militantes nesta disciplina, sem, contudo, exaurir o assunto.

Como definição do problema, temos o seguinte questionamento: Quais são os pontos negativos e positivos que nova legislação trabalhista, face a terceirização, apresenta? Esperamos com este modesto trabalho, colaborar de forma útil para com os conhecimentos daqueles que se interessam por este assunto tão relevante para o direito dos trabalhadores e para o mundo jurídico.

2 DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

2.1 Evolução histórica

Primitivamente, as civilizações, egípcia grega e romana mantinham trabalho escravo e a mão de obra braçal, que jamais era realizado por homens livres já que estes se dedicavam apenas ao ócio. Na Idade Média, com feudalismo os trabalhadores eram os servos que eram explorados abusivamente, sofriam grande miséria, fome, e eram massacrados pela classe dominante, e esta não abria mão de nenhum privilégio. Mais tarde, com as grandes navegações e descoberta do Novo Mundo.

O avanço do conhecimento científico e tecnológico, a expansão comercial na Europa e formação da burguesia comercial, os trabalhos continuaram prestados pelos servos, que não tinham liberdade de ir e vir e sofriam com os ataques das leis canônicas, as quais os puniam com penas de tortura ou morte. Nas palavras do jurista Sérgio Pinto Martins (2014), nesta época também apenas os servos é que trabalhavam, “[...] o trabalho era considerado um castigo, os nobres não trabalhavam”. (Martins, 2014, p. 04)

Já no século XVIII, com a Revolução Industrial surgiu a burguesia e o proletariado. Houve expansão da indústria e do comércio e conseqüentemente o trabalho escravo-servo foi substituído pelo corporativo assalariado em larga escala. O descontentamento dos obreiros no século XIX deu início a movimentos sociais para reivindicar direitos básicos como o salário e a jornada. Nestes tempos as greves eram violentamente reprimidas. O magistrado de Amauri Mascaro, nos mostra que:

O direito do trabalho surgiu em decorrência de questões sociais, da Revolução Industrial e de reações humanistas, para preservar a dignidade do ser humano que trabalhavam nas indústrias e do processo de produção de bens e serviços na Europa e tantos outros continentes. (NASCIMENTO, 2009, p. 04).

No o final da Primeira Guerra Mundial, desponta o constitucionalismo Social que assegurou direitos trabalhistas nas constituições e as primeiras normas de proteção aos empregados. Nasce a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e com ela um patamar mínimo de condições para a dignidade do trabalhador, evitando as misérias extremadas e maus tratos por eles sofridos. A OIT se mostrou de suma importância para a evolução do direito do Trabalho. Com a Segunda Guerra Mundial a OIT se vinculou a ONU.

No Brasil, a história do direito do trabalho, iniciou-se com seu descobrimento em 1500, com mão de obra escrava, primeiro dos índios em seguida dos negros vindos da África. Por volta do ano de 1970 o governo incentivou a imigração de italianos, espanhóis e portugueses, como o direito do trabalho era pouco desenvolvido, os imigrantes começaram movimentos para formar sindicatos, e o primeiro deles foi em 1902 e ficou conhecido como Sindicalismo Rural. Em meados dos anos de 1907 a 1920 houveram muitas

agitações trabalhistas incluindo greves com paralisação dos bondes no Estado do Rio de Janeiro.

Anos depois os obreiros se engajaram na política e foi criado, com o apoio do sindicato dos trabalhadores, o partido comunista em 1922. A primeira lei trabalhista foi criada no ano de 1923: a lei Elói Chaves, mas só regulava a situação dos trabalhadores ferroviários. Na década de 30 o governo de Vargas, se aproveitando da enorme necessidade dos trabalhadores, e por esses não possuírem seus direitos resguardados, usou como estratégia para se manter no poder, a elaboração de Leis Trabalhistas, e logo ficou conhecido como o “protetor dos trabalhadores e pai dos pobres” ao criar o Ministério do Trabalho e editar leis de direito individual, coletivo e processual todas na área trabalhista, além de criar o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e Tribunal Superior do Trabalho (TST)

No dia 1º de maio de 1941 foi inaugurada a Justiça do trabalho e no mesmo dia ano de 1943 promulgada a CLT Consolidação das Leis Trabalhistas, que é consolidação e não um código, por encontrar algumas profissões regulamentadas e outras não. Contudo, no ano de 1945 Vargas saiu do Poder e ocorre a redemocratização. Nas décadas de quarenta até setenta o sistema trabalhista passa por aprimoramento. Nos anos oitenta houve a crise do petróleo sem evolução dos direitos trabalhistas. Com a Constituição da República de 1988 o Direito do Trabalho passou a ter status de Direito Social.

Nota-se que o direito brasileiro do trabalho surge pela necessidade de regulação das relações de trabalho que se mostrou muitas vezes injusta para com o trabalhador. No decorrer dos anos, depois de tantas lutas e conquistas, a atual realidade, mostra que este direito passa por uma fase que necessita de renovação, em razão da forte crise econômica mundial, que faz com que haja um forte crescimento no mercado de trabalho informal em prol do formal. Como preleciona Sérgio Pinto Martins: “É impossível compreender o direito do trabalho sem conhecer seu passado. Esse ramo do direito é muito dinâmico, mudando suas condições de trabalho com muita frequência, pois é intimamente relacionado com as questões econômicas”. (MARTINS, 2013, p. 3)

2.2 Princípios do Direito Trabalhista

Antes de entrarmos no estudo dos princípios, faz-se necessário conceituar o que vem a ser o Direito do Trabalho, já que ao longo do tempo passaram por muitas denominações, quais sejam: Legislação Social, Direito Corporativo, Direito Industrial, Direito Operário, etc. Amauri Mascaro Nascimento define o Direito do Trabalho como sendo: “O ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade”. (NASCIMENTO, 2009, p. 59).

A Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu art. 8º a previsão da possibilidade da utilização dos princípios na Justiça do Trabalho⁵². Cumpre ressaltar que a doutrina diverge acerca de quais sejam os Princípios do Direito do Trabalho pelos estudiosos do Direito do Trabalho. Neste trabalho, será utilizada a classificação que tem sido mais aceita e que melhor define, informa e orienta as normas jurídicas e fundamentação das decisões dos magistrados nas lacunas e omissões da lei. São os seguintes os princípios basilares do Direito do Trabalho:

O Princípio da Proteção se refere ao critério principal que orienta o Direito trabalhista, e tem como objetivo rebater a desigualdade jurídica à econômica, de modo a amparar o trabalhador e assim equiparar as disparidades existentes. Este é o princípio por excelência. Ele se desdobra em três grandes regras: a) da aplicação da norma mais favorável; b) da condição mais benéfica e c) do critério *in dubio pro operário*.

O Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas dispõe que estes direitos são irrenunciáveis e indisponíveis, portanto, não estão sujeitos à transação. Já o princípio da Continuidade na relação de emprego aponta que em regra os contratos são por prazos indeterminados, porém poderá haver prazo determinado. Pelo Princípio da Primazia da Realidade, bastante utilizado na prática, segundo o qual os fatos, acontecimentos reais são muito mais

⁵² Art. 8º- As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas)

importantes que os documentos. Enquanto para o princípio da razoabilidade e boa-fé, as partes na relação de trabalho, devem conduzir-se maneira razoável na solução dos problemas ou conflitos dela decorrentes.

É certo que alguns princípios existem por força própria, como o Princípio da Inalterabilidade Contratual lesiva, que veda que o empregador prejudique o trabalhador. E também o Princípio da Intangibilidade Salarial, que tem o claro intuito de proteger o empregado. Este princípio foi flexibilizado pela Carta Maior, assim através de convenção coletiva do Trabalho existe a possibilidade de redução salarial para preservar o contrato de Trabalho quando a empresa passar por crise econômica ou política interna.

Os princípios da Moralidade, legalidade e eficiência encontram-se previsto no art. 37 da Carta Magna e tem muita atuação no campo do Direito Administrativo e regulação dos atos públicos. No contrato de terceirização este princípio tem que se ater ao respeito da função pública que for seu objeto, as regras de mercado e cumprir fielmente as cláusulas avençadas.

No princípio da lealdade estão contidos os limites de atuação do Poder Público, e é moderado quando se trata da vontade das partes. O princípio da eficiência se configura na estrutura funcional que alcança a Administração Pública, quando se trata de terceirização, sendo uma forma de desburocratizar atividades instrumentais, e assim otimizar a contratação, reduzindo custos com pessoal e prestar de forma mais adequadas suas atividades fins.

2.3 Contratos de Trabalho

O contrato de trabalho é um instrumento de garantia que representa vantagens para ambos os sujeitos da relação trabalhista. Para o empregador é bom para respeitar as exigências legais, reduzir custos e evitar futuros processos, e para o trabalhador é importante, pois lhe ajuda a compreender quais são os seus direitos e deveres. Os contratos de trabalho, com vínculo empregatício, podem ser divididos em dois tipos principais: por prazo determinado, que é o mais comum, e por prazo indeterminado, que não tem data certa para acabar. Naqueles por prazo determinado é estabelecido o

período inicial e final, com duração máxima de dois anos. São exemplos desse tipo, o contrato de experiência e o de aprendizagem.

Dentre outras modalidades de contratos de trabalho existentes, destacam-se os estagiários, trabalhadores autônomos, eventuais, temporários e avulsos, nestes casos o contratado é sem vínculo empregatício, isto é, não há nenhuma relação formal entre o profissional e a empresa. Outro tipo de contrato de trabalho é terceirização, objeto desde estudo, onde existe uma intermediação de mão de obra, pelas empresas prestadoras de serviços. Desde modo, a relação jurídica é triangular: de um lado fica a empresa tomadora e de outro a prestadora. Entre as empresas o contrato é regido pelo Direito Civil, e entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalhista regido pelo Direito do Trabalho.

Todas estas espécies de contratos de trabalho já estavam previstas na CLT e em leis específicas, antes da reforma trabalhista. Mas, segundo nova legislação que entrou em vigor com a reforma, ocorreram modificações de determinadas regras nos contratos já existentes, como por exemplo: a) regulação do contrato em regime de tempo parcial alterou os dias de férias; b) criou a figura do trabalho intermitente onde o trabalhador não sabe antecipadamente datas e horários que irá laborar e recebe somente pelas horas trabalhadas, e regulou o tele trabalho. (NASCIMENTO, 2018, *online*)⁵³

Apesar do complexo normativo trabalhista brasileiro não contemplar um diploma específico para o instituto da terceirização de serviços, este tipo de contrato é realizado com base na legislação e que rege o trabalho temporário. Legislação esta que sofreu alteração pela reforma trabalhista, e que será visto com maior ênfase no tópico seguinte.

3. A TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA TRABALHISTA

É relevante esclarecer, que o Direito do Trabalho é composto por normas cogentes que limitam o campo da atuação dos particulares, quando se trata da proteção do trabalhador. Em razão disto, a terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades de uma empresa para

⁵³ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/estes-sao-os-tipos-de-contrato-de-trabalho-que-a-clt-permite/>. Acesso em 08 mar 2018.

serem exercidas por outra empresa, distinta, especializada. Para o direito do trabalho, na terceirização o trabalhador presta serviço ao tomador, mas possui relação jurídica diferente do vínculo trabalhista, sendo, portanto, uma relação triangular ou trilateral, já que o empregado da prestadora executa serviços para a tomadora.

O contrato de terceirização de mão de obra consiste num procedimento de gestão, em que uma empresa confia a outra, tarefas a serem executadas no seu interior e que são imprescindíveis para o seu bom desenvolvimento. No entendimento de Nascimento: “[...] terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação”. (NASCIMENTO, 2011, p. 632).

Na expressão de Maurício Godinho:

A terceirização é um acontecimento que separa a relação econômica de trabalho da relação “justabalhista” tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhista, que se preservam fixados com a prestadora de serviços (entidade interveniente). A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços, a empresa terceirizante, que contrata o obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2016, p. 487).

Nota-se que o contrato terceirizado diferencia da configuração clássica da relação empregatícia, por ser trilateral, isto é, existem três partes envolvidas na relação de trabalho: a empresa tomadora, a prestadora de serviço e o trabalhador. As relações de trabalhos terceirizados iniciaram com a criação da Lei do Trabalho Temporário e com a lei dos trabalhadores vinculados a segurança bancária.

A terceirização apresenta aspectos jurídicos contraditórios, pois há quem aproveita e a usa indiscriminadamente, desvirtualizando o instituto. Isto geralmente acontecia com a atividade fim da empresa, em situações cujos contratos terceirizados realizados não se adequavam à contraprestação trabalhista, previdenciária e tributária.

Nascimento (2011) nos adverte ao afirmar que terceirização e intermediação de mão de obra são diferentes.

[...] terceirização é um movimento interno no sentido externo” enquanto a intermediação é a “comercialização, por alguém ou por uma pessoa jurídica, da atividade lucrativa de aproximar o trabalhador de uma fonte de trabalho, o que é condenado pelos princípios internacionais de proteção ao trabalho”. (NASCIMENTO, 2011, p. 625).

É função do Direito do Trabalho tutelar os interesses da classe trabalhadora, e cuidar de todas as formas para que o trabalho seja prestado de forma correta, sem fraudes, sonegações e práticas de terceirização mascarada ou irregular, para que assim os direitos trabalhistas e previdenciários não sejam burlados. Também é sua função não permitir que os trabalhadores sejam negligenciados, em terceirização falsa que acarreta a eliminação de muitos dos direitos sociais, e conseqüentemente a perda do direito da assistência social do Estado por parte do trabalhador.

3.1 Os Impactos da Reforma Trabalhista

De modo geral, o fenômeno da terceirização aparece como reflexo das necessidades de mercado, e este com objetivo de alcançar mais produtividade, competitividade e também reduzir custos. Contudo, a busca por eficiência não pode ser admitida contrariando os princípios do trabalho, da justiça social, etc. Em razão disto, este instituto precisa ser regulamentado de maneira tal que equilibre as necessidades do mercado e os valores constitucionais e trabalhistas. Já que a terceirização está cada vez mais, ganhado força como modelo de prestação de serviços, sendo inclusive, apreciada como solução hábil por corresponder aos objetivos tão almejados pela globalização.

Alice de Barros Monteiro explica que este instituto permite que se transfira a terceiro: “[...] atividades reconhecidamente genéricas, secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento, de forma a permitir que a empresa envide esforços e concentre atenção naquelas atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social”. (BARROS, 2012, p. 452).

Cabe observar que o trabalho terceirizado tem sido adotado em nosso país há quase quatro décadas, e a sua regulamentação tardou a surgir, mesmo envolvendo aspectos especiais como, por exemplo, o trabalho ser utilizado pelo

poder público, pelos serviços de vigilância e demais atividades. Todos os trabalhadores terceirizados eram protegidos pela súmula 331 do TST até recentemente.

Depois de verificar a necessidade de maior proteção a estes trabalhadores, o legislador aprovou no dia 31 de março de 2017, a Lei nº 13.429 que alterou diversos artigos da CLT, e da Lei nº 6.019/74 (que regulamenta o trabalho temporário) e também trouxe novidades sobre a regulamentação da mão de obra terceirizada. Em seguida, na data de 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.467 que ficou conhecida como “Reforma Trabalhista” e passou a vigorar a partir de novembro de 2017, alterando dispositivos da Lei 6.019/74. Tais mudanças têm provocado muitas discussões doutrinárias.

A Lei nº 13.467/17 traz em seu Art. 4º- A um conceito mais abrangente sobre terceirização, vejamos:

Art. 4º- A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (BRASIL, 2017)

Os Tribunais superiores já discutem sobre os impactos da reforma trabalhista no que tange à terceirização, no STF três ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas questionando a lei 13.429/17, e elas se encontram sobre a relatoria do ministro Gilmar Mendes⁵⁴. Ricardo Calcini, (2017, *online*) nos informa que o TST já se posicionou pela inaplicabilidade das novas regras ligadas a terceirização regida sob a égide da lei 6.019/74 por entender afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho mais vantajosas. Em recente decisão, o voto do Relator Ministro João Oreste Dazelan, decidiu que os contratos de trabalhos iniciados e os findos antes da entrada em vigor da lei 13.429/17 devem seguir o entendimento da Súmula 331 do TST, protegido na lei 6.019/74, sem

⁵⁴ ADIn 5.735, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República; ADIn 5.695, ajuizada pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria Química e dos Trabalhadores na Indústria Têxtil e de Vestuário; ADIn 5.685, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADIn 5.686, protocolada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais; e ADIn 5.687, de autoria do PT e do PCdoB.

considerar as alterações promovidas pela lei 13.429/17. (CALCINI, 2017, *on line*)⁵⁵

3.2 O Instituto da Terceirização no Setor Público

Com o intento de retratar o contrato terceirizado na esfera pública, será buscado dentro do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, uma breve mostra dos contratos de prestação de serviço da Administração Pública através de seus órgãos com empresas privadas. A terceirização quanto ocorre no setor público, desperta interpretações diferentes e divide opiniões, sendo adequada para uns e inaceitável para outros. Há quem defenda que não deveria haver este tipo de contratação na esfera pública, por entenderem prejudicial aos servidores terceirizados pelo fato de não gozarem de estabilidade no emprego, e outras situações de fato e jurídicas que trazem influências negativas na produtividade e eficiência do servidor.

Como lembra (JORGE NETO, 2015), o ingresso no serviço público por aprovação em concurso oferece transparência à gestão administrativa e evita apadrinhamentos. E quando ocorre a entrada no serviço público, sem a devida aprovação em concurso público, e isso implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável, com base no art. 37, II e § 2º. Esta é a regra geral de acesso, exceto para os cargos de confiança, direção, chefia, assessoramento previsto em lei e os casos de contratação temporária excepcionalmente de interesse público. Estas hipóteses são previstas pela Constituição da República de 1988.

Entretanto ocorreu fraudes às normas constitucionais, por parte de alguns maus gestores públicos e empresários oportunistas, que aproveitam do dinheiro público, e através da OSCP, (Organizações Sociais) contratam a terceirização de mão de obra com elevado valor de contrato, com entes públicos nas áreas federal, estadual e municipal. JORGE NETO, 2015 salienta que estes serviços deveriam ser prestados de forma direta pelo governo com servidores efetivos e admitidos por concursos públicos conforme a norma geral.

⁵⁵ Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-nova-lei-da-terceirizacao-e-a-reforma-trabalhista-por-ricardo-calcini.03/10/2017>. Acesso em: 02 mar 2018.

A terceirização é realizada pela Administração Pública através de contrato de natureza administrativa com efeitos civis, por meio de procedimento licitatório, de acordo com Lei 8.666/93. Recorde-se, porém, que a Administração Pública, quando contrata pessoal através de regime trabalhista celetista, equipare-se ao empregador privado, sem qualquer prerrogativa de estado, embora sofra limitações pelas normas do Direito Público. (*apud*, JORGE NETO, 2015).

Convém, todavia, observar que hoje no Brasil, é imposição constitucional para contratar pessoal é necessário que seja através de concurso público, a Súmula 331, II do TST determina que não haja formação de vínculo empregatício com a Administração Pública quando ocorre contrato irregular do trabalhador por meio de empresa interposta. E o TST fixou entendimento de que pelo princípio da isonomia, os empregados terceirizados têm os mesmos direitos às verbas trabalhistas asseguradas àqueles pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções. (Aplicação analógica do art. 12, a da Lei 6.019/74) (OJ 383, SDI-I).

Este se tornou um ponto controvertido e com dois posicionamentos distintos: a primeira corrente entende pela inconstitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, na medida em que estaria violando: o princípio da igualdade e preceitos do Direito do Trabalho e um dos fundamentos do Estado Democrático de Diretos (art. 1º, IV valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), direitos sociais, a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Já a segunda corrente sustenta que a inaplicabilidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, na mão de obra terceirizada, pois existe o sistema positivo a impor responsabilidade àquele que devam agir com os deveres *in vigilando* e *in eligendo*, além da possibilidade de fraudes a direitos trabalhistas e transgredir os preceitos constitucionais mencionados. (JORGE NETO, 2015)

Diante desta polêmica, o Superior Tribunal Federal, se manifestou favorável a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, através da ADIn 16/DF, e em novembro de 2010. O plenário assim declarou por maioria de votos. E em maio de 2011 o TST constituiu nova redação para os tópicos da sua Súmula 331. Em seu item II traz uma restrição importante: que ao preencher os cargos da Administração, deve-se atentar aos princípios constitucionais, destacado particularmente o inciso II do art. 37 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 37 (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em

comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988).

3.3 As Atuais Regras de Responsabilidade

É papel fundamental da empresa tomadora de serviços, na iniciativa privada de fiscalizar os trabalhos realizados e solicitar a comprovação dos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas. Nota-se, porém, que atualmente a responsabilidade subsidiária será aplicada quando evidenciar que a empresa prestadora se tornar inadimplente quanto aos créditos trabalhistas de seus empregados, e esta responsabilidade abrangerá todos os títulos decorrentes do contrato de trabalho, até mesmo os de natureza punitiva, como as multas dos art. 467 e 477 da CLT e multa de 40% sobre os depósitos fundiários. Não existindo vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços com a empresa contratante.

Trata-se de um avanço da Lei 13.429/17 ser responsabilidade da contratante garantir condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores nas dependências do local combinado no contrato. Este ajuste não foi previsto na súmula 331 do TST. Havendo, portanto responsabilidade solidária da prestadora, ante a ilicitude perpetrada na terceirização, com base no art. 942 do Código Civil.

É exigência da Lei 13.429/17 (no art. 5º-A, § 5º Lei 6.019), que na esfera pública a responsabilidade seja subsidiária pelas obrigações trabalhistas quando se beneficia da prestação dos serviços, sendo que o recolhimento das contribuições previdenciárias deve observar o art. 31, Lei 8.212/91 (retenção de 11%). Não será reconhecido o vínculo empregatício em relação à terceirizada, devido a exigência formal de concurso público para acesso a seus cargos.

O tópico IV Súmula 331 do TST ficou com a seguinte redação: **“Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, 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.”** (Grifo nosso)

3.4 Atividades Fim e Meio na Terceirização

De acordo com a Súmula 331 do TST a atividade-meio era o ponto central para saber se a terceirização seria lícita ou não, se a terceirização fosse da atividade-fim seria reconhecido vínculo de emprego diretamente com o contratante, e esta definição era um ponto tormentoso e divergente na doutrina e jurisprudência brasileira.

O que dava margem a insegurança jurídica, pois havendo terceirização da atividade-fim o vínculo seria diretamente com o tomador de serviços e ocorria desvio de finalidade deste instituto, ao contratar trabalhadores para a realização de atividade meio e estes também realizavam a atividade-fim. Isto feria o Direito do trabalho, o qual tem o papel de coibir abusos e impedir fraudes nas relações trabalhistas. Por isso a regulamentação da lei se fazia tão necessária, para restabelecer a ordem, dar proteção jurídica mais eficaz ao trabalhador e coibir condutas que atentem contra a Organização do Trabalho.

Com o advento da Lei nº 13.429/17, passou a ser admitida a possibilidade de se contratar terceirizadamente qualquer atividade na empresa, inclusive sua atividade principal, o que diverge do entendimento anterior do TST, que permitia a terceirização apenas na atividade-meio. A nova legislação dispõe que os serviços passíveis de serem terceirizados não mais se restringem somente a atividade meio da empresa, e se permite também àqueles de sua atividade-fim. A título de exemplo, uma escola poderá ter todos os seus professores terceirizados, assim serão empregados de uma empresa de prestação de serviços terceiros. (CORREIA, 2017, *online*)⁵⁶

Por outro lado, há uma parte da doutrina que entende que a nova lei possibilita terceirização irrestrita e ampla, independente de qualquer natureza da atividade. E para que isso não ocorra, o legislador se preocupou em evitar que empresas demitam seus trabalhadores e não os contratem como terceirizados. Para tanto mencionou o prazo de dezoito meses para que a empresa possa novamente contratar o ex-empregado como terceirizado.

A Lei nº 13.429/17 alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.019/1974 e esta antes regulamentava apenas o trabalho temporário, mas agora também

⁵⁶ Disponível em: <<http://henriquecorreia.com.br>> Acesso em: 14 mar 2018.

trata da terceirização sem sentido estrito, em seus artigos 4-A e 5-A com a seguinte redação.

Lei 6.019, “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da **execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.”

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**.” (Grifo nosso) (BRASIL, 2017).

3.5 Análise Parcial da Reforma Trabalhista

Após a promulgação das Leis nº 13.429/17 e 13.467/17 houve muita discussão a respeito de suas consequências para a classe trabalhadora. Para os seus defensores, os pontos mais vantajosos da reforma são as garantias de iguais condições aos trabalhadores terceirizados e os da empresa contratante, no que tange aos direitos de: alimentação nos refeitórios da empresa; utilizar os serviços de transporte; de atendimento médico no ambulatório nas dependências da empresa contratante ou local que ela designar; direito ainda ao treinamento adequado fornecido pela contratada, quando a atividade exigir; direito as mesmas condições sanitárias de medidas de proteção à saúde, de segurança no trabalho e de instalações adequadas de segurança oferecidas aos empregados da contratante. Todos estes direitos serão custeados pela empresa terceirizada,

A nova lei das terceirizações estabelece ainda, que a empresa contratante também é responsável pelas obrigações trabalhistas pelos pagamentos e dívidas deixados pela empresa terceirizada. Deste modo, se a empresa contratada não pagar as causas trabalhistas na justiça quem paga é a contratante. E isto significa uma proteção extra para o trabalhador. Mas, um benefício da lei é o fato de despertar maior competitividade da economia e geração de empregos formais com mão de obra específica, contratados através de empresas prestadoras especializadas, pois terão objeto social único.

Por outro lado, os movimentos sociais e sindicais entendem que a regulamentação da terceirização tornaria precárias as relações de trabalho. Entre os aspectos negativos estão o pensamento que a nova lei permite a

terceirização irrestrita, supre direitos sociais e afronta princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana.

Para os adeptos desta corrente, a reforma não traz nenhuma disposição específica acerca do enquadramento sindical, e o empregado permanece sem nenhuma categoria profissional. Outros pontos tormentosos são: a) na mesma empresa poderá haver trabalhadores diretamente contratados e outros terceirizados executando a mesma atividade e não gozando dos mesmos direitos; b) nada foi mencionado acerca da obrigatoriedade e respeito nas negociações coletivas da contratante; c) trouxe expressamente a não obrigatoriedade de Isonomia Salarial entre o terceirizado e o empregado direto na mesma empresa, impossibilitando a equivalência de remuneração entre ambos os empregados que exercem a mesma função, ferindo o princípio da igualdade. (MIZIARA, 2017, *online*)⁵⁷.

Outros pontos desfavoráveis da Lei 13.467/17: É possível que empregados diretos sejam demitidos e depois de 18 meses sejam contratados como terceirizados, com salários mais baixos nas mais diversas áreas; É admissível também a subcontratação de outras empresas pela prestadora para executar os serviços e isso reduz ainda mais os salários; A nova legislação facilita a execução de fraudes trabalhistas pela responsabilidade subsidiária e não a solidária, o que prejudica o trabalhador, podendo haver empresas inidôneas para blindar a contratante, e na maioria das vezes a empresa contratada não possui capacidade e idoneidade econômica igual à da tomadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão somos levados a pensar que o Direito do Trabalho no Brasil possui uma carga protetiva ao trabalhador. Tal constatação se dá como maneira de compensar sua hipossuficiência diante do empregador. Muito ainda poderia ser dito sobre este tema, pois a nova legislação dividiu opiniões: de um lado a possibilidade de redução de salários e enfraquecimento de sindicatos e por outro a chance de impulsionar a economia, com maior competitividade as empresas do país gerando mais empregos.

⁵⁷ Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/enquadramento-sindical-do-trabalhador-temporario-e-do-terceirizado/>>. Acesso em: 14 mar 2018.

Pelo que foi exposto acerca do contrato de mão de obra terceirizada na Administração Pública, conclui-se que a recente reforma, não provocou grandes alterações. Contudo a terceirização irrestrita é afronta ao princípio da impessoalidade diante da exigência de concurso para acesso a cargos públicos.

A nova legislação trouxe pontos bons e alguns ruins para a classe trabalhadora, mas isto coaduna com a evolução do Direito do Trabalho, e a implicação do resultado deste contraponto que se apresenta, dependerá do lugar que ele está sendo observado, e dos futuros posicionamentos jurisprudenciais que delimitarão os pontos ainda obscuros existentes na reforma trabalhista para assim estabelecer a necessária segurança jurídica neste país, nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice. **Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo. LT, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**: decreto-lei nº. 5452 de 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm>. Acesso em: 02 mar 2018.

_____. **Lei nº. 6.019/1974** de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 02 mar 2018.

_____. **Lei nº. 13.429/2017** de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 02 mar 2018.

_____. **Lei nº. 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 02 mar 2018.

CALCINI, Ricardo de Souza. **A nova Lei da Terceirização e a reforma Trabalhista**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-nova-lei-da-terceirizacao-e-a-reforma-trabalhista-por-ricardo-calcini.03/10/2017>. Acesso em: 02 mar 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários à Lei 13.429/17 que altera a redação da Lei 6.019/74**. GEN Jurídico, 03 de abril de 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/03/breves-comentarios-lei-13-42917-que-altera-redacao-da-lei-6-01974/>>. Acesso em: 02 mar 2018.

CASTRO, Flavia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **Terceirização: Avanços e insuficiências da Lei 13.429/2017**. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/terceirizacao-avancos-e-insuficiencias-da-lei-13-429-10042017>>. Acesso em: 02 mar 2018.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em: <<http://henriquecorreia.com.br>> Acesso em: 14 mar 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Herder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. ed. São Paulo: LT, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LT, 2011.

_____. **Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LT, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. Salvador: Juspodivm, 2017.

JORGE NETO, Francisco. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. *São Paulo: Atlas, 8. ed. 2015*.

MARTINS, Sérgio Pinto; **Direito Processual do Trabalho**, Doutrina e prática forense, 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIZIARA, Raphael. **Enquadramento sindical do trabalhador temporário e do terceirizado**. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/enquadramento-sindical-do-trabalhador-temporario-e-do-terceirizado/>>. Acesso em: 14 mar 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Estes são os tipos de contrato de trabalho que a CLT permite. access_time4 jan 2018, 15h06 - Publicado em 4 jan 2018, 15h00. **Revista Exame**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/estes-sao-os-tipos-de-contrato-de-trabalho-que-a-clt-permite>. Acesso em 08 mar 2018

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. **Terceirização segundo a Lei nº 6.019/1974 com a redação da Lei nº 13.429/2017**. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/57460/terceirizacao-segundo-a-lei-n-6-019-1974-com-a-redacao-da-lei-n-13-429-2017/1>>. Acesso em: 04 mar 2018.

SPAGNOL, Débora. **A terceirização, a lei 13.429/2017 e seus impactos – vantagens, desvantagens e modificações.** Disponível em: <<https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>>. Acesso em 16 mar 2018.

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR

Rozirene Emetério Leite⁵⁸
Ernane Martins⁵⁹
Jarbas Filho de Lacerda⁶⁰

RESUMO

Este artigo objetiva estudar o Direito de Arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor. Serão abordados assuntos essenciais ao tema, questionando dúvidas comuns tanto dos consumidores quanto dos estudiosos do direito. É objetivo neste trabalho destacar pontos importantes como o comércio eletrônico, o marketing agressivo, a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e o equilíbrio entre as partes na relação de consumo. Tudo isso regado à análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Direito Arrependimento; Consumidor.

ABSTRACT

This article analyzes the Right of Repentance in the light of the Code of Consumer Protection, which will address issues essential to the subject, clarified common doubts of consumers and law scholars. The main objective of this work is to highlight important points such as e-commerce, aggressive marketing, consumer vulnerability to the supplier and the balance of the parties in the consumption relationship. All this is based on the jurisprudential analysis of the Superior Courts.

Keywords Right Repentance. Consumer.

1. INTRODUÇÃO

Diversas são as formas de vendas que os fornecedores, atualmente oferecem aos consumidores, e dentre as modalidades mais utilizadas estão as

⁵⁸ Mestre, Professora e Coordenadora do Curso de Direito da FANS

⁵⁹ Bacharel em Direito, Faculdade de Oliveira - Feol

⁶⁰ Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna, Professor Universitário

vendas a distância como pela internet, telefone, canais de TV entre outras. E isto está ocorrendo devido à expansão do comércio eletrônico e também pela abusividade dos fornecedores em investirem num cenário consumista. Em virtude disso, o legislador tenta regular tais vendas, e uma das maneiras que ele o faz é através do Direito de Arrependimento, o qual se encontra presente no art. 49 do CDC, e que é aplicado para resguardar o consumidor de compras realizadas por impulso.

O tema é de grande valia para o direito brasileiro, e para bem demonstrá-lo objetivamos precipuamente analisar os sujeitos da relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor nas compras realizadas dentro e fora do estabelecimento comercial. A justificativa repousa no fato do destaque no assunto no panorama jurídico brasileiro, na carga de discussão valorativa nele existente, e ainda, por ser um assunto voltado para a transformação de pensamentos e promoção de direitos.

A pesquisa foi realizada com base em obras de doutrinadores relevantes, em trabalho monográfico, e também em periódicos científicos. É nossa pretensão aqui demonstrar, com linguagem objetiva e clara, se há efetivação do Direito de Arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor neste Estado Democrático de Direitos.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação de consumo iniciou-se na Inglaterra com a Revolução Industrial que massificou a produção, reduziu o controle de qualidade dos produtos e mudou a forma de produção, alterando assim a relação de consumo no mercado. O crescimento das metrópoles e aumento da produção culminou no fortalecimento desta relação e criou a moeda para estabelecer preços e valores dentro do mercado comercial. Modernamente, a revolução tecnológica marca a era da internet, onde se realizam compras sem a presença física dos contratantes e o pagamento é processado por meio eletrônico. (GOMES, 2015, p.1).

Os consumidores estavam em evidente desequilíbrio e à mercê da total omissão estatal, quando apareceu na Europa, o direito de arrependimento que logo foi incorporado pelo Brasil. A Constituição da República de 1988,

promoveu a defesa do consumidor, e em 1990 a Lei nº 8.078 significou um grande avanço ao aprovar uma legislação unicamente consumerista e de grande abrangência, trazendo o ingresso do Brasil no cenário mundial das relações de consumo, influenciando também a América Latina. O CDC é um estatuto protecionista e merecedor de reconhecimento, mas precisa estar apto a regulamentar o mundo real, senão quedar-se-á inepto ou promoverá injustiças sociais quando aplicada ao caso concreto.

Para caracterizar a relação de consumo, tanto nas transações tradicionais quanto por meio da internet, devem estar presentes os seguintes elementos: sujeito, objeto e vínculo. Como um círculo onde sujeito são as partes, objeto o bem ou serviço, e o vínculo constitui o elo que une as partes na relação de consumo. Com a expansão do comércio eletrônico surge a necessidade de padronizar o sistema de vendas. Para melhor compreensão, é importante a definição de comércio eletrônico.

Como bem observa Fábio Ulhoa: comércio eletrônico *“é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico realiza-se no ambiente da rede mundial de computadores”*. (COELHO, 2012, p 48) José Geraldo Brito Filomeno: Em seu brilhante artigo *“A certificação Digital e o Direito”*, nos lembra de que: *“o Brasil é o país da América do Sul que possui o maior número de internautas e o que mais fomenta negócios no Comércio Eletrônico.”* (FILOMENO, 2015, p.121).

Poder-se-á, assim considerar que com a evolução das práticas comerciais as relações pessoais e jurídicas tiveram que mudar para atender às novas necessidades da nossa realidade. E cabe ao Estado dar efetividade e concretude ao Direito e intervir nas relações jurídicas quando houver flagrante desequilíbrio.

A legislação consumerista não traz o significado de relação de consumo, se referindo somente a seus elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produto e serviço) para delinear a relação jurídica. Vale destacar que os sujeitos da relação de consumo são o consumidor e o fornecedor, como será exposto a seguir.

2.1. Sujeitos da Relação de Consumo

2.1.1 Consumidor

Segundo a Lei nº 8.078/1990, uma norma de ordem pública e interesse social, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, traz em seu art. 2º, o conceito *Stricto Sensu* de consumidor, nos seguintes termos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis que hajam intervindo nas relações de consumo.

O conceito de consumidor se divide em duas correntes: a maximalista e a finalista. A maximalista traz um conceito jurídico e objetivo com destinatário fático de consumidor. Enquanto para a predominante corrente finalista, consumidor é conceituado de maneira restrita, sendo o destinatário final e a parte mais vulnerável da relação consumista representado pelo consumo próprio. (MARQUES, 2006, p. 303).

Temos ainda a figura do consumidor por equiparação, que vem descrito no texto do Parágrafo único do art. 2º, nos art. 17 e 29do CDC, e representam pontos, que a nosso ver, merecem ser comentados. Primeiramente, é possível identificar, exemplos de consumidores equiparados, presentes no art. 17 “[...] equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, quando exemplo, pessoas próximas ao local do infortúnio também são atingidas por acidente aéreo. Ou em caso de explosão em Shopping Center que além dos clientes, alcance as demais pessoas que se encontram nas proximidades.

De fato, o art. 29 estabelece: “[...] equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas as práticas nele previstas” analisa a figura do consumidor equiparado com base no critério da vulnerabilidade fática, jurídica e informacional, que ocorre normalmente nas práticas abusivas dos fornecedores, tais como oferta, publicidade enganosa, cobranças de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores, etc. Neste dispositivo o legislador se preocupou com o direito coletivo do consumidor, ao atribuir a eles proteção preventiva, independente da aquisição do produto ou serviço.

Estudiosa do assunto, a professora Cláudia Lima Marques explica que o art. 29 harmoniza interesses de mercado, reprime o abuso de poder econômico

e protege o interesse econômico do consumidor, que é o destinatário final e que não pode ficar em desvantagem na relação de consumo. E este entendimento perceptível a posição da jurisprudência do STF. (MARQUES, 2006, p. 81)

2.2.2 Fornecedor

A definição de Fornecedor nos é dada pelo Código de Defesa do Consumidor que assim dispõe em seu artigo 3º, *caput*:

Art. 3º Fornecedor é 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.

Este conceito contempla todos os ramos de atividades econômicas que introduzem produtos ou serviços no mercado de consumo. A parte final do dispositivo mostra a prática de atividades profissionais e com habitualidade no mercado de consumo. Mas, há ainda outro fator que merece ser analisado. Para o CDC, basta que a atividade seja remunerada, independente de lucro.

O fornecedor é o responsável por colocar produtos e serviços de qualidade à disposição do consumidor, bem como observar as regras de publicidade na hora de expor seus produtos e serviços. Portanto, o que caracteriza o fornecedor é a prática de atividades profissionais e com habitualidade no mercado de consumo (MARQUES, 2006, p. 393).

Para assim tomarmos o devido conhecimento necessário na caracterização do papel do consumidor, um aspecto a se considerar é que de acordo com o Código de defesa do Consumidor, o que caracteriza a figura do fornecedor é o fato deste desenvolver atividades tipicamente profissionais como comercialização, produção e importação devendo existir habitualidade.

O pensamento moderno reside em caracterizar o fornecedor como o protagonista da relação de consumo, devendo respeitar a legislação consumerista por se encontrar em posição de vantagem em relação ao consumidor, e ser o responsável por colocar no mercado, produtos e serviços de qualidade e observar as regras de publicidade na hora de expor seus produtos e serviços de sua atividade.

3. O CDC E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Como regra, o consumidor é o elo mais fraco da relação de consumo, já que é o fornecedor que visa o lucro, por isso aquele merece tratamento diferenciado a fim de se nivelar a desigualdade material existente entre os dois sujeitos. A nossa Carta Maior consagrou a proteção como um direito fundamental do consumidor e a sua defesa como princípio a ser observado pela Ordem Econômica. (NUNES, 2011, p. 74)

Vários autores partilham o entendimento de que a vulnerabilidade do consumidor é o princípio basilar que sustenta todo o fundamento do Direito do Consumidor, devendo ser observada em toda relação de consumo como um instrumento a combater as desigualdades existentes e a estabelecer uma igualdade real entre as partes (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 8).

A vulnerabilidade é questão de ordem material e não admite a inversão do ônus da prova, diferentemente do que ocorre com a hipossuficiência, que é uma questão de direito processual, onde cabe esta inversão. O consumidor fica em posição de desvantagem na relação de consumo, pela questão econômica e pela posição de controle do fornecedor na qualidade do produto e também na ausência de informação sobre o produto e pelas técnicas agressivas de marketing. Situação que é rendido a práticas agressivas de vendas, ficando vulnerável diante da falta de oportunidade de examiná-lo, ou é abordado de modo incisivo pelo fornecedor, tornando a compra por impulso, e a prática abusiva e lesiva ao consumidor.

Deve ser lembrado que, o fornecedor visando o mercado consumidor acentuou a condição de vulnerabilidade deste para limitar o seu discernimento. Com isso a vulnerabilidade passou a se apresentar em diversas espécies: técnica, jurídica, fática ou socioeconômica e informativa ou informacional. (MARQUES, 2006, p. 323).

3.1. Marketing Agressivo

O Marketing Agressivo acontece quando se usa artifícios que envolvem técnicas de vendas que podem vir a interferir na capacidade do consumidor na hora da compra do produto. Ou seja, em situações que os fornecedores agem com alto grau de persuasão sobre o cliente para que este efetue imediatamente a compra. Na grande maioria das vezes são ofertas tentadoras, em que se apela para: "oferta relâmpago", "black friday", "ligue já", "leve três e pague dois", "na compra de mais um produto o outro é de graça", "os primeiros a comprarem ganham 50% de desconto", etc.

Cumpre-nos, contudo, salientar que de maneira geral, os produtos e serviços ofertados não correspondem à realidade desses, e dependem desta técnica para serem vendidos, e esta é uma forma de iludir o consumidor com propostas tentadoras, e assim com decisão precipitada, ele adquire o produto sem refletir sobre a conveniência e oportunidade da compra. Considerando que quando a pessoa dispõe de tempo maior, é possível uma reflexão se deve ou não adquirir o produto oferecido e com certeza a tendência seria não adquirir tal produto ou serviço.

As práticas abusivas mais comuns são: Venda casada; Cobrança abusiva de dívida; Falta de fixação de prazo nas prestações de serviço; Cobrar preços diferentes em cartões de crédito ou cheque; Contratação de um serviço sem apresentação de orçamento prévio; Reajuste de preço acima da média; Não entregar cupom fiscal após a compra, etc. Nestas situações, se procurado o fornecedor não resolver a situação do arrependimento posterior a compra, o consumidor deve registrar sua reclamação formulada por escrito no órgão de defesa do Consumidor, e superando a questão administrativa, ele poderá pleitear uma ação judicial através de advogado ou procurar o juizado especial cível.

A lei protetora ao conceder o direito de arrependimento ao consumidor assegura a boa-fé e lealdade nas relações entre consumidor e fornecedor, garante o desenvolvimento econômico-social e equilibra a Ordem Econômica brasileira. Conforme será explicitado nos próximos tópicos.

4. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR

O direito de arrependimento, conforme estabelece o artigo 49 do CDC, é a faculdade de desistir de compras realizadas fora do estabelecimento comercial, dentro do prazo de sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço, independente de qualquer motivo ou justificativa do consumidor e sem nenhum ônus para ele. É imperioso que se defina o que vem a ser Estabelecimento Empresarial. Desta forma, estabelece o art. 1.142 do Código Civil: “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.*”

O motivo maior da existência do direito de arrependimento, é que quando a compra é realizada dentro do estabelecimento comercial, *in loco*, o consumidor tem a oportunidade de analisar o produto ou serviço de maneira mais apurada, isto é, *in loco*. Porém, se falta tempo hábil para que ele reflita sobre aquisição do produto ou contratação do serviço, pra proteger sua declaração de vontade contra técnicas de venda agressivas e manobras ilícitas do fornecedor, ele acaba sendo forçado e realiza a compra por impulso.

Ressalte-se, contudo, que, a visão que se deve ter é a de evitar compras impulsivas, feitas por mero desejo emocional ou influenciadas por métodos agressivos de marketing. Assim o comerciante deve fornecer produtos ou serviços de qualidade e com o maior número de informação possível a fim de suprir às expectativas do consumidor para que este realize uma aquisição consciente e também evitar prejuízos com a devolução do bem em relação ao direito de arrependimento.

Torna-se necessário, todavia, dizer que quando o assunto é o direito de arrependimento, os doutrinadores se dividem em opiniões diversas. Nunes entende que o negócio jurídico retorna a seu *status quo*, isto é, todos os seus efeitos retroagem ao estado anterior. (NUNES, 2011, p. 74).

Para Fábio Ulhoa Coelho não se aplica em toda a sua integralidade nos contratos eletrônicos pelo fato de não haver distinção entre se dirigir a um estabelecimento virtual ou físico.

Assim ele adverte: “*A impessoalidade com que as páginas de internet se abrem e fecham, ao exclusivo comando do consumidor, sugere, inclusive, o contrário,*

que é a busca de informação sobre qualidade e preço". (COELHO, 2012, p. 77).

Para Nelson Nery Junior basta a compra ocorrer fora do estabelecimento comercial e para Lorenzetti quando a aquisição envolver um bem no formato digital este direito não pode ser exercido, porque o consumidor explorou todo o seu conteúdo, exceto se houver lei expressa.

Já Salgarrelli elucida que é possível exercer o direito de arrependimento para assegurar direitos ao fornecedor. Para ele: *"soluções devem ser criadas para exercer certo controle sobre as instalações imediatas, contudo incensurável que, neste particular, os fornecedores encontrem-se sujeitos a abusos que podem ser praticados por consumidores de má-fé"* (SALGARRELLI, 2010, p. 105/106).

4.1. Compras Realizadas Dentro do Estabelecimento Comercial

A questão da fragilidade do consumidor se mostra mais evidente, à medida que o fornecedor acentua o perigo com facilidades de acesso ao consumo, e que desequilibra cada vez mais as relações de consumo, as quais precisam estar em igualdade real entre as partes. Cabendo a publicidade somente informar o consumidor sobre o produto ou serviço, e não ser usada como instrumento de persuasão, influencia o consumidor a adquirir algo mesmo sem a devida reflexão.

Fica evidente que a compra quando realizada dentro do estabelecimento comercial, e que apresentar vício ou defeito, não cabe o arrependimento em 7 dias e sim pedir a devolução do dinheiro pago, se o produto tiver defeito que não seja sanado em 30 dias. O direito de arrependimento incide apenas nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial. Entretanto, nas compras efetuadas no interior dos departamentos comerciais, o consumidor não está imune à publicidade agressiva do fornecedor e interferir na vontade do consumista.

Como a função do artigo 49 é proteger o consumidor de compras por impulso, realizadas face a desejo emocional momentâneo, estimulados por práticas abusivas de marketing utilizadas pelos fornecedores e também pelo fato de o consumidor não ter contato aprofundado com o produto na hora da

compra, vários casos específicos de vendas realizadas dentro do estabelecimento comercial poderiam ser abrangidos com o direito de arrependimento, já que todos os consumidores estão expostos a publicidade da mesma maneira.

Ressalte-se, portanto que a mera exposição à publicidade com potencial de dano já é motivo de proteção pelo CDC, e o consumidor presencial também merece atenção quando a sua livre vontade de decisão for de alguma maneira violada por meio da publicidade. É importante a repressão do fornecedor que se utiliza de práticas abusivas, mesmo diante de compras realizadas dentro do estabelecimento comercial, em razão do respeito aos princípios da não abusividade, da veracidade, da publicidade, da lealdade, da informação e outros tantos consolidados pelo CDC. E com isso evitar compras inúteis, o superendividamento e a insolvência do consumidor.

Por esta razão, há algum tempo, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei 6636/13, que pretende acrescentar o novo art. 17-A ao CDC, com objetivo de permitir a desistência do consumidor nas compras realizadas dentro do estabelecimento comercial desde que a desistência seja motivada⁶¹.

4.2 Compras Realizadas Fora do Estabelecimento Comercial

As compras realizadas fora do estabelecimento comercial são uma forma de abordagem de venda a domicílio, como por exemplo, por via telefônica, na porta da casa ou do trabalho e aquelas feitas por meio da internet. Nestes casos o consumidor não tem o tempo necessário para refletir se deseja adquirir o produto ou serviço, se as condições lhe são favoráveis, sequer tem a chance de comparar o produto e a oferta com outras de mercado e nem de examinar com cuidado o bem que está adquirindo, pois, a venda a domicílio pode viciar o seu consentimento.

A contratação à distância se caracteriza por venda por catálogo, e-mail, internet, telefone, entre outros, e são regrados pelos art. 33 e 49 do Código de Defesa do consumidor. Embora, via comércio eletrônico, atualmente é o trato

⁶¹Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EB59FED5B862DFDE02362745F01D68A3.proposicoesWebExterno2?codteor=1166843&filename=PL+6636/2013>. Acesso em: 25 out. 2017.

comercial mais utilizado entre consumidores e fornecedores à distância, tendo em vista o grande número de usuários da rede mundial de computadores, e é importante ressaltar que, o local ou *site* de vendas é considerado como parte componente do estabelecimento, com natureza idêntica ao exemplar físico que o opera. (COELHO, 99, p. 32).

Com efeito, o consumidor nem sempre, nas vendas a domicílio, obtém facilidades de troca ou assistência técnica em relação ao produto adquirido, ficando sem saber a quem recorrer caso necessite de ajuda. Esta situação deixa o consumidor diante de uma situação de maior vulnerabilidade por haver menos informação e um tempo de reflexão ainda menor.

Outro tipo de venda que se pode realçar são as vendas através de propagandas de televisão, em que o consumidor é abordado em um momento de lazer e descontração, em sua casa, com promoções por tempo limitado e descontos demasiados para os primeiros consumidores, gerando, assim, situação de fragilidade, pois não tem um prazo suficiente de reflexão sobre a aquisição do bem ofertado. Quando o consumidor não tem o contato físico com o produto a vulnerabilidade que nele incide não difere daquela que busca o estabelecimento físico e, pelo contrário, pode até ser menor, uma vez que a internet possibilita ao consumidor obter o máximo de informações sobre o produto antes de decidir sobre a sua aquisição.

De fato, a melhor fonte doutrinária para analisar a norma jurídica aqui em questão, é a dos próprios autores do anteprojeto de lei que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor. Ada Pellegrini GRINOVER leciona que: o consumidor quando *“dentro do estabelecimento comercial realiza suas compras, de acordo com suas previsões. Entretanto, o fornecedor pode oferecer-lhe outras alternativas, de modo a ampliar o rol de possibilidade de fechamento do contrato de consumo.”*

E continua este entendimento da seguinte maneira: *“De todo modo, o consumidor está sujeito às variações naturais decorrentes de sua vontade de contratar, não se podendo falar que terá sido surpreendido pelo oferecimento das alternativas pelo fornecedor.”*

E prossegue a autora acima mencionada: *“Quando o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, derivada de práticas e técnicas de vendas mais incisivas, não terá discernimento*

suficiente para contratar ou deixar de contratar, dependendo do poder de convencimento empregado nessas práticas mais agressivas. Para essa situação é que o código prevê o direito de arrependimento.”

Assim ela conclui: **“Além da sujeição do consumidor a essas práticas comerciais agressivas, fica ele vulnerável também ao desconhecimento do produto ou serviço, quando a venda é feita por catálogo, por exemplo. Não tem oportunidade de examinar o produto ou serviço, verificando suas qualidades e defeitos etc.”** (GRINOVER, 2017, p. 567) (Grifo nosso).

5. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Nos casos em que o consumidor, não se encontra inteiramente decidido e preparado, para a compra de produtos, cuja comercialização se dá fora do estabelecimento, as jurisprudências de nossos tribunais adotam o mesmo entendimento e reconhecem a validade do exercício do direito de arrependimento:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDOTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON.

1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir.

2. **O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo.**

3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor.

4. **Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais.**

5. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1340604 RJ 2012/0141690-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013)⁶² (Grifo nosso)
AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TUTELA ANTECIPADA. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. PRAZO DE 7 DIAS. Demonstrado nos autos que a parte autora adquiriu um refrigerador por telefone, bem como manifestou, dentro do prazo de 7 dias previsto no art. 49 do CDC, o desinteresse do negócio perante o vendedor, ora agravante, de ser mantida a decisão que concedeu a tutela antecipada, no sentido de o réu providenciar na remoção do produto e devolução dos cheques emitidos para pagamento, sob pena de multa. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70063485296, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 05/03/2015). (TJ-RS - AI: 70063485296 RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 05/03/2015, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/03/2015).⁶³

Assim, portanto, se não for da vontade do consumidor permanecer com o produto, ele pode desistir e reaver a quantia paga, e assim equilibrar a relação de consumo. O PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) e o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor), também se posicionam favoravelmente a este entendimento.

Vários casos são levados ao conhecimento do judiciário, dentre eles está a decisão do acórdão nº 825356 da 5ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reconhecendo a validade do exercício do direito de arrependimento:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. PROCON/DF. VICIO DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTENTE. REEXAME MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. APLICAÇÃO DO ART. 49 DO CDC. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO DE REFLEXÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. (...)

⁶² Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1255126&num_registro=201201416908&data=20130822&formato=PDF> Acesso em 25 de outubro de 2017.

⁶³ Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173469204/agravo-de-instrumento-ai-70063485296-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

2. O Instituto de Defesa do Consumidor - PROCON/DF, como autarquia integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tem atribuição, autonomia e competência para processar, julgar e impor sanção ao fornecedor ou prestador de serviços que pratica conduta em afronta às normas de defesa do consumidor.

3. (...).

4. A faculdade de desistir das compras realizadas fora do estabelecimento do fornecedor, prevista no art. 49 do CDC, aplica-se aos contratos de transporte aéreo de passageiros, formalizados através da internet.

5. Recurso conhecido e desprovido⁶⁴. (Grifo nosso)

Outra situação que merece destaque é com relação às compras realizadas dentro do estabelecimento comercial. A jurisprudência majoritária confirma que não cabe a aplicação do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, vejamos alguns trechos da decisão:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE DESFAZIMENTO DE NEGÓCIO COM DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. AQUISIÇÃO DE PAR DE BOTAS EM LOJA FÍSICA. INAPLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO, PREVISTO NO ART. 49 DO CDC. CONTRATAÇÃO OCORRIDA DENTRO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE. DEFEITO NO PRODUTO NÃO DEMONSTRADO. MERA DESISTÊNCIA. DESCABIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO⁶⁵.

Nosso país elaborou um sistema sólido de tutela ao oferecer a proteção jurídica do direito de arrependimento ao consumidor. Vê-se após a leitura dos julgamentos aqui apresentados que o direito ao arrependimento é uma garantia dos consumidores, cabendo a estes fazer valer seus direitos, e se acaso precisar de alguma orientação mais específica, o melhor a fazer é procurar por um advogado de confiança capaz de lhe indicar o melhor caminho a seguir.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. [Acórdão n.825356](#), 20100112169790APC, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/10/2014, Publicado no DJE: 16/10/2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=825356> Acesso em 25 de outubro de 2017.

⁶⁵ Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71006274336&btnG=buscar&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=71003986205&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+##main_res_juris> Acesso em: 25 out. 2017.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se a conclusão ante ao exposto neste artigo que a evolução do comércio e das relações de consumo tem se intensificado, e o Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência acompanham as mudanças, buscando o equilíbrio das relações de consumo e o reconhecimento dos direitos do consumidor de forma efetiva na atual conjuntura de nova era do consumo, em que o direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC tem aplicabilidade eficiente nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial, incluindo o comércio eletrônico.

Vimos que o direito de arrependimento é uma prerrogativa exclusiva do consumidor que ao efetuar a compra, desiste e deseja desfazê-la. Entretanto, só será possível para evitar fraude ou má-fé por parte do fornecedor, e desde que atenda a dois requisitos: a venda ser realizada fora do estabelecimento físico comercial e a manifestação do arrependimento no prazo de sete dias.

Chega-se a conclusão, ante ao exposto neste artigo que, para os tribunais brasileiros, o direito em estudo, é uma importante ferramenta legal colocada à disposição dos consumidores nas relações de consumo, desde que cumpridas às exigências da legislação consumerista. E esta tem buscado colocar o consumidor no mesmo patamar do fornecedor, com iguais condições jurídicas para ambas as partes, já que na esfera econômica, tal não ocorre.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL6636/2013**. Acrescenta novo art. 17-A à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para fins de permitir a troca de produto, adquirido presencialmente pelo consumidor, por motivo de desistência fundamentada. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EB59FED5B862DFDE02362745F01D68A3.proposicoesWebExterno2?codteor=1166843&filena me=PL+6636/2013>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Código de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 ago 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1388017/RS 2011/0015554-4. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 14/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1388017&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1340604/RJ 2012/0141690-8. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - Segunda Turma. Data de Publicação: DJE 22/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1255126&num_registro=201201416908&data=20130822&formato=PDF> Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70063485296, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 05/03/2015). (TJ-RS - AI: 70063485296 RS. Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 05/03/2015, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/03/2015). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173469204/agravo-de-instrumento-ai-70063485296-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. [Acórdão n.825356](#), 20100112169790APC, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/10/2014, Publicado no DJE: 16/10/2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=825356> Acesso em 25 de outubro de 2017.

CASTELLANOS, Roberto Augusto. Proteção do consumidor e defesa da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direitos do consumidor no comércio eletrônico. Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico**. São Paulo: Tribuna do Direito, 1999.

FILOMENO, José Gerardo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**, 13. ed. São Paulo, 2015.

GIANCOLI, Brunno Pandori e Marco Antônio Araújo Júnior, **Direito do Consumidor**, 4. ed. São Paulo, 2013.

GOMES, Uilma da Silva. **Direito do consumidor e o fenômeno do superendividamento**. 2/2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/36107/direito-do-consumidor-e-o-fenomeno-do-superendividamento#ixzz3c8U4bcMd>. Acesso em: 14 out 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. Trad. de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: revista dos tribunais. 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: revista dos tribunais. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. Revista atual., ref. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. Revista atual., ref. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor: uma abordagem sobre confiança e boa-fé**. São Paulo: Ícone, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2014.

PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO E SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO: Uma análise da correta aplicação das normas tributárias

Bruno Cunha Gontijo⁶⁶

RESUMO

A Constituição da República de 1988 acompanhando a tradição constitucional que lhe precedeu outorgou à lei complementar a incumbência de estabelecimento, entre outras coisas, de normas gerais sobre matéria tributária buscando garantir mínima sistematização no aspecto do exercício das competências concedidas aos entes federados. No espectro das competências legislativas concorrentes compete ao legislador das pessoas políticas, à vista da existência de uma norma geral, editar normatização específica que não acarreta conflito ou contradição. Em normas gerais encontra-se o integral tratamento dispensado ao instituto da prescrição tributária, cabendo à legislação específica apenas, e se necessário, editar complementações. Não obstante a clareza dessa situação observa-se normas ordinárias concessivas de benefícios fiscais, excedendo à sua legitimação legislativa, criando situações relacionadas ao instituto da prescrição tributária sem correspondência com as disposições do Código Tributário Nacional. Situação equivalente e não menos anômala é observada em inúmeras decisões judiciais que, a partir de uma impropriedade técnica absoluta, renegam a diferença estrutural entre institutos jurídicos distintos, criando da mesma forma situações relacionadas ao instituto da prescrição tributária em prejuízo aos limites interpretativos impostos pela legislação vigente e às garantias fundamentais do contribuinte.

Palavras-chave: Sistema Tributário Nacional; Código Tributário Nacional; Prescrição tributária; Hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; Hipóteses de suspensão e interrupção dos prazos de prescrição tributária.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 1988, following the constitutional tradition that preceded it, granted to the complementary law the task of establishing, among other things, general rules on tax matters, seeking to guarantee a minimum systematization in the aspect of the exercise of the powers granted to the federated entities. Within the spectrum of competing legislative competences, it is for the legislator of political persons, in view of the existence of a general rule, to issue specific regulations that do not entail conflict or contradiction. In general rules is the integral treatment dispensed to the institute of the tax prescription, being fit to the specific legislation only, and if necessary, to edit supplements. Notwithstanding the clarity of this situation, it is possible to observe ordinary norms granting fiscal benefits, exceeding its legislative legitimacy, creating situations related to the tax prescription institute without correspondence with the provisions of the National Tax Code. Equivalent and no less anomalous situation is observed in innumerable judicial decisions that, based on an absolute technical impropriety, deny the structural difference between different legal institutes, creating in the same way situations related to the institute of the tax prescription in prejudice of the interpretative limits imposed by the legislation and the fundamental guarantees of the taxpayer.

⁶⁶ Advogado. Consultor Jurídico. Procurador da Câmara Municipal de Divinópolis. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis e do curso de Ciências Contábeis da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas de Divinópolis (FACED). Professor de cursos de pós-graduação em Direito em diversas instituições de ensino superior.

Keywords: National Tax System; National Tax Code; Tax prescription. Hypotheses of suspension of the enforceability of the tax credit; Hypotheses of suspension and interruption of the periods of tax prescription.

1. APONTAMENTOS INICIAIS

Em nosso ordenamento jurídico o conjunto estrutural que reflete a realidade normativa tributária encontra arranjo constitucional, isto é, a base normativa tributária nacional encontra previsão na Constituição da República de 1988. Não se quer dizer que todo o sistema tributário nacional é de matriz constitucional, apenas que as normas de estrutura desse sistema foram exaustivamente tratadas pelo legislador constituinte.

Em matéria tributária é correto asseverar que o legislador constituinte optou por prescrever, além de outras questões, mas de modo especial, as áreas dentro das quais as pessoas políticas, no caso a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, poderiam exercer seu poder de tributar, o legislador constituinte estabeleceu um regime de distribuição de competências tributárias.

Nesse contexto caberia às pessoas políticas limitar sua atuação em matéria tributária dentro dos estritos limites de competência que a Constituição da República lhes outorgou, não dispondo essas mesmas pessoas políticas sequer da possibilidade de disposição ou renúncia a essa competência.

[...] o legislador de cada pessoa política (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal), ao tributar, isto é, ao criar, *in abstracto*, tributos, vê-se a braços com o seguinte dilema: ou praticamente reproduz o que consta da Constituição – e, ao fazê-lo, apenas recria, num grau de concentração maior, aquilo que nela já se encontra previsto – ou, na ânsia de ser original, acaba ultrapassando as barreiras que ela lhe levantou e resvala para o campo da inconstitucionalidade. (CARRAZA, 2007, p.28).

Embora extremamente minuciosa a Constituição da República em matéria tributária, por questão lógica é importante reconhecer a existência de um arcabouço normativo constitucional fora do texto constitucional, vinculado às suas definições e às limitações por ele impostos, mas autônomo e desenvolvido a partir da capacidade legislativa de cada uma das pessoas

políticas que detêm, por força constitucional, competência tributária. O que se quer dizer é que, existem normas jurídicas específicas editadas pela União, pelos Estados, pelos Municípios, e pelo Distrito Federal, que interessam ao estudo proposto no presente artigo.

A Constituição da República de 1988, observando a mesma diretriz adotada pela Carta Constitucional de 1967, reservou à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, fixando inclusive quais matérias deveriam receber a dispensa desse tratamento. É o que se depreende da redação do inciso III, do art. 146, da Constituição da República de 1988:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - **estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária**, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). (BRASIL, 2017, p. 104).

Aquelas normas jurídicas que demandam aprovação legislativa por quorum de maioria absoluta e encontram previsão no inciso II, do art. 59, da Constituição da República de 1988, especificamente em matéria tributária prestam-se a dois tipos de atuação, segundo a lição do prof. Luciano Amaro (2006, p. 168/169), de “*complementar*” na forma exigida as disposições da Constituição, como ocorre, por exemplo, quando dispõe sobre conflito de competência em matéria tributária entre as pessoas políticas, ou sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, ou ainda quando demarca a linha divisória da incidência do ISS (tributo municipal) e do ICMS (tributo estadual), e de “*estabelecer*” normas gerais de direito tributário, padronizando o regramento básico da obrigação tributária (nascimento, vicissitudes, extinção) emprestando uniformidade ao Sistema Tributário Nacional.

Em rigor, a disciplina 'geral' do sistema tributário já está na Constituição; o que faz a lei complementar é, obedecido o quadro constitucional, aumentar o grau de detalhamento dos modelos de tributação criados pela Constituição Federal. Dir-se-ia que a Constituição desenha o perfil dos tributos (no que respeita à identificação de cada tipo tributário, aos limites do poder de tributar, etc.) e a lei complementar adensa os traços gerais dos tributos, preparando o esboço que, finalmente, será utilizado pela lei ordinária, à qual compete instituir o tributo, na definição exaustiva de todos os traços que permitam identificá-lo na sua exata dimensão, ainda abstrata, obviamente, pois a dimensão concreta dependerá da ocorrência do fato gerador que, refletindo a imagem minudentemente desenhada na lei, dará nascimento à obrigação tributária. (AMARO, 2006, p.169)

Em nosso ordenamento jurídico cumpre à Lei nº 5.172, de 25/10/1966, batizada como Código Tributário Nacional, a incumbência de fixar, segundo as exigências da Constituição da República de 1988, normas gerais sobre matéria tributária. É certo que referida lei designada inicialmente como “Lei do Sistema Tributário Nacional” e nascida sob a forma de lei ordinária, cumpria o desiderato de fixar normas gerais de tributação, dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, tudo na forma da Constituição vigente de 1946, que não previa a figura da lei complementar.

Com o advento da Constituição de 1967 e a superveniente previsão da edição de leis complementares e de seu papel na fixação de normas gerais sobre matéria tributária, sobreveio a discussão acerca da sobrevivência do Código Tributário Nacional à nova Constituição, afinal o Código Tributário vigente havia sido concebido sob a forma de lei ordinária e pendia a partir do novo texto constitucional exigência de estabelecimento de normas gerais sobre tributação por lei complementar.

Nesse aspecto cumpre trazer à colação precisos ensinamentos do prof. Luciano Amaro:

“sse tipo de problema, na verdade, é resolvido pelo *princípio da recepção*: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição são recepcionadas pela nova ordem constitucional, salvo no que contrariarem preceitos *substantivos* do novo ordenamento. Quanto à *forma* de elaboração da norma, obviamente não se aplica a Constituição nova; ter-se-á aplica do a velha, e a lei ou terá nascido formalmente perfeita sob a antiga Constituição, ou desde então já não se legitimaria e padeceria de inconstitucionalidade formal. Se a lei nasceu formalmente válida, é

irrelevante que, posteriormente, a nova Constituição reclame, para matéria de que aquela lei tratava, um diferente rito de aprovação.

Ocorre, porém, que, exigindo a nova Constituição um modelo legislativo diferenciado, para cuidar das matérias reguladas na lei anterior, a alteração da disciplina legal dessas matérias passa a só poder ser tratada nos moldes da nova forma constitucionalmente definida, o que põe a lei anterior no *mesmo nível de eficácia* que a nova Constituição exige para cuidar daquelas matérias.

Assim, se o Código Tributário Nacional (lei ordinária) regulava, por exemplo, a matéria de normas gerais de direito tributário, e se a Constituição de 1967 (como continua fazendo a atual) passou a exigir lei complementar para regular essa matéria, resulta que o *Código Tributário Nacional só pode ser alterado por lei complementar*. Não porque ele seja uma lei complementar, mas porque a Constituição, agora (desde 15/01/1967) exige lei complementar para cuidar do assunto. (AMARO, 2006, p.171)

Então, contemporaneamente faz-se correto afirmar que o Código Tributário Nacional, mesmo editado sob a forma de lei ordinária, possui legitimidade para estabelecer normas gerais sobre matéria tributária, alçando-se ao mesmo nível hierárquico normativo exigido pela Constituição vigente para o tratamento da matéria, o que equivale sustentar ter sido o Código Tributário Nacional recepcionado pela Constituição vigente com força de lei complementar.

Corrobora esse entendimento o prof. Hugo de Brito Machado:

Muitos afirmam que o Código Tributário Nacional é hoje uma lei complementar, não obstante tenha sido aprovado como lei ordinária. A afirmação precisa ser explicada. Na verdade o Código Tributário Nacional continua sendo uma lei ordinária. Ocorre que ele trata de matéria que, hoje, está reservada a lei complementar. Matéria que hoje somente por lei complementar pode ser tratada. Assim, é evidente que os seus dispositivos, que tratam de matéria hoje privativa de lei complementar, só por essa espécie normativa podem ser alterados. (MACHADO, 2010, p.87)

Superada a questão e reconhecida a eficácia normativa de lei complementar que ostenta o Código Tributário Nacional, assimila-se a ideia segundo a qual somente por lei complementar possam as disposições do Código Tributário Nacional sofrer intervenções. Isso corresponde a dizer que as pessoas políticas às quais a Constituição outorga competências tributárias, e junto a elas a competência legislativa plena, não podem através de legislação

própria e específica criar ou suprimir limites pertinentes à matéria reconhecida como de natureza tributária geral. Esse é um ponto de extrema importância.

É que as normas gerais sobre matéria tributária dispostas no Código Tributário Nacional enquadram-se entre tipos normativos nominados leis nacionais, encerrando uma das hipóteses de competência legislativa concorrente entre a União e os demais entes federados.

[...] leis que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer pessoa política, mas os transcendem aos três. Não se confundem com a lei federal, estadual ou municipal e têm seu campo próprio e específico, excludente das outras três e reciprocamente. Quer dizer, da mesma forma que dominam o próprio campo constitucional, em caráter privado, prevalecendo – em razão de delimitação constitucional, e não da hierarquia – sobre tentativas das demais leis de lhes invadir esta faixa, não podem estender-se validamente aos objetos próprios da legislação federal, estadual e municipal. (ATALIBA, 2011, p. 92).

A fixação de competências legislativas concorrentes não retira a legitimidade criativa das demais pessoas políticas, apenas empresta-lhe caráter supletivo das normas gerais editadas. É o que afirma categoricamente o mestre José Afonso da Silva:

Não é, porém, porque não consta na competência comum que os Estados e Distrito Federal (este não sobre polícia militar, que não é dele) não podem legislar sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais [...]. (SILVA, 2007, p.504)

A finalidade da União ao legislar sobre normas gerais em matéria tributária em termos de competência concorrente é garantir uma unificação mínima da questão normatizada, com garantia e permissão aos demais entes federados para a adequação do tratamento legislativo específico às peculiaridades locais, sem, contudo incorrer em contrariedades às normas gerais editadas.

Entre os institutos reconhecidos pela Constituição da República como de caráter geral em matéria tributária para fins de disciplinamento por lei complementar empresta-se relevância ao instituto da prescrição tributária. Embora reconhecida sua qualificação como norma geral em matéria tributária,

comumente percebe-se o empréstimo de tratamento em condição distinta, em flagrante contrariedade ao comando constitucional.

2. PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

Com reconhecimento de sua caracterização enquanto nítida norma geral em matéria de tributação e tratamento dispensado pelo Código Tributário Nacional em vários de seus artigos, a prescrição tributária qualifica-se como a perda pelo sujeito ativo da relação jurídica tributária, em decorrência do decurso de prazo e da inércia, do direito de exigência do crédito tributário constituído. Diferencia-se da decadência por ser aquele instituto caracterizado pela perda, mais uma vez em decorrência do decurso de prazo e da inércia, do direito de constituição do crédito tributário pelo lançamento; a decadência necessariamente antecede a prescrição, reconhecendo-se que são institutos que se anulam, reconhecida a decadência descabe falar em prescrição, ao passo que considerada a prescrição inadmissível falar em decadência.

É de cinco anos a contar da constituição do crédito o prazo reconhecido ao sujeito ativo da relação jurídica tributária, o credor, para o ajuizamento da ação que intenta o compulsório recebimento do crédito tributário devido. É o que prescreve o *caput*, do art. 174, do Código Tributário Nacional: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”. (BRASIL, 2017, p. 258).

Ultrapassado o prazo mencionado encontrar-se-ia fulminado o direito do sujeito ativo da relação jurídica tributária ao crédito. Embora a redação do *caput*, do art. 174, refira-se a perda do direito de ajuizamento da ação de cobrança do crédito, por previsão do inciso V, do art. 156, do Código Tributário Nacional (que dispõe sobre as causas de extinção do crédito tributário e enumera a prescrição entre elas) sobrevindo o prazo quinquenal mencionado, é o próprio crédito tributário que se perde, isto é, que se extingue como decorrência da prescrição.

A par disso, há a *incoerência interna* do Código Tributário Nacional. Se ele considera que o ‘crédito tributário’ só nasce com o lançamento, a decadência (que implica a perda do direito de lançar) não poderia ser

identificada como causa de extinção do *crédito tributário*, ou seja, de algo que ainda não teria nascido e que, com a decadência, ficaria proibido de nascer [...]

Aliás, também a prescrição (se o CTN aderiu ao conceito de que ela atinge apenas a *ação*, como parece decorrer do art. 174) não seria uma causa extintiva do *crédito tributário*. Ou melhor, o *mero decurso do prazo prescricional* não extinguiria, *ipso facto*, o crédito tributário, tanto que, sobrevindo o pagamento, este sim, traduziria a causa extintiva. Se e quando alegada a prescrição é que o julgador, adstrito a reconhecê-la, declararia prescrita a ação e, por via de consequência, extinto o crédito. (AMARO, 2006, p.405)

Na forma do Código Tributário Nacional, nesse aspecto não havendo distanciamento às disposições do Código Civil, incidem sobre o instituto da prescrição hipóteses de interrupção e de suspensão da contagem de seu prazo.

São hipóteses de interrupção do prazo prescricional, na forma do parágrafo único do art. 174, do Código Tributário Nacional, impondo o recomeço pelo início de sua contagem quando superada a causa de interrupção, o despacho de citação do devedor na ação de execução fiscal, o protesto judicial, ato judicial passível de constituir em mora o devedor, ou qualquer ato, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Art. 174. [...]

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. (BRASIL, 2017, p. 258)

O Código Tributário Nacional estabeleceu exclusivamente uma única hipótese capaz de gerar a suspensão da contagem dos prazos de prescrição tributária, isto é, uma única hipótese na qual, iniciado o prazo de prescrição e posteriormente suspenso, superada a causa, sua contagem retoma-se de onde cessou, sem prejuízo do tempo decorrido anteriormente à suspensão. Essa hipótese encontra previsão no parágrafo único do art. 155, do Código Tributário Nacional:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; II - sem imposição de penalidade, nos demais casos. Parágrafo único. **No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito;** no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito. (BRASIL, 2017, p. 254)

É fundamental para a compreensão da temática proposta que se assimile a existência da distinção entre hipótese de suspensão da prescrição (que como ressaltado é única) e hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enumeradas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
I - moratória;
II - o depósito do seu montante integral;
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)
VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001). (BRASIL, 2017, p. 253)

Segundo preceitua Hugo de Brito Machado (2010, p. 194) “o crédito tributário, por sua própria natureza é exigível. A exigibilidade, que decorre da liquidez e certeza, é atributo essencial dele. Constituído o crédito tributário nasce a exigibilidade [...]. A exigibilidade do crédito tributário, porém, pode ser suspensa”. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou apenas suspensão do crédito tributário implica na impossibilidade momentânea de adoção de qualquer medida de exigência do crédito tributário por parte do sujeito ativo da relação jurídica tributária, isto é, na impossibilidade momentânea, por exemplo, de providenciar a inscrição do crédito em dívida ativa, ou de requerer a indisponibilização de bens do devedor, ou mesmo de propor a execução fiscal.

É possível, inclusive, que uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário se materialize antes mesmo da constituição do crédito, ou no curso desse processo, é o que ocorreria, por exemplo, com a concessão de uma liminar em mandado de segurança que reconheça a inexistência de relação jurídica entre os sujeitos da relação jurídica tributária

ainda antes de ter a exigência tributária alcançado condição de vigência; ou com a interposição pelo sujeito passivo de reclamação administrativa necessariamente antes da constituição definitiva do crédito tributário pelo lançamento.

Evidencia-se que na pendência de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ficam inviabilizadas todas as medidas tendentes a buscar a satisfação do crédito por parte do credor. A impossibilidade de adoção das medidas de satisfação do crédito ocasionada por disposição legal, porém, não permite traçar correlação ou qualquer relação de dependência a uma eventual suspensão da fluência dos prazos de prescrição, são situações diferentes relativas a institutos jurídicos distintos.

A exigibilidade do crédito tributário torna-se suspensa, por exemplo, em decorrência do parcelamento requisitado pelo sujeito passivo, o parcelamento implica na interrupção do prazo prescricional, mas no curso do pagamento das prestações do parcelamento não há consequências em relação à fluência do prazo de prescrição reiniciado imediatamente após a interrupção. Em outra hipotética situação, a exigibilidade do crédito tributário torna-se suspensa em decorrência da interposição de reclamação administrativa tempestiva pelo sujeito passivo, a reclamação não implica em nada quanto aos prazos prescricionais, esses sequer foram iniciados, afinal apenas com a constituição definitiva do crédito tributário fala-se em prescrição, e essa constituição definitiva pressupõe a conclusão da discussão administrativa estabelecida em relação ao ato de constituição do crédito.

A exigibilidade do crédito tributário fica suspensa na superveniência de uma das causas enumeradas no art. 151, do Código Tributário Nacional, nesse tempo torna-se inviável ou mesmo proibida a adoção de qualquer medida que tenha por objetivo a satisfação do crédito; a suspensão da prescrição opera-se exclusivamente na forma do disposto no parágrafo único do art. 155 do Código Tributário Nacional, quando a moratória concedida (extensão ao instituto do parcelamento tributário) vem a ser rescindida pela demonstração de dolo ou simulação por parte do beneficiado ou de terceiro em benefício daquele; nesse espaço de tempo compreendido entre a concessão do benefício da moratória e sua rescisão não corre o prazo dispensado ao credor para promover a execução dos créditos devidos.

Acerca da inadequada compreensão da distinção estrutural entre esses institutos vale transcrever ensinamento do prof. Luciano Amaro:

É preciso, porém, lembrar que, ao cuidar da moratória (que pode implicar pagamento em prestações), o Código Tributário Nacional só exclui do cômputo do prazo prescricional o período decorrido desde a concessão da moratória quando esta tiver sido obtida com dolo, fraude ou simulação. Caso contrário, o prazo prescricional continua correndo, durante a moratória, ainda que esta venha a ser revogada (art. 155, parágrafo único); com maior razão, o prazo deve considerar-se em curso se a moratória não for objeto de revogação. (AMARO, 2006, p.417).

Fixadas essas premissas cumpre enfrentar a questão suscitada no presente ensaio, levado a parcelamento o crédito tributário pelo sujeito passivo, além do reconhecimento da interrupção do prazo prescricional e da situação de suspensão da exigibilidade do próprio crédito, é correto sustentar que também o prazo prescricional estaria suspenso enquanto pendente o parcelamento tributário? Categoricamente a resposta a esse questionamento é negativa, apesar dos indicativos jurisprudenciais apontarem em sentido diverso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. 1. O art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional prescreve que: "Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] VI - o parcelamento". 2. Com a adesão do executado ao parcelamento, em momento posterior ao ajuizamento da execução fiscal, houve a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, impedindo o curso do prazo prescricional. Nesse sentido: AgRg no REsp 1310195/DF, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015. 3. Não há que se falar, portanto, em prescrição intercorrente. 4. Apelação provida. A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (TRF1. Apelação Cível 0001382-79.2003.4.01.3000 - AC, Des. Federal HERCULES FAJOSSES, Sétima Turma, e-DJF1 Data: 13/10/2017) (TRF1, 2017, on-line)

TRIBUTÁRIO. PAES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PARTE COMPROVAR O DIREITO ALEGADO. PRESCRIÇÃO. INAPLICAÇÃO. PARCELAMENTO SUSPENDE O PRAZO PRESCRICIONAL. DESISTÊNCIA E RENÚNCIA AO DIREITO. DESNECESSIDADE. 1. Não resta dúvidas de que é ônus da parte autora fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito, a menos que comprove a impossibilidade de fazê-lo. 2. Caberia à demandante ter instruído a demanda com os processos administrativos-fiscais, desde o início, pois estão à sua disposição na repartição pública responsável. E, mesmo que não os tivesse apresentado, poderia, durante a fase de instrução, ter novamente requerido sua juntada. Mas ficou-se inerte. 3. O marco temporal relativo ao lapso de 5 anos começa a contar da entrega da declaração, quando então estará prescrito o direito de ação para eventual cobrança dos créditos tributários, na forma do

disposto no art. 174, do CTN. 4. O parcelamento dos créditos tributários é causa interruptiva da prescrição, nos termos do mesmo art. 174, IV, do CTN. Ou seja, no curso do parcelamento a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, conforme o art. 151, VI, do CTN, de modo que não corre prazo prescricional. Assim sendo, não há que falar em prescrição, haja vista que o período de 5 anos, até o ajuizamento do feito, não se concluiu, pois o débito se encontrava em parcelamento. 5. A exigência de que a parte renuncie ao seu direito de discutir a exatidão dos débitos fiscais que estão lhe sendo cobrados extrapola o conteúdo legal, impondo cerceamento de direito em desacordo com as regras legais que prevêem a possibilidade de parcelamento do débito tributário. 6. Não há incompatibilidade entre o pagamento da dívida parcelada e a discussão judicial, porque, em caso de eventual decisão desfavorável à Fazenda Pública, basta o simples recálculo do montante a ser pago; ou, resultando a demanda infrutífera ao contribuinte, nenhuma consequência haverá, na medida em que não houve a interrupção dos pagamentos. (TRF4. APELREEX 50090552920104047100 - RS, Relator Des. Federal FRANCISCO DONIZTE GOMES, Primeira Turma, Data de Julgamento: 17/07/2013, Data de Publicação DE: 18/07/2013) (TRF4, 2017, on-line)

Em ambos os acórdãos proferidos, resta nítida a confusão conceitual causada em torno dos institutos da suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da suspensão da prescrição, nas duas situações os Desembargadores reconheceram de modo expresso que, na pendência de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito, como é o parcelamento tributário, suspensa encontra-se a contagem do prazo prescricional. Com a *devida venia*, um equívoco conceitual repetido diuturnamente em nossos Tribunais.

Por ocasião do julgamento do recurso de Apelação Cível nº 0001382-79.2003.4.01.3000 relatado pelo Desembargador Federal Hércules Fajoses, membro da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consta da decisão proferida que “com a adesão do executado ao parcelamento, em momento posterior ao ajuizamento da execução fiscal, houve a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, impedindo o curso do prazo prescricional”; por seu turno, no julgamento do reexame necessário do recurso de Apelação Cível nº 50090552920104047100, relatado pelo Desembargador Federal Francisco Donizete Gomes, membro da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consta do voto que “no curso do parcelamento a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, conforme o art. 151, VI, do CTN, de modo que não corre prazo prescricional”. Fica evidente que a

compreensão jurisprudencial empresta condição de equivalência aos institutos da suspensão da exigibilidade do crédito e da suspensão da prescrição, de modo que uma não flui na pendência de efeitos da outra, em resumo, enquanto não rescindido o parcelamento não correm os prazos para fins de reconhecimento da prescrição tributária.

Cumprido esclarecer que o equívoco relatado nas decisões proferidas por nossos Tribunais em parte, são ocasionadas por disposições inseridas no texto das leis concessivas de benefícios fiscais, como é o caso dos parcelamentos tributários, é extremamente rotineiro constatar no bojo de normas legais dessa natureza a presença de dispositivos condicionando a adesão ao benefício fiscal à desistência pelo sujeito passivo de qualquer discussão judicial ou extrajudicial mantida em relação ao respectivo crédito, assim como de dispositivos indicando a suspensão dos prazos de prescrição enquanto vigente o benefício fiscal. Essa última condição pode ser confirmada no art. 12, da Lei nº 10.684/2003, que instituiu o PAES (Programa Especial de Parcelamento), ou no §17, do art. 1º, da Lei nº 11.941/2009, que instituiu o REFIS (Programa de Recuperação Fiscal), ou recentemente no art. 9º, da Lei nº 13.496/2017, que instituiu o PERT (Programa Especial de Regularização Tributária).

Mas em resumo, quais seriam as razões de inadequação desse comportamento adotado na normatização infraconstitucional e constatado em inúmeras decisões judiciais proferidas por nossos Tribunais?

Primeiro. Como ressaltado inicialmente, a Constituição da República de 1988 reservou à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária, emprestando com isso, por força do fenômeno da recepção constitucional, ao Código Tributário Nacional eficácia normativa de lei complementar. Consoante o disposto na alínea “b”, do inciso III, do art. 146, da Constituição da República deve o instituto da prescrição ser disciplinado por lei complementar.

Nesse aspecto caberia então ao Código Tributário Nacional e somente a ele enquanto norma de eficácia complementar à constituição definir os contornos do referido instituto jurídico que impõe fim ao direito de ação do credor com vistas à buscar a satisfação do crédito tributário, isto é, ao Código Tributário Nacional compete estabelecer elementos como a extensão temporal, os termos iniciais e finais dessa contagem, assim como as causas que

ocasionariam suspensão ou interrupção de sua contagem. E tudo isso resta suficientemente contemplado nas disposições do Código Tributário Nacional vigente.

Quando o legislador derivado desconsidera que uma matéria inicialmente marcada pela reserva de tratamento por lei complementar seja tratada por norma dessa natureza, e estabelece por meio de normas ordinárias contornos distintos dos forjados no exercício da competência constitucional reservada, incorre em violação à higidez constitucional, torna inconstitucional o dispositivo inscrito em sua norma. É assim que devem ser reconhecidos todos os dispositivos presentes em leis ordinárias federais, estaduais, ou municipais, que em detrimento da reserva constitucional de lei complementar para estabelecimento de normas gerais em matéria tributária, tratam de regulamentar condições e hipóteses distintas de suspensão dos prazos prescricionais, formalmente inconstitucionais são todos esses dispositivos.

O Código Tributário Nacional enumera em rol taxativo constante de seu art. 151, todas as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, assim como dispõe na redação do parágrafo único do seu art. 155, que apenas nos casos de rescisão do parcelamento por razões de dolo, fraude ou simulação do beneficiário, ou de terceiro em benefício dele, é que no curso entre a concessão do benefício e sua cessação teriam estado suspensos os prazos de prescrição.

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;
II - sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito. (BRASIL, 2017, p. 254)

Se o Código Tributário Nacional estabeleceu apenas essa única hipótese de suspensão do prazo prescricional, ilegítima é a pretensão de estabelecimento de outras hipóteses, sobretudo por meio de leis ordinárias. O tratamento por lei ordinária de matéria que encontra-se reservada à lei

complementar configura inconstitucionalidade formal, reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal em ocasiões anteriores, como no RE 556664, relator Ministro Gilmar Mendes.

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. [...]. (RE 556664, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13/11/2008 PUBLIC 14/11/2008) (STF, 2017, on-line)

Os dispositivos das leis ordinárias instituidoras de benefícios de parcelamento fiscal que estabeleciam a suspensão dos prazos de prescrição entre a concessão e a rescisão do benefício, autorizando a cobrança imediata da integralidade do saldo residual do crédito tributário ao fim do benefício, independentemente do tempo decorrido desde a adesão ao benefício fiscal, são, portanto, inconstitucionais, e conseqüentemente não produzem quaisquer efeitos jurídicos.

Segundo a abertura semântica interpretativa exige uma identificação do tipo normativo que se coloca na condição de objeto de análise pelo intérprete, normas limitadoras de direitos ou garantias impõem métodos de interpretação mais restritivos, um maior apego à textualidade das proposições; já normas concessivas de direitos ou garantias reclamam o emprego de métodos de interpretação mais extensivos, menos exegéticos e mais sistemáticos. A suspensão dos prazos de prescrição integra um padrão de norma tipicamente

limitadora de direitos, direitos integrados ao rol de garantias do sujeito passivo da relação jurídica tributária, sua interpretação, portanto, deve ser exegética.

Emprestando reforço à tese, ao percorrer as disposições do Código Tributário Nacional depara-se com determinação impositiva do legislador complementar relacionada ao modo de interpretação da legislação tributária. Segundo o Código Tributário Nacional, em matéria de suspensão ou exclusão do crédito, de outorga de isenções ou de dispensa do cumprimento de obrigações de natureza acessória, a legislação tributária deve ser interpretada literalmente.

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (BRASIL, 2017, p. 246).

O saudoso mestre Aliomar Baleeiro, citado pelo prof. Luciano Amaro, tece importante comentário sobre a vinculação interpretativa das normas tributárias, sobretudo as relacionadas à suspensão do prazo de prescrição do crédito.

Baleeiro, em longo arrazoado, sustenta que as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário suspendem a *exigibilidade* e não a *prescrição*; a interpretação literal nessa matéria (expressamente determinada pelo art. 111, I, do CTN) impede extensão do comando da lei, que não dá às causas suspensivas da exigibilidade (art. 151) o efeito de suspender a prescrição; interposta uma reclamação ou um recurso, as autoridades devem ser céleres no exame dos processos, não podendo tirar proveito de sua própria negligência; a solução de *lege ferenda*, a exemplo da Argentina, poderia ser a suspensão (por norma expressa e por prazo curto); por fim, aduz o financista que, em matéria reservada à lei (art. 97, VI), sujeita a interpretação literal (art. 111, I), não cabe a invocação de parêmias (como aquela segundo a qual *contra non valentem agere non currit praescriptio*), pois o préstimo dos brocardos (que não se confundem com princípios) está em ilustrar o que a lei estatuiu, não podendo contrariá-la; por fim, anota que o único caso em que não corre prescrição na pendência de causa de suspensão da exigibilidade está expresso no Código Tributário Nacional, art. 155, parágrafo único, não extensível a outras situações. (AMARO, 2006, p.416).

Não cabe, portanto, à lei ordinária criar hipóteses de suspensão da prescrição além das vislumbradas pela legislação complementar, e muito

menos aos intérpretes assim proceder numa hermenêutica extensível, dada previsão expressa quanto ao emprego de uma metodologia literal interpretativa.

Somente nas hipóteses de rescisão do parcelamento em decorrência de uma atuação com dolo, fraude ou simulação por parte do beneficiário, ou de terceiro em favor daquele, é que por força de expressa previsão legal, no curso de uma suspensão da exigibilidade do crédito também encontrar-se-ia suspensa a prescrição. Equivocam-se as decisões judiciais que não emprestam maior rigor técnico à evidente distinção entre os institutos sob análise, ao tempo que violam as normas constitucionais as disposições legais infraconstitucionais ordinárias que materialmente desconsideram o espectro reservado para tratamento por normas de natureza complementar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos conclusivos, historicamente a Constituição se encarrega de transportar ao aspecto hierárquico mais elevado toda a normatização relacionada à estruturação do sistema tributário nacional, não foi diferente com a vigente Constituição da República.

A carta constitucional de 1988 encarrega-se de descer a minúcias para estabelecer um rígido modelo de repartição constitucional de competências tributárias calcado numa estrutura de estabelecimento de competências legislativas concorrentes entre a União e as demais pessoas políticas, onde à União, excepcionada a regulamentação dos tributos de sua competência, foi outorgada a legitimidade de construir com base em normas gerais a consolidação geral do sistema tributário nacional.

Reclamando o tratamento de normas gerais em matéria tributária por lei complementar a Constituição vigente recepcionou com força de lei complementar o Código Tributário Nacional, norma editada originalmente segundo o rito de lei ordinária. Ao recepcionado código caberia a missão de estabelecer, além de normas gerais em matéria de tributação, também de solucionar conflitos de competência entre as pessoas políticas e de regulamentar os limites constitucionais ao poder de tributar. No âmbito da capacidade legislativa das demais pessoas políticas restou a legitimidade de

disciplinar, em caráter específico e não contrário às normas gerais, o exercício das competências tributárias recebidas da Constituição da República.

Embora regularmente repartidas as competências tributárias entre as pessoas políticas e considerada a legitimidade de normatização apenas em caráter específico e supletivo das normas gerais, especialmente em relação ao instituto da prescrição passou-se a notar com significativa reiteração a edição de atos normativos com conteúdo violador às regras constitucionais. Em normas ordinárias instituidoras de parcelamentos fiscais tornou-se comum incluir previsão de suspensão do prazo prescricional entre a concessão do benefício e sua eventual rescisão.

Também o Poder Judiciário acabou por incorrer no equívoco de negar reconhecimento à existência de uma sensível diferença estrutural entre os institutos da suspensão da exigibilidade do crédito e da suspensão da prescrição. Em diversas decisões os magistrados vêm asseverando que o prazo prescricional interrompido com a adesão do sujeito passivo ao parcelamento fiscal somente retomaria seu curso por ocasião da rescisão do benefício.

O Código Tributário Nacional encarregado do estabelecimento em nosso ordenamento das normas gerais sobre matéria tributária enumera em dispositivo específico todas as hipóteses na pendência das quais a exigibilidade do crédito fica suspensa, assim como especifica em outro dispositivo a única situação em que concomitantemente à suspensão da exigibilidade do crédito também fica suspensa a fluência do prazo prescricional. Segundo o Código Tributário Nacional apenas na eventualidade de uma rescisão do parcelamento (faz menção no texto ao instituto da moratória) por razões de dolo, fraude ou simulação do beneficiário ou de terceiro em favor dele, é que entre a concessão do favor fiscal e sua rescisão fica suspenso o prazo prescricional.

Por força da higidez constitucional nenhuma norma ordinária poderia tratar de matéria de conteúdo reservado à lei complementar, o fazendo incorreria em inconstitucionalidade formal não produzindo qualquer efeito prático. Por força de exigência legal, a interpretação de normas que disponham sobre suspensão e exclusão do crédito tributário deve ser literal, isto é,

realizada nos limites do texto normativo sem qualquer possibilidade de extensão; nesse sentido tendo o Código Tributário Nacional previsto apenas uma hipótese de suspensão da fluência do prazo de prescrição na pendência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito (concessão do benefício mediante dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo) não dispõe o intérprete de legitimidade para promover uma extensão dessa condição, tornando suspensa a prescrição na pendência de qualquer causa suspensiva da exigibilidade do crédito.

A previsão de prazos prescricionais alça à condição de garantia fundamental do cidadão contribuinte na esteira do art. 60, §4º, da Constituição da República, de modo que a instituição, seja em razão do exercício hermenêutico ou da competência legislativa infraconstitucional, de novas situações de suspensão da fluência desses prazos, corresponde à relativização de garantias consideradas intransponíveis pela ordem constitucional.

É importante considerar que apenas na hipótese de rescisão de um benefício fiscal em virtude do reconhecimento de má-fé do beneficiário ou de terceiro em favor dele, é admissível sustentar, com fundamento normativo e sem ruptura da higidez constitucional, a suspensão dos prazos de prescrição entre a concessão do benefício fiscal e sua rescisão. Fora essa hipótese, em nenhuma outra situação de suspensão da exigibilidade do crédito tributário fala-se em suspensão da prescrição.

4. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

ATALIBA, Geraldo. **Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais**. In CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. (org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARRAZZA. Roque Antônio. **ICMS**. São Paulo: Malheiro, 2007.

CASTRO. Alexandre Barros. **Noções de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL, Código Tributário Nacional (1966). 7 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2017.

BRASIL. **Lei 10684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm> Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 11941, de 27 de maio de 1999**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, altera normas jurídicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm> Acesso em: 05 jan 2018.

BRASIL. **Lei 13496, de 24 de outubro de 2017**. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e altera a Lei no 12.249, de 11 de junho de 2010, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13496.htm> Acesso em: 05 jan. 2018.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**: RE 556664 RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe-216 DIVULG 13/11/2008 PUBLIC 14/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28556664%2E+OU+556664%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gu2frju>> acesso em: 05 jan. 2018.

TRF1. **APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**: APELREEX 50090552920104047100 RS 5009055-29.2010.404.7100. Relator: Desembargador Federal Francisco Donizete Gomes. DE 18/07/2013. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112372049/apelacao-reexame-necessario-apelreex-50090552920104047100-rs-5009055-2920104047100>> acesso em: 05 jan. 2018.

TRF1. **APELAÇÃO CÍVEL:** APEL 0001382-79.2003.4.01.3000 - AC. Relator: Desembargador Federal Hércules Fajoses. e-DJF1 DATA:13/10/2017. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>> acesso em: 05 jan. 2018.

REPUBLICANISMO E LIBERALISMO:

Análise de Normas Constitucionais fundamentalmente sob a perspectiva da Constitucionalização Simbólica

Bruno Cunha Gontijo⁶⁷

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 expressamente indica a tradição republicana como opção política realizada pela Federação Brasileira, demonstrando de forma inequívoca referida opção a partir do conteúdo semântico de diversos dispositivos. Contudo, de maneira não menos evidente, permite transparecer dispositivos que apresentam conteúdo semântico indutivo à opção por premissas da tradição política do liberalismo, especialmente em relação às liberdades negativas próprias aos direitos individuais, reconhecidamente pré-normativos. Em razão desse reconhecimento, teóricos implementam teorias de compatibilização e acomodação dessas tradições do pensamento político que se mostram presentes na maioria dos diplomas normativos constitucionais da modernidade. Não obstante as diferenças interpretativas, o esforço científico se debruça sob o conteúdo semântico dos textos legais, em seu plano formal, desconhecendo a inocuidade dos trabalhos diante do necessário reconhecimento da capacidade de produção de efeitos destas mesmas proposições normativas, ou seja, o enquadramento deste ou daquele texto em uma ou outra tradição do pensamento político moderno somente seria possível a partir da constatação dos efeitos decorrentes de sua concretização normativo-jurídica, tais efeitos seriam fonte segura de desenvolvimento teórico; por outro parâmetro, a inexistência de efeitos, ou seja, a função hipertroficamente simbólica dos textos legais induz ao reconhecimento da inocuidade deste mesmo trabalho, melhor dizendo, a ausência de normatividade do texto legal impede seu reconhecimento sob qualquer premissa teórica específica, denotando sua mera existência como proposição textual, irrelevante ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Tradição republicana. Tradição liberalista. Constituição Federal. Dimensão simbólica da legislação.

ABSTRACT

⁶⁷ Advogado. Consultor Jurídico. Procurador da Câmara Municipal de Divinópolis. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis e do curso de Ciências Contábeis da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas de Divinópolis (FACED). Professor de cursos de pós-graduação em Direito em diversas instituições de ensino superior.

The Federal Constitution of 1988 expressly indicates the republican tradition as a political option carried out by the Brazilian Federation, demonstrating unequivocally this option based on the semantic content of various devices. Nonetheless, in a no less evident way, it is possible to reveal devices that have semantic content inductive to the premise of the political tradition of liberalism, especially in relation to the negative freedoms inherent to pre-normative individual rights. Because of this recognition, theorists implement theories of compatibilization and accommodation of these traditions of political thought that are present in most of the constitutional normative diplomas of modernity. Notwithstanding the interpretative differences, the scientific effort is based on the semantic content of the legal texts, in its formal plan, ignoring the innocuousness of the works before the necessary recognition of the capacity to produce effects of these same normative propositions, that is, the framework of this or of that text in one or another tradition of modern political thought would only be possible from the verification of the effects deriving from its normative-judicial realization, such effects would be a sure source of theoretical development; by another parameter, the absence of effects, that is, the hypertrophically symbolic function of legal texts induces the recognition of the innocuity of this same work, rather, the absence of normativity of the legal text prevents its recognition under any specific theoretical premise, denoting its mere existence as textual proposition, irrelevant to the legal order.

Keywords: Republican tradition. Liberal tradition. Federal Constitution. Symbolic dimension of legislation.

1. APONTAMENTOS INICIAIS

A discussão apresentada parte da premissa segundo a qual, não obstante a opção expressa por um formato institucional republicano, constam dispositivos na Constituição Federal de 1988 que permitem identificar contribuições também da tradição liberalista. Com estas considerações, a princípio verifica-se que o texto constitucional vigente, fundador da República Federativa do Brasil, é inequivocamente marcado por significativas contribuições das grandes tradições do pensamento político moderno, a liberal e a republicana. Contudo, esta seria uma análise prévia e relacionada aos dispositivos do texto constitucional, meramente enquanto texto, desconsiderando o plano significativo das normas observadas, ou seja, a constatação de carga hipertroficamente simbólica que sobrepuja a expectativa normativa proposta pela norma.

Dessa forma dispõe o preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2007, p. 07).

O referido dispositivo normativo busca explicitar as razões pelas quais os representantes do povo brasileiro entenderam necessário inaugurar uma nova ordem constitucional, rompendo conseqüentemente com os desacertos da anterior, imprimindo feições de extrema relevância a princípios e direitos, e demonstrando os objetivos buscados com a construção da nova ordem constitucional.

Os dispositivos da Constituição Federal de 1988 passaram a individualizar uma série de princípios e direitos, dentre os quais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*); informando também como objetivo da sociedade política instituída a intangibilidade desses mesmos direitos, conforme disposto no art. 60, §4º do texto constitucional republicano.

O conceito de liberdade proposto pela Constituição Federal de 1988 denota a possível adoção pelos particulares de qualquer comportamento em face do qual não sejam verificadas restrições legais, de forma que a fruição dos direitos individuais teria como único elemento limitador a existência de vedação normativa expressa, não cabendo menção a qualquer outra espécie de restrição.

Com base em tais considerações, a Constituição Federal de 1988 poderia representar então uma expressão da concepção liberal fundamental proposta por John Locke, haja vista a relevância constitucional emprestada a um conjunto de direitos pré-políticos, representativos de uma fonte normativa natural, precedente e condicionadora das normas então decorrentes. Essa perspectiva pode ser constatada a partir do disposto no art. 5º, II do texto constitucional, o qual numa conjugação interpretativa indicaria que às leis incumbiria dispor sobre comportamentos considerados nocivos à organização da sociedade, conflitantes ao objetivo da sociedade civil: a garantia dos direitos individuais dos cidadãos.

Marcelo Cattoni citando Jiménez Redondo (2003) indica que a ideia de constituição de uma comunidade teria por fundamento afastar os

inconvenientes do estado de natureza, buscando uma melhor conservação dos direitos individuais.

Contudo, apesar das premissas que fornecem elementos para o reconhecimento de ideais liberais no texto constitucional de 1988, o dispositivo do art. 1º, parágrafo único introduz uma fonte normativa e de legitimidade distinta daquela que representa a noção segundo a qual os direitos individuais precederiam à organização política por serem naturais. Essa outra fonte de normatividade, seguindo a linha do pensamento de Rousseau é concebida como republicanismo.

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2007, p. 07).

Pelo dispositivo, tem-se que aquela lei que deve priorizar a manutenção da ordem social estabelecida, rechaçando condutas que atentem contra o objetivo primordial da sociedade civil, teria por fundamento axiológico o poder emanado do povo, que deve por isso concorrer para sua constituição, colocando-se em sentido inverso, igualmente sujeito às designações dela decorrentes.

A princípio, nenhuma questão problemática se impõe a partir da constatação de que o texto constitucional apresenta fundamentação teórica mista, contudo, há que se verificar a possibilidade de contradição entre essa lei que, tendo por base os princípios liberais, objetiva tutelar direitos precedentes à ordem política, e essa mesma lei que, tendo por base os princípios republicanos, venha a vulnerar esses direitos naturais. Surge uma indagação complexa, na qual o caráter simbólico das disposições normativas pode servir como elemento de minimização de efeitos, seria possível a uma lei, expressão formal da vontade do povo enquanto titular do poder, dispor contrariamente à tutela de uma série de direitos individuais pré-políticos, mesmo diante da perspectiva interpretativa subsumida do disposto no art. 5º, segundo a qual as leis somente teriam por objeto rechaçar condutas flagrantemente contrárias à tutela desses mesmos direitos individuais.

Uma tentativa de resposta à questão parece ser dada por Jiménez Redondo citado por Marcelo Cattoni (2003):

A liberdade não consiste (...) em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem; portanto, o exercício dos direitos naturais do homem não têm outros limites que aqueles que assegurem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; tampouco consiste em estar permitido a qualquer um tudo aquilo que as leis do soberano não proibem; senão que primariamente consiste naquilo a que se faz referência n'O *contrato social* (de Rousseau) ao assinalar o problema que o contrato resolve: encontrar uma forma de associação que defenda com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, todavia, senão a si mesmo, isto é, a liberdade consiste primariamente em autonomia pública, quer dizer, em havendo de estar submetido a leis, não estar submetido a outras leis que as que qualquer um haja podido impor a si mesmo, conjuntamente, com cada um de todos os demais, podendo valer para todos e para qualquer um. (REDONDO apud CATTONI, 2003).

Apesar da tentativa permanece a questão central proposta. Conforme preleciona Marcelo Cattoni (2003), um argumento é dizer que a lei não pode ferir os direitos humanos naturais, baseados na noção de liberdade segundo a qual essa consiste em fazer tudo o que não prejudique o igual exercício da mesma liberdade pelos outros (a lei como instrumento de preservação dos direitos individuais); e outro argumento consiste em afirmar que a lei é expressão da liberdade enquanto autonomia política de cada um, que se exerce no interior ou no todo da sociedade política (a lei como expressão da vontade de todos os indivíduos).

Sem qualquer embargo, o texto constitucional, dito republicano denota o paralelismo entre os ideais liberais e republicanos, presentes no contexto de uma mesma carta de direitos. Conforme mencionado, observa-se a presença inequívoca dos traços liberalistas no disposto no art. 5º, *caput*, dispendo acerca da tutela de direitos individuais reconhecidamente naturais, tais como liberdade, igualdade, segurança e propriedade; bem como no art. 60, §4º relativamente às disposições restritivas de supressão desses mesmos direitos e garantias individuais; e no art. 5º, XXXVI sob a determinação de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Em contraponto, o disposto no art. 1º, parágrafo único, em evidente menção aos preceitos republicanos indica o povo como fonte de legitimidade do poder político, da mesma forma que o dispositivo do art. 5º, II, estabelece a

inadmissibilidade de sujeição do indivíduo a comportamentos que não estejam predeterminados em lei.

Essa mesma perspectiva de análise foi objeto de estudo análogo, concernente aos dispositivos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, resultando desta discussão o seguinte trecho proposto por Isaiah Berlin, citado por Marcelo Cattoni:

A relação entre democracia e liberdade individual é bem mais tênue do que pareceu a muitos defensores de ambas. O desejo de ser governado por mim mesmo ou, pelo menos, de participar do processo através do qual minha vida deve ser controlada, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para a ação, e talvez historicamente mais antigo. Mas não é um desejo relativo à mesma coisa. Na realidade, é tão diferente, que levou, em última instância, ao grande conflito de ideologias que domina nosso mundo. Pois é isto – a concepção positiva de liberdade: não liberdade de, mas liberdade para – de levar uma forma de vida prescrita – que os adeptos do conceito de liberdade negativa imaginam seja, algumas vezes, nada mais do que um ilusório disfarce para a tirania brutal. (BERLIN apud CATTONI, 2003).

Apesar dos esforços teóricos tendentes a compatibilizar direitos naturais e exercício democrático da autodeterminação, premissas das teorias tradicionais da política moderna, como fontes normativas que emprestariam legitimidade às leis, *a priori*, seria impossível um resultado prático que não denotasse um relevante ganho de força simbólica em detrimento da carga normativa própria aos dispositivos decorrentes destas mesmas ideologias.

A reflexão diante das questões preliminarmente apresentadas passa por uma análise da estrutura destas teorias do pensamento político moderno, liberalismo e republicanismo, sendo importante a identificação dos pontos divergentes quanto a elementos imprescindíveis à constituição político-jurídica estatal, tais como a liberdade, a cidadania, a democracia, e a noção de constitucionalismo.

2. REPUBLICANISMO E LIBERALISMO

Segundo Cattoni (2003) republicanismo e liberalismo são duas tradições do pensamento político moderno que não obstante compartilhem ideias

comuns, tais como a de que os cidadãos são livres e iguais, e que exista uma única Constituição, amparando direitos fundamentais e adotando um regime democrático; apresentam divergências importantes e nem sempre conciliáveis acerca do conteúdo atribuído a estes conceitos de processo político, cidadania, direitos, constituição, democracia, entre outros.

Tomando de início alguns apontamentos históricos referentes a estas duas tradições do pensamento político. O republicanismo, reconhecido como teoria política da liberdade, surge do descenso das monarquias absolutistas, noticiando-se o século V a.C. como período de fundação da primeira república, em contraposição à opressão da monarquia etrusca.

Apesar da conotação como opção contrária ao pensamento absolutista das monarquias, as tradições republicana e monárquica não são excludentes entre si, por não se estruturarem no mesmo critério. O republicanismo, podendo ser entendido como teoria política da liberdade induz ao reconhecimento dessa teoria como modelo político em que se verifica uma ausência de dependência da vontade arbitrária de outros indivíduos, bem como uma submissão somente a leis elaboradas com fundamento na participação política.

O entendimento apresentado parte do mesmo significado atribuído por Cícero ao termo 'república' tomando por elementos de contraposição a noção de público (comum) e de privado (particular):

O público diz respeito ao bem do povo, que não é uma multidão qualquer de homens, mas sim um grupo numeroso de pessoas associadas pela adesão a um mesmo direito e voltadas para o bem comum. Para Cícero, povo é uma sociedade organizada que se edifica pela comunhão de interesses, o que pressupõe uma identidade coletiva, e um consenso sobre as regras de justiça que irão orientá-los. (LAFER, 1991, p. 17)

Em comunhão ao entendimento proposto pelo professor Marcelo Cattoni (2003) a tradição política republicana faz remissão à figura de Aristóteles, através da filosofia romana republicana e do pensamento italiano do Humanismo Cívico. A transposição dos elementos do republicanismo cívico para a linguagem moderna do jusnaturalismo foi formulada por Jean Jacques Rousseau, maior exponencial da tradição republicana moderna, influenciando grandes nomes da revolução francesa e americana.

Entre os defensores contemporâneos dos ideais republicanos citam-se Chales Taylor, Alasdair McIntyre, Michael Perry e Frank Michelman.

O liberalismo é tradição política que frequentou grande parte dos quatro últimos séculos da história da humanidade, sendo embrionário da doutrina e dos esforços intelectuais em reação às guerras religiosas que marcaram a Europa nos séculos XVI e XVII, assumindo marcante influência também no movimento revolucionário francês em desfavor da antiga ordem política. É uma teoria política com base na garantia do exercício das liberdades individuais, confrontante às ingerências e atitudes coercitivas estatais.

Giovanni Sartori (1994, p. 70) dispõe que o liberalismo pode ser considerado, muito simplesmente, como a teoria e a prática da defesa jurídica, através do Estado constitucional, da liberdade política individual, da liberdade individual.

Segundo entendimento apresentado pelo professor Marcelo Cattoni, a tradição político liberal assume como marcos teóricos as figuras de John Locke, Immanuel Kant, Emmanuel Sieyes, Thomas Paine, Benjamin Constant, e John Stuart Mill. Contemporaneamente, têm-se como os principais autores liberais Isaiah Berlin, John Rawls, e Ronald Dworkin, sendo de responsabilidade de John Rawls o soerguimento das discussões entre republicanos e liberais.

Conforme mencionado, apesar de concorrentes, as tradições do pensamento político moderno indicam fatores de convergência, entre estes a concepção da construção de um contrato social como instrumento de efetivação do valor liberdade, assumido com características pertinentes em qualquer das duas correntes teóricas.

O que o empirismo político característico das análises de Bobbio não deixa ver é justamente o aspecto normativo da exposição tanto de Locke, quanto, e fundamentalmente, de Rousseau, acerca do pacto social: com esse se funda a organização política, através da institucionalização político-jurídica de direitos que passam a ser reciprocamente reconhecidos, desde o início, quando da passagem do 'estado de natureza' para o 'estado civil'. (BOBBIO apud CATTONI, 2003).

Do Contrato Social, principal obra de Rousseau, representa uma proposta acerca da organização política legítima; sendo a figura do contrato representativa de um elemento indispensável para assegurar e realizar direitos.

Não há uma organização política que, não tendo sido erguida em respeito à liberdade e à igualdade civis, exerça um domínio legítimo sobre os homens. Somente um Pacto ou Contrato social que, ao contrário de Hobbes, e num certo sentido na linha de Locke, não aliena a um Leviathan, mas transforma e assegura, os direitos naturais, poderá fundar uma organização política legítima. (CATTONI, 2003).

Apesar dos elementos de convergência demonstrados, Rousseau, teórico da linha republicana, discorda fundamentalmente de John Locke, teórico da linha liberalista, acerca do conceito de liberdade.

Jean- Jacques Rousseau, na linha da tradição republicana, compreende o direito à liberdade como direito à autodeterminação política, que se realiza através do exercício da liberdade civil e da soberania do povo, na construção de uma comunidade ou 'corpo' ético político, enquanto John Locke, como autor do liberalismo, compreende o direito de liberdade fundamentalmente como autodeterminação privada quanto à propriedade e à felicidade, a ser assegurado juridicamente frente aos outros indivíduos e à própria organização político- estatal. (CATTONI, 2003).

A divergência aponta de forma inequívoca para os conceitos de liberdade positiva e de liberdade negativa, adotados como forma simplificada de distinção entre as referidas correntes teóricas do pensamento político moderno.

O liberalismo entende a liberdade como ausência de interferência; a democracia identifica a liberdade no poder que o cidadão tem de estabelecer leis a si próprio e de não obedecer a outras normas além daquelas estabelecidas a si próprio (...) ao contrário, o republicanismo identifica a verdadeira liberdade na ausência de dependência da vontade arbitrária de um homem ou alguns homens. (BOBBIO; VIROLI, apud NUNES, 2007, p. 68).

No pensamento republicano, a liberdade dita positiva, verifica-se institucionalizada, no âmbito da comunidade política como liberdade civil para uma plena participação política em benefício da *polis*, resgatando a concepção de virtude cívica; o indivíduo age em prol da coletividade, prestigiando a noção de *communis utilitatis*.

Na linha do pensamento liberal, a liberdade dita negativa remete à noção de não submissão do indivíduo a qualquer espécie de intervenção, de forma que sua institucionalização se dá no plano da comunidade política da mesma forma que na concepção anterior, porém através do reconhecimento estatal da existência intransponível de uma esfera privada, representativa da separação entre Estado e sociedade).

Para Locke e Rousseau, o contrato social que constitui a organização civil, ou sócio-política, a constituição do Estado ou a constituição política, tem finalidades comuns e finalidades diferentes. Para ambos, é a forma de se assegurar efetiva e legitimamente os direitos naturais dos indivíduos. Mas em Locke o contrato ou pacto fundamental tem por finalidade criar uma organização social através da qual o indivíduo, compreendido antes como sujeito de direitos privados do que como cidadão, possa exercer com segurança e sem interferências os seus direitos à vida, à liberdade privada e, principalmente, aos bens a que chama 'propriedade'. (CATTONI, 2003).

Passemos a contrapor as tradições políticas do pensamento moderno. Os republicanos assumem como premissas de sua construção teórica as seguintes proposições: i) o cidadão é definido em relação à comunidade política; ii) estes devem ser ativos e buscar a construção de sua cidadania através da participação política; iii) a liberdade consiste na ausência de dependência da vontade arbitrária de outro indivíduo; iv) indivíduos virtuosos são aqueles dispostos a lutar pela coisa pública.

Segundo Lafer (1991, p. 17) o que vincula o grupo de pessoas denominado povo (principal destinatário da *res publica*) é o *consensus juris* (consenso do direito) e a *communis utilitatis* (bem comum).

Em contraponto, os liberais têm como premissas proposições da seguinte natureza: i) o indivíduo precede a sociedade política; ii) este indivíduo (atomizado) é visto como movido por interesses, mostra-se competitivo e pluralista; iii) os indivíduos se relacionam com o governo através da representação política; iv) a democracia, enquanto estado de direito é marcada pela precedência da legalidade em relação à legitimidade.

John Locke defende que a liberdade negativa deva ser concebida como instrumento de restrição à atuação do Estado, existindo apenas para garantir a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, de forma que o contrato social

denotaria a forma pela qual o corpo político asseguraria a liberdade individual e do conjunto de governados face ao soberano.

O pacto fundador da estrutura política também é elemento que indica divergências entre as correntes teóricas do pensamento político. Locke na linha do pensamento liberalista indica uma distinção entre o pacto fundamental que institui o governo, e o processo eleitoral de escolha dos representantes. Importante mencionar que dentro da própria concepção do pensamento liberal emergem divergências entre seus principais expoentes, senão vejamos:

Hobbes, defensor da estrutura monárquica absolutista, aduz que o contrato é responsável por fundar a sociedade civil, fazendo com que os homens abandonem o 'estado de natureza'. No estado de natureza, os homens cientes das limitações físicas que o meio impõe às satisfações de seus desejos, que são ilimitados, lutam entre si para realizá-los. Tal é o contexto da luta de todos contra todos. O caos reina e o medo da morte violenta faz com que os homens pactuem e abram mão de sua liberdade e concebam o 'Leviatã', um ente supremo que paire acima dos Homens, monopolize a violência e traga a ordem na convivência coletiva. (NUNES, 2007, p. 69)

Conforme entendimento do professor Marcelo Cattoni, em sentido contrário, Rousseau concebe tanto o pacto fundador quanto o processo político e o processo eleitoral de modo diverso.

O contrato social, enquanto constituição política, consubstancia a formação de um corpo político que, através da comunhão de seus membros (*fraternité*), exerce o direito comunitário à autodeterminação, em busca da realização da felicidade, da autorrealização ética. (CATTONI, 2003).

Em continuidade, tem-se que para os teóricos republicanos adeptos à mesma linha de pensamento de Rousseau, não subsistem condições de sustentação da existência de um governo representativo, na forma proposta por John Locke em sua concepção de pacto eleitoral, uma vez que a soberania não podendo ser objeto de alienação, não permite também representação; de forma que se sustenta a existência no Estado de um único contrato, o próprio pacto fundamental.

A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio- termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada

podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. (ROUSSEAU apud CATTONI, 2003).

Outro elemento de divergência entre as concepções teóricas contrapostas é a noção de política ou mesmo de processo político. Na linha do pensamento liberalista, partindo da noção de processo eleitoral como instrumento de programação da sociedade para o atendimento aos interesses da sociedade (indicação de representantes), a política teria uma função de agregar interesses particulares em objetivos majoritários e encaminhá-los aos órgãos competentes. O processo eleitoral, nesse contexto teria função de legitimação do exercício do poder político.

Contrapondo aos argumentos apresentados, para a corrente teórica republicana a política transcenderia a esta função de mediação social, sendo prioritariamente:

(...) constitutiva dos processos societários em geral: é a forma em que se reflete a vida ética real, o meio através do qual os indivíduos solidariamente se tornam conscientes de que dependem uns dos outros e, agindo como cidadãos, modelam e desenvolvem suas relações de reconhecimento recíproco, transformando-se numa associação de co-associados livres e iguais perante o Direito. (CATTONI, 2003).

Maurizio Viroli sustenta que o indivíduo deve assumir comportamentos republicanos mesmo em sua esfera de relações privadas, mantendo relações simétricas perante outros indivíduos, assumindo sempre valores que possam ser coletivizados.

Viroli não concebe a política apenas como disputa de poder. Podemos dizer que este pensador vislumbra a formação de um *ethos*, onde a ação política será pautada pelo zelo com a coisa pública e o respeito mútuo entre os cidadãos da *polis*. O poder nas repúblicas é ascendente, ou seja, constrói-se de baixo para cima. Os cidadãos conferem legitimidade ao governante e este deve ser responsivo aos cidadãos. A lei deve pautar a vida na república e os cidadãos devem ter amor à lei. Ademais, a lei deve funcionar como mecanismo para corrigir as injustiças promovendo a igualdade de condições, possibilitando que todos os cidadãos da república sejam livres, independentes e autônomos, que nenhum cidadão tenha que submeter-se à vontade de outro. (VIROLI apud NUNES, 2007, p. 75).

Segundo Cattoni (2003) a noção de cidadania para o liberalismo é determinada pela construção de direitos negativos perante a figura do Estado, de forma que estas mesmas garantias constituem objeto de proteção estatal desde que seu exercício esteja compreendido nos limites formalmente impostos; sendo indicativos dessa concepção direitos como os relacionados à liberdade, à propriedade, ao voto. O processo democrático se daria sob estas premissas como uma forma de tabulação de compromissos entre interesses divergentes, sendo a igualdade civil representada pelo direito geral e igualitário de voto.

Com base na linha do pensamento republicano, os direitos políticos representativos da noção de cidadania indicam uma maior amplitude em relação aquela atribuída pela corrente liberalista, não se limitando às garantias de liberdades negativas, mas sobretudo de liberdades positivas, fundadas na noção de participação política na tomada de decisões relacionadas à comunidade.

Pelo princípio do autogoverno, para que haja acesso de todos aos bens, é preciso compreender que quando todos mandam, todos igualmente obedecem, e, por conseguinte, devem saber cumprir a lei que emana de sua própria vontade. (RIBEIRO, 2001, p. 22).

A comunidade como corpo político soberano tem a prerrogativa de criar as suas próprias leis e direcionar a vida em comum em torno da coisa pública. Essa universalização da participação na constituição da república e criação de leis para sua conservação garante a realização da liberdade. (CARDOSO, 2004, p. 53).

Em um contexto republicano, seria incorreto conceber o processo político meramente como um simples entrelaçamento entre Estado e sociedade, ou mesmo como um instrumento de fiscalização e controle da atuação do ente público. Adotando o entendimento de Felipe Nunes que parte das colocações propostas por Maurizio Viroli, os cidadãos conferem legitimidade aos governantes e estes devem ser responsáveis com relação aos primeiros.

Por sua vez Habermas citado pelo professor Marcelo Cattoni (2003) manifesta-se aduzindo que a razão de ser do Estado não reside fundamentalmente na proteção de direitos privados iguais, mas sobretudo na garantia de uma formação abrangente da vontade da coletividade.

Um governo republicano nunca estaria somente incumbido de exercer um mandato amplamente aberto, como no modelo liberal, mas também obrigado programaticamente a cumprir certas políticas, permanecendo ligado à comunidade política que se autogoverna. (CATTONI, 2003).

O conceito de formação democrática que sob a concepção liberalista indica uma forma de legitimação do poder exercido em razão da representação correlativa ao processo eleitoral, na concepção republicana consiste na formação de um consenso estabelecido sob a forma de discurso ético-político entre o conjunto de cidadãos.

Conforme sustenta o professor Marcelo Cattoni (2003), tanto a tradição liberal quanto a republicana pressupõem uma visão de sociedade centrada na figura do Estado, contudo os papéis por ele desempenhados é que indicam divergências segundo as perspectivas de cada uma das respectivas correntes.

A constituição para os republicanos, segundo Cattoni (2003) deve ser compreendida como materialização dos valores empreendidos como relevantes em relação à identidade ética de uma sociedade política, bem como de sua estrutura organizacional. Em contraponto, os liberais a percebem como um instrumento de viabilização do governo, compatibilizando poder político e interesses sociais diversos.

Postos de forma ordenada os pontos de aproximação e de divergência entre as teorias políticas do pensamento moderno, fundamentais à construção das estruturas políticas dos últimos séculos, resta imperioso identificar no próximo capítulo a possibilidade real ou aparente de incidência conjunta, em um mesmo programa sistematizado de normas jurídicas, de dispositivos apresentando características estruturais antagônicas, republicanas e liberais; aproveitando o ensejo para uma análise pontual da carga simbólica atribuível a grande parte destes dispositivos.

3. A DIMENSÃO SIMBÓLICA DA LEGISLAÇÃO

Postos diante da efetiva carga normativa constante nos dispositivos da Constituição Federal, em certa medida, a discussão amparada na distinção entre normas com viés liberal ou republicano torna-se inócua, restando

justificada tal perspectiva a partir do reconhecimento do significado social e político do texto constitucional, ou seja, de sua função hipertroficamente simbólica.

Tomando por marco referencial essa dimensão de relação inversa à concretização normativa dos textos constitucionais é possível sustentar a desnecessidade de criação de teorias que intentem promover uma compatibilização de normas liberais e republicanas no mesmo contexto normativo, qual seja, o texto constitucional brasileiro.

Em verdade, tomadas por sua dimensão hipertroficamente simbólica, dispositivos normativos aparentemente contraditórios que têm por premissa as discutidas teorias modernas do pensamento político, em verdade perdem essa noção de confronto quando observadas sob sua dimensão de concretização normativa.

É possível admitir sob tais premissas que dispositivos preliminarmente observados como representativos da corrente liberal, ou mesmo da corrente republicana, no momento de sua aplicação normativo-jurídica não alcançam ou mesmo não intentam faticamente alcançar resultados compatíveis à sua estrutura ideológica, servindo tão somente como estrutura de estabilização do poder político propondo atendimento formal aos anseios dos destinatários das normas politicamente produzidas.

O presente trabalho assume por perspectiva analisar especificamente os dispositivos constantes do art. 1º, parágrafo único; art. 5º, *caput*; e art. 5º, II da Constituição Federal de 1988 dispendo sobre o reconhecimento de suas premissas teóricas e a correspondência destes valores implícitos dado o contraponto entre a concretização normativa destes dispositivos e seu efeito hipertroficamente simbólico.

Sob esta perspectiva, importante se faz a investigação sobre a veracidade do argumento anteriormente apresentando, segundo o qual no texto constitucional brasileiro convivem harmonicamente dispositivos normativos que assumem pressupostos liberais e pressupostos republicanos. Dada a função simbólica do texto constitucional essa assertiva evidencia-se em algo um tanto quanto incerto.

O professor Marcelo Neves (2007), em sua obra '*A Constitucionalização Simbólica*' traça claramente as questões acerca do simbolismo assumido por

textos normativos, em especial aqueles de cunho constitucional, dispendo dessa forma quanto a delimitação semântica daquilo que pode ser entendido por simbolismo normativo:

A legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental. (NEVES, 2007, p. 23).

A princípio, pode parecer que os efeitos simbólicos dos textos normativos são eminentemente prejudiciais ao alcance de determinados comportamentos, tendo por premissa este como o único objetivo das leis; contudo tal compreensão apresenta-se demasiadamente simplista, em especial diante do reconhecimento de que um grande número de leis serve apenas como instrumento de codificação de normas sociais reconhecidas.

Segundo Luhman citado por Marcelo Neves (NEVES, 2007, p. 29) a sociedade mesma não pode ser conceituada tão-só a partir de sua constituição jurídica; o direito, assim como a política, é apenas um momento estrutural entre outros.

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (...) o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p. 31)

Define-se então a legislação simbólica não no momento de produção legislativa, ou seja, a partir das intenções do legislador, sendo contudo possível sua concepção nessa ocasião quando o trabalho técnico legislativo de produção normativa não tem correspondência à tomada de providências quanto aos pressupostos para sua implementação.

Partindo dessas primeiras considerações viabilizam-se algumas observações já fundadas sobre os dispositivos constitucionais em análise, quais sejam, os constantes do art. 1º, parágrafo único; art. 5º, *caput*; e art. 5º, II da Constituição

Federal de 1988. Conforme salientado nas linhas iniciais da presente discussão, tanto o preâmbulo constitucional quanto as disposições do art. 5º, *caput*, assumem diretamente feições da teoria liberalista do pensamento político, especialmente por enfatizarem a noção de direitos individuais tomados a partir de liberdades negativas ante as ingerências estatais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...). (BRASIL, 2007, p. 07).

Tendo a conjuntura social brasileira como instrumento de análise, o efeito simbólico dos dispositivos normativos de cunho ideológico liberalista, tais como o acima transcrito ou outros que lhe sejam conexos (art. 5º, XXII), pode ser constatado pela medida da garantia de fruição material das liberdades negativas neles inscritas. Os direitos à liberdade, à livre iniciativa, à propriedade, entre outros, são tidos por direitos fundamentais de cunho historicamente liberal, dotados de carga valorativa tendente a rechaçar qualquer atuação estatal em seu detrimento.

Sob essa perspectiva, há que se observar a existência de condicionamentos estatalmente estabelecidos à fruição destas mesmas garantias, ou seja, as liberdades negativas, apesar de formal e normativamente estabelecidas, a partir das ingerências estatais limitadoras não atingem concretização normativo-jurídica que permita afastar a constatação de presença de indícios de uma legislação meramente simbólica.

A legislação simbólica assume, segundo lição de Kinderman, citado na obra de Marcelo Neves, uma tipologia baseada em um modelo tricotômico, cuja sistematicidade permite que sejam alcançados relevantes efeitos teóricos: seriam os casos de legislação simbólica que tenha como conteúdo a confirmação de valores sociais; a demonstração da capacidade de atuação do Estado e o adiamento da solução de conflitos sociais por meio dos compromissos dilatatórios.

A legislação simbólica enquanto legislação-álibi pode pressupor adoção pelo legislador de tentativas de estabelecimento de laços de confiabilidade

mais fortes entre governantes e cidadãos, produzindo segundo Marcelo Neves (2007, p. 36) confiança nos sistemas político e jurídico.

O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. (...) Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (NEVES, 2007, p. 36/37).

A leitura do momento constitucional brasileiro em 1988 não pode assumir outra feição, o processo político caminhava a partir da ruptura com o regime autoritário que por décadas imprimiu restrições àqueles direitos que seriam discutidos e inseridos na condição de normas jurídicas no contexto da nova ordem constitucional instalada; contudo o processo deixou de premiar condições básicas essenciais à concretização jurídico-normativa dos referidos direitos: a existência de pressupostos socioeconômicos e políticos à implementação das garantias tornadas compromissos normativos; e a necessidade concomitante de atendimento às expectativas dos cidadãos e de supressão das pressões políticas sobre a figura do Estado.

O resultado da conjugação destes elementos é exatamente a constatação da função hipertroficamente simbólica dos dispositivos constitucionais, sejam aqueles de cunho liberal ou de cunho republicano. Sobre os efeitos negativos que decorrem de tal condição, Marcelo Neves disserta:

A legislação álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais (...). Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. (...) Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente, conforme o respectivo texto legal. (NEVES, 2007, p. 39).

Essencialmente, os compromissos normativos garantidores de liberdades positivas, quando inexistentes os pressupostos necessários à sua implementação, tendem a denotar essa natureza hipertroficamente simbólica,

constituindo uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando função meramente ideológica.

Contudo o emprego frequente dessa sistemática conduz à condição de descrença social nos sistemas político e jurídico, situação observável na conjuntura social brasileira, em especial diante da intitulada crise da democracia representativa.

Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos. (KINDERMAN apud NEVES, 2007, p. 40/41).

Segundo Marcelo Neves (2007, p. 51) a legislação simbólica poderia ser caracterizada por sua condição normativamente ineficaz, ou seja, o programa condicional formulado entre norma primária e norma secundária não se concretiza regularmente, não bastando para a caracterização a ausência de realização do programa finalístico (vínculo instrumental meio-fim); dessa forma, sendo a norma jurídica eficaz, ou seja, observada, aplicada e executada cumpre-se a concretização normativa do texto legal, descabendo-se tratar de legislação simbólica, mesmo não havendo realização dos fins propostos pela norma (inefetividade).

Nessa linha de entendimento, a função hipertroficamente simbólica da legislação não é mensurada a partir do grau de ineficácia da norma, ou seja, não se dá pela intensidade da não realização de sua concretização normativo-jurídica, mas basicamente pela ausência de vigência social da norma. Constituem funções do sistema jurídico a modulação de condutas e o atendimento às expectativas sociais, cabendo o descumprimento da primeira função a uma análise de ineficácia e o descumprimento da segunda função a uma análise de ausência de vigência social.

Embora a eficácia seja mensurável, a vigência não pode ser medida através de um cálculo de vinculatoriedade baseado na quota de eficácia; apesar de sua relatividade no sentido sociológico, a vigência do direito é um problema que se encontra no plano do vivenciar, ao contrário da questão da eficácia, que emerge no plano do agir. O fato de que a vigência (social) não pode ser reduzida a uma função da quota de eficácia não exclui que essa quota condicione a vigência das normas jurídicas e vice-versa, pois nenhum vivenciar é acessível sem o agir, nenhum agir é compreensível sem consideração do vivenciar do agente. (LUHMAN apud NEVES, 2007, p. 52).

Ainda subsumindo-se à compreensão de Luhman (NEVES, 2007, p. 53) acerca das funções assumidas pelo direito, tem-se que um elevado grau de ineficácia das normas jurídicas conduz concomitantemente ao não atendimento das expectativas normativas, haja vista tratar-se de relações recíprocas. Esse não atendimento às expectativas normativas dá ensejo a falta de vigência social do texto normativo. Nessa hipótese, somadas a incapacidade de direção de condutas e de assecuração às expectativas normativas, tem-se o que Luhman considera como ausência de normatividade do texto normativo, legislação simbólica segundo Marcelo Neves.

Transpostos os elementos necessários ao reconhecimento da legislação simbólica, cabe passar a análise dos demais dispositivos normativos preliminarmente referenciados, ou seja, aos artigos 1º, parágrafo único; e 5º, II, ambos da Constituição Federal de 1988. Em contraposição ao argumentado, os referidos dispositivos constitucionais assumem notória feição republicana, especialmente pela disposição acerca da fonte de legitimidade do poder político do Estado, bem como da vinculação do indivíduo somente às restrições impostas especificamente por diploma normativo regularmente editado.

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2007, p. 07).

Viroli citado por Felipe Nunes (2007, p. 71) sustenta que a realização da liberdade política, na concepção republicana, pressupõe oposição à interferência, à coerção, bem como à dependência, pela razão de que a condição de dependência é um constrangimento de vontade e, portanto uma violação da liberdade.

Conforme sustentado, apresentam-se como condicionantes do pensamento republicano a ausência de submissão do indivíduo a leis não arbitrárias, assim como a busca e preservação do bem comum, de forma que ambos os elementos são viabilizados através da efetiva participação política dos cidadãos. A noção de construção de liberdades positivas, em contraponto àquelas negativas próprias ao liberalismo, pressupõe comportamento do Estado na consubstanciação do princípio da isonomia, resguardando minimamente condições de igual acesso às oportunidades.

A crítica contrapondo os referidos dispositivos normativos republicanos ao conceito de legislação simbólica apresenta a princípio uma confrontação do art. 1º, parágrafo único, com o dispositivo ao art. 60, §4º, ambos da Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional expressamente esclarece sobre a fonte de legitimidade do poder político do Estado, atribuindo a integralidade desse poder à figura do povo; da mesma forma e, em sentido contrário condiciona o exercício desse mesmo poder, impondo limites ao exercício do Poder Legislativo, englobando inclusive o exercício referente ao poder de reforma do texto constitucional.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 2007, p. 07).

Impõem-se restrições ao exercício do poder político popular também nos dispositivos do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal; e do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil especificamente com relação à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Contudo, é preciso compreender que a contradição firmada no contexto dos dispositivos constitucionais induz ao reconhecimento da função hipertroficamente simbólica da norma contida no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988. O conteúdo normativo do dispositivo não

demonstra restrições dimensionais, de forma que em sendo o povo reconhecido como titular originário do poder político, não são coerentes as imposições limitativas ao referido exercício conforme pretendem o art. 5º, XXXVI; e art. 60, §4º em nível constitucional; bem como o art. 6º da LICC em nível infraconstitucional.

O atendimento às restrições constitucionais ou infraconstitucionais retira do dispositivo do art. 1º, parágrafo único, sua possibilidade de concretização normativo-jurídica, isso porque sob uma perspectiva republicana (fundamento do dispositivo), liberdade política pressupõe oposição à interferência e à dependência; sendo tais restrições indicadas por determinado grupo de indivíduos em dado momento histórico, e restando inviabilizada a intenção de reformulação destas limitações pela participação popular, tem-se uma contradição irreparável que induz ao reconhecimento de fortes indícios de ausência de concretização jurídico-normativa do texto constitucional e em consequência de uma função hipertroficamente simbólica.

Observa-se outro exemplo de sobreposição da função simbólica da legislação com a conjugação da parte final do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, segundo a qual o poder político pertencente ao povo seria exercido por meio de representantes eleitos, com o disposto no art. 5º, II, também do texto constitucional, indicando como condutas admitidas ou obrigatórias somente aquelas, respectivamente não vedadas ou previstas em lei.

Segundo o entendimento de Niklas Luhman citado por Marcelo Neves (2007, p. 79) as disposições constitucionais referentes ao sufrágio universal teriam por objetivo assegurar a independência do eleitor e imunizar o procedimento eleitoral contras as diferenças de status e opinião.

Marcelo Neves (2007) aduz à imperiosidade do processo de eleições democráticas como elemento restritivo à identificação excludente dos sistemas político e jurídico com interesses de grupos sociais privilegiados, condição que seria inadequada à complexidade da conexão de expectativas e interesses constitutivos da sociedade.

Evidentemente, para que a eleição atue como mecanismo de apoio generalizado e de diferenciação do sistema político, imunizando-o dos bloqueios particularistas, não é suficiente a existência de um texto

constitucional que preveja o procedimento respectivo. Através da experiência dos países periféricos, demonstra-se, muito claramente, em que ampla proporção, por falta de pressupostos sociais, as normas constitucionais sobre procedimento eleitoral são deformadas em seu processo de concretização, como ocorre tipicamente no caso brasileiro. (NEVES, 2007, p. 80).

O republicanismo impõe a efetiva participação política dos indivíduos na formação do *consensus juris*, ou seja, na busca da construção de uma identidade coletiva que promova um verdadeiro consenso sobre as regras de justiça aplicáveis a si próprios. O exercício representativo do poder político não é suficiente ao reconhecimento da legitimidade substancial das ingerências estatais promovidas em detrimento das liberdades individuais.

(...) de um ponto de vista republicano, o objetivo de uma comunidade, o bem comum, substancialmente consiste no sucesso de seu empenho político por definir, estabelecer, efetivar e sustentar o conjunto de direitos melhor ajustados às condições e costumes daquela comunidade. (HABERMAS, 1995, p. 42).

Segundo Cardoso (2004, p. 53) a comunidade como corpo político teria a prerrogativa de criar suas próprias leis, de forma que justamente essa universalização da participação popular na criação das leis (formas consentidas de mitigação e direcionamento de condutas) representa a garantia de realização das liberdades individuais.

O simbolismo da legislação constitucional, sob este parâmetro representativo, estaria na insuficiência dos instrumentos de participação popular, seja quanto ao direcionamento ou quanto ao controle efetivo das atividades legislativas desenvolvidas pelos representantes eleitos. Esse distanciamento institucionalizado entre titulares legitimados e usuários temporários dos poderes políticos conduz a reconhecida crise da democracia representativa, que impõe reflexos à concretização jurídico-normativa de dispositivos legais que flagrantemente não representam os anseios da coletividade.

Rousseau citado por Marcelo Cattoni (2003) já sustentava a impropriedade do exercício representativo do poder político sob a perspectiva republicana:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio- termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. (ROUSSEAU apud CATTONI, 2003).

No contexto brasileiro, além do reconhecido estado de descrédito junto aos ocupantes de cargos políticos elegíveis, e da descrença geral da sociedade diante das perspectivas de mudança do quadro apresentado pelos processos de renovação eleitoral, observam-se ainda, talvez como consequência das condições anteriormente apresentadas, as chamadas *'leis que não pegam'*, não obstante o cumprimento regular do procedimento legislativo.

Essa condição de ineficácia e de concomitante inefetividade de determinadas normas jurídicas conduzem ao processo de ausência de concretização normativa por falta de vigência social, ou seja, os textos legais por não pressuporem participação popular e convergência de interesses não assumem condições materiais de modular condutas e nem mesmo atendem às expectativas sociais, ensejando o reconhecimento de sua função hipertroficamente simbólica, com viés eminentemente negativo sob o ponto de vista normativo-jurídico.

A discussão até então estabelecida entre liberais e republicanos, sua convergência a pontos comuns e sua divergência fundada sobre a construção do conceito de liberdade, bem como a possível convivência de seus dispositivos em idênticas estruturas normativas, perde sensivelmente a pertinência a partir da análise da possível função hipertroficamente simbólica assumida pelo texto legal.

Mesmo que específicos dispositivos normativos pressuponham a adoção de uma ou outra ideologia do pensamento político moderno, mas a verificação de sua concretização normativo-jurídica resta prejudicada, seja pela ausência de pressupostos para sua materialização, seja por falta de vigência social, constata-se a função hipertroficamente simbólica do texto legal. Por condição lógica, essa inefetividade induz à conclusão de que as condições formais de distinção entre os pressupostos ideológicos são desimportantes, não sendo

considerável a contradição entre tais dispositivos, por absoluta ausência de conteúdo material, ou seja, o texto legal não produz qualquer efeito jurídico, é comando vazio no ordenamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos conclusivos, tem-se que a tradição republicana concede relevo à autonomia pública, observando-a como instrumento de realização ética da comunidade, pressupondo a construção de uma identidade ética a partir da conjugação da efetiva participação popular nas decisões coletivas e da busca e preservação daquilo que se entende por bem comum. Segundo Marcelo Cattoni (2003) as normas constitucionais configurariam expressão da autonomia política do povo, sendo a democracia forma política de realização de suas pretensões através do processo dialético entre os cidadãos.

Por seu turno, o pensamento liberalista concede relevo à autonomia privada, campo de efetivação da autonomia e de realização das escolhas racionais dos indivíduos; enfatizando direitos de ordem pré-normativa, concebidos a partir da noção de liberdades negativas ante a atuação estatal. Marcelo Cattoni (2003) pressupõe Constituição como instrumento de governo e democracia como processo de estabelecimento do exercício de um governo legitimado por decisão da maioria.

A Constituição Federal de 1988 formalmente apresenta em seu conteúdo normatizado contribuições de ambas as teorias políticas do pensamento moderno, sendo inclusive viável a identificação específica de determinados dispositivos com as premissas de alguma das teorias em discussão, sendo exemplo dessa assertiva a possível identificação do art. 1º, parágrafo único; e art. 5º, II com os ideais republicanos; bem como do art. 5º, *caput*, com os ideais liberalistas.

Em razão dessa identificação, teóricos das ciências jurídicas e sociais predispõem-se a criar modelos de compatibilização entre os fundamentos filosóficos de diversos dispositivos do texto constitucional, não olvidando que a coexistência de premissas teóricas tão dissonantes em um mesmo texto pressupõe a existência de pontos de convergência. Nas tradições republicanas e liberais, a premissa de equilíbrio pode ser verificada no compartilhamento da

ideia – não obstante sua interpretação em sentido contrário – de que todos os cidadãos são livres e iguais, e que Constituição e regime político democrático pressupõem a constitucionalização de direitos e garantias fundamentais.

Contudo, a identificação dos dispositivos constitucionais com esta ou aquela tradição política, ou mesmo o trabalho científico de criação de teorias de acomodação das diferentes concepções no contexto de um mesmo conjunto normativo, constituem comportamentos sem perspectiva utilitária, ou seja, não atingem o propósito pretendido originariamente. Isso porque imperioso seja constatada a possível estrutura de aplicação desse conjunto de normas jurídicas na conjuntura social a que são direcionadas, ou melhor dizendo, necessário seja avaliado o grau de concretização normativo-jurídica do texto legal, seu âmbito de eficácia e de vigência social; somente a partir da produção concretizável de efeitos jurídicos é que se justifica a classificação das normas segundo o modelo teórico reconhecido.

Em termos mais claros, nenhum efeito prático pode ser observado na imposição de uma norma jurídica, que pressuponha tradição republicana, mas que não induza comportamentos ou corresponda às expectativas acerca de si própria. É o caso das normas jurídicas que assumem função hipertroficamente simbólica, não induzem à concretização dos pressupostos próprios às figuras normativas, ou ainda podem meramente instrumentalizar interesses particularizados, como é o caso da legislação-álibi e da legislação como pacto dilatatório.

Pensemos em um dado dispositivo normativo, dito construído a partir de conceitos republicanos; caso este dispositivo não corresponda a direção de condutas que busquem e protejam o bem comum, ou mesmo induza à participação política da comunidade na formulação das diretrizes de atuação dos poderes públicos, conclui-se pela falta de normatividade do dispositivo legal, bem como pela ausente possibilidade de sua concretização normativo-jurídica, assumindo o referido texto função hipertroficamente simbólica. Dada a ausente concretização normativa do dispositivo legal, inexistente também o atendimento às premissas que lhe serviram de sustentação; dessa forma indiferente se o texto possui ou não possui bases republicanas, é apenas texto formalmente legal, mas materialmente constitui proposição normativa inócua.

Por essa concepção, inviabilizada a concretização jurídico-normativa do texto legal e reconhecendo-se sua função meramente simbólica, seja pela ausência de eficácia ou mesmo de vigência social da norma, não subsistem conflitos entre normas da tradição republicana ou da tradição liberal, dado que as premissas normativas assumem também uma dimensão simbólica.

A assertiva apresentada anteriormente, segundo a qual o texto constitucional brasileiro seria constituído parcialmente por dispositivos normativos de cunho liberalista e republicano, compatibilizados democraticamente sob a égide de uma mesma carta política, resta prejudicada a partir do reconhecimento da carga simbólica de muitos destes mesmos dispositivos.

Assim sendo, os estudos fundados sobre a criação de teorias de compatibilização entre tradição republicana e liberal e seus reflexos nos textos constitucionais das sociedades modernas deve observar primariamente a condição de concretização normativa dos dispositivos analisados desconsiderando aqueles que assumem função hipertroficamente simbólica, em razão de seu inadequado enquadramento sob qualquer perspectiva das tradições do pensamento político moderno.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da República**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CARDOSO, Sérgio. **Que República?** In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Republicanism e Liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno**. Revista Eletrônica VIRTUAJUS. Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, n. 02, dez. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Revista Lua Nova, São Paulo, 1995, n. 36.

LAFER, Celso. **Ensaio Liberais**. São Paulo: Siciliano, 1991.

MELO, Marcus André. **Republicanism, Liberalismo e Racionalidade**. Lua Nova, São Paulo, 2002, n. 55/56.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Felipe; SILAME, Thiago Rodrigues. **Liberalismo versus republicanism: notas sobre o conceito de liberdade**. Revista eletrônica de Sociologia da UFSC, Florianópolis, vol. 04, nº 01, ago-dez. 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisada: as questões clássicas**. São Paulo: Ática, 1994.

RAWLS, John, **Liberalismo político**. São Paulo, Editora Ática, 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: UNESP, 1998.

TAYLOR, Charles. **Argumentações filosóficas**. São Paulo: Loyola, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O SURGIMENTO DAS CIDADES

GILBERTO RIBEIRO DE CASTRO⁶⁸

RESUMO:

O processo de surgimento das cidades acontece principalmente nos tempos Moderno, com a intensificação do comércio tanto terrestre como marítimo. Este artigo aborda a origem das cidades a partir de dois importantes autores, um argentino, José Luiz Romero e o outro europeu, o Inglês Maurice Dobb. Este procura mostrar o surgimento da vida urbana na Europa, no processo de decadência da sociedade feudal e Romero, por sua vez, expõe a formação das cidades na América Latina com a chegada dos exploradores europeus. O artigo apresenta no final, como exemplo, um caso de surgimento de uma cidade do interior de Minas Gerais, entre os séculos XVIII e XIX, tentando identificar o seu surgimento com o estudo das origens no modelo do surgimento das cidades dos autores mencionados.

Palavras Chaves: Surgimento das cidades, decadência feudal, mercadores e capitalismo.

ABSTRACT:

The process of the emergence of cities happens mainly in Modern times, with the intensification of both land and sea trade. This article addresses the origin of the cities from two important authors, one Argentine, José Luiz Romero and the other European,

⁶⁸ Mestre em Ciências Sociais. Especialista em Política Econômica. Economista. Professor da Faculdade Nova Serrana e da Universidade do Estado de Minas Gerais – Campus Divinópolis.

the English Maurice Dobb. This seeks to show the emergence of urban life in Europe in the process of decay of feudal society and Romero, in turn, exposes the formation of cities in Latin America with the arrival of European explorers. The article presents at the end, as an example, a case of the emergence of a city in the interior of Minas Gerais between the eighteenth and nineteenth centuries, trying to identify its emergence with the study of origins in the model of the emergence of the cities of the authors mentioned.

Keywords: Emergence of cities, feudal decadence, merchants and capitalism.

1 - INTRODUÇÃO

O surgimento das cidades remonta a tempos antigos. Muitas se desfizeram, outras permaneceram e se desenvolveram. As novas cidades que surgem na Modernidade estão, na sua maioria, ligadas ao incremento que o comércio obtém no processo de decadência da sociedade feudal.

A sociedade feudal europeia, que se caracterizava por um tipo de vida essencialmente rural, com sua economia baseada na produção natural de subsistência, foi aos poucos se urbanizando, em decorrência de uma produção excedente para atender a demanda que fez aumentar o comércio urbano. Esse processo de comercialização se intensificará na medida em que vão surgindo as cidades. Foi na Europa onde o incremento das cidades aconteceu primeiro.

Por outro lado, a América Latina encontrada pelos europeus, no final do século XV, vai viver um processo de colonização, conquista dos povos ameríndios e exploração de suas riquezas naturais, que também proporcionará o surgimento da vida urbana

O objetivo deste estudo é conhecer um pouco da origem das cidades na explicação de dois importantes autores, escolhidos pela referência de suas obras, nas Américas, com o argentino José Luiz Romero e na Europa, com o Inglês Maurice Dobb (1962). Este procura mostrar o surgimento da vida urbana na Europa, no processo de decadência da sociedade feudal, já Romero (1976), por sua vez, expõe a formação das cidades na América Latina com a chegada dos exploradores europeus. Ambos vão trabalhar a partir de uma explicação comum de como as cidades se originam, porém em épocas e locais diferentes.

Em seguida, será apresentado um estudo de como se originou uma cidade do interior de Minas Gerais, entre os séculos XVIII e XIX, tentando identificar o seu surgimento com o estudo das origens no modelo do surgimento das cidades dos autores acima mencionados.

O estudo do surgimento das cidades ganha sua importância, porque guarda ainda a necessidade da compreensão do fôlego da sociedade moderna capitalista, que não para de buscar novos mercados, como ainda hoje acontece, mas que não faz parte deste estudo.

O presente artigo inicia dissertando sobre a origem das cidades, destacando em seguida cada um dos tipos ou modelos de surgimento de cidades apontados pelos autores mencionados acima. Termina com a história do surgimento de uma cidade do estado de Minas Gérias, Brasil, como exemplo de um dos modelos citados.

2 - A ORIGEM DAS CIDADES

Clássicos estudos sobre história da vida dos homens em sociedade já apontavam o fundamental papel das cidades. Hubermman (1986) mencionou assim que suas origens já remontavam a idade média:

Se é fato que as cidades crescem em regiões onde o comércio tem uma expansão rápida, na Idade Média temos de procurar as cidades em crescimento na Itália e Holanda. E é exatamente onde elas surgiram primeiro. À medida que o comércio continuava a se expandir, surgiam cidades nos locais em que duas estradas se encontravam, ou na embocadura de um rio, ou ainda onde a terra apresentava um declive adequado. Tais eram os lugares que os mercadores procuravam. Neles, além disso, havia geralmente uma igreja, ou uma zona fortificada chamada 'burgo' que assegurava proteção em caso de ataque. Mercadores errantes descansando nos intervalos de suas longas viagens, esperando o degelo de um rio congelado, ou que uma estrada lamacenta se tornasse novamente transitável, naturalmente se deteriam próximo aos muros de uma fortaleza, ou à sombra da catedral. E como um número cada vez maior de mercadores se reunia nesses locais, criou-se um faubourg ou 'burgo extramural'. E não demorou muito para que o arrabalde se tornasse mais importante do que o próprio burgo antigo. ... O burgo mais antigo não se expandiu exteriormente, mas se viu absorvido pela povoação mais nova, onde os fatos se sucediam. O povo começou a deixar suas velhas cidades feudais para iniciar vida nova nessas ativas cidades em progresso. A expansão do comércio significava trabalho para maior número de pessoas e estas afluíam à cidade, a fim de obtê-lo. (HUBERMAN, 1986 : 26).

Destaca-se aqui a importância da atividade econômica para a existência da vida urbana. Mas, com o bloqueio da atividade comercial as cidades passam a ter outras funções perdendo o dinamismo urbano, como “as cidades episcopais” que segundo Pirenne (1965), eram centros de administração eclesiástica, nula do ponto de vista econômico que subsistiam da atividade essencialmente agrícola. Ainda existiam os “burgos”, que eram castelos

fortificados construídos pelos príncipes feudais, espalhados por toda Europa Ocidental. Serviam de abrigo contra invasões bárbaras subsistindo, também, da terra. No século VIII,

enquanto o comércio mediterrâneo continuava atraindo à sua órbita a Europa Ocidental, a vida urbana não deixara de manifestar-se, tanto na Gália como na Itália, na Espanha e na África. Mas quando a invasão islâmica bloqueou os portos do mar Tirreno, após ter submetido as costas africanas e espanhola, a atividade municipal extinguiu-se rapidamente. Fora da Itália Meridional e de Veneza, onde se manteve, graças ao comércio bizantino, a referida atividade desapareceu de todas as partes. Materialmente, subsistiram as cidades, porém perderam sua população de artesãos e comerciantes e, com ela, tudo quanto sobrevivera da organização municipal do Império Romano. (PIRENNE, 1965 :45).

Já para Dobb, o surgimento das cidades modernas pode ser identificado, em grande parte, com a desestruturação do feudalismo, na medida em que se constituem como

organizações corporativas, ao passarem a possuir independência econômica e política em diversos graus. ... sua existência proporcionava uma base para transações monetárias, e, por conseguinte, para pagamentos em dinheiro efetuados pelo camponês ao seu senhor (os quais, entretanto, nunca estiveram de todo ausentes durante o período feudal). Se a pressão da exploração feudal e o declínio da agricultura ajudaram a suprir as cidades com imigrantes, a existência destas como oásis mais ou menos livres numa sociedade que não era livre agia por si só como um ímã sobre a população rural, incentivando o êxodo das propriedades senhoriais para escapar às exações feudais que desempenhou papel tão poderoso na fase de declínio do sistema feudal. (DOBB, 1962 :79).

O surgimento das cidades na Europa ocorre e contribui, portanto, com o processo de decadência da sociedade feudal e, concomitantemente, com o surgimento do capitalismo. Ocorre então, em um processo natural de desenvolvimento da sociedade, do feudalismo ao capitalismo.

Já na América Latina, de acordo com Romero (1976) o surgimento das novas cidades acontecerá, de forma diferente, com a chegada do invasor europeu, principalmente o espanhol e o português, interrompendo um processo natural de desenvolvimento da sociedade em curso. Aqui viviam os povos indígenas, em sociedades primitivas com níveis de desenvolvimento desigual, como, por exemplo, as sociedades dos Incas, dos Astecas, dos Maias e dos nativos brasileiros. A chegada do Europeu interrompe esse desenvolvimento

natural a partir do processo de ocupação do território americano, quando tem início o surgimento das cidades.

Una vez alcanzadas las costas americanas y reconocido el litoral, los españoles primero y los portugueses después, comenzaron el proceso de ocupación del territorio. A partir del establecimiento de la Isabela en la Hispaniola en 1493, y a lo largo del siglo XVI, ese proceso se cumple mediante la fundación de numerosas ciudades, actos políticos que desde el primer momento se formalizan. (ROMERO, 1976 : 45).

O objetivo dos europeus na América era a busca de riqueza, como diz Romero: “chegar, apropriar-se da riqueza e voltar”. Todavia, nem toda riqueza estava ao alcance das mãos, foi necessário criar as condições para produzi-las. Através do trabalho organizado os europeus poderiam se dedicar à plantação da cana-de-açúcar, à criação de gado e a exploração de minas. Esse trabalho exigia muita mão-de-obra, o que os europeus encontraram inicialmente nos nativos e posteriormente com a importação da mão de obra escrava africana.

La dominación de las poblaciones aborígenas tenía muchos matices y había que elegir una conducta: o someterlas para que sirvieran como mano de obra en el plan de producción de riquezas, o protegerlas y evangelizarlas. Acaso las dos, combinadas y justificadas con argumentos que concluyeron por parecer válidos. Pero en última instancia ningún europeo dudó de que era un conquistador, con todos los derechos que da la victoria: y en este caso era una victoria sobre infieles, como las que antes había obtenido sobre los musulmanes. La ciudad fue europea en un mundo poblado por otras gentes y con otra cultura. (ROMERO, S.d. : 46).

A seguir, vamos ver as formas como as cidades vão se formar tanto na Europa na visão de Maurice Dobb, quanto nas Américas na visão de José Luis Romero.

2.1 CIDADES QUE FORAM ERGUIDAS EM CIMA DE RUINAS DE CIDADES ANTIGAS

Dobb trabalha com várias hipóteses da origem de cidades, pois ele acredita que a forma como estas comunidades urbanas da Idade Média surgiram não estão claras e é uma discussão cheia de controvérsias. Todavia, existe a possibilidade de que uma ou duas cidades medievais tenham dado continuidade às antigas cidades romanas. Estas cidades romanas, em geral, foram literalmente devastadas ou quando não destruídas e abandonadas, sendo possível que Londres e Canterbury tiveram tal destino, fato que requer mais explicação, segundo o autor.

Romero, por sua vez, afirma que na América algumas cidades foram levantadas em cima de cidades indígenas. Duas delas impressionaram bastante os espanhóis: cidade do México e Cuzco. A cidade foi destruída e sobre ela surgiu outra cidade de estilo europeu. A nova México, segundo Romero, foi traçada como um quadrilátero; um templo cristão foi erguido em cima de um santuário indígena; novas construções foram levantadas sobre velhas pedras e os monumentais edifícios indígenas. Cuzco não foi diferente, pois esta rica cidade indígena deixou pasmos os europeus, chegando a dizer que esta cidade deve ter sido fundada por pessoas de grande conhecimento. Romero (1976) destacava ainda que nessas cidades haviam grandes ruas, “apesar de estreitas, as casas feitas de pedras tão bem feitas que embeleza os edifícios, pois são pedras muito grandes e bem assentadas”, cita Romero (1976 :47).

A cidade que sofreu os estragos da guerra foi reedificada e novamente fundada em 1534, por Don Francisco Pizarro, em nome do imperador Don Carlos, como relata o autor. Além dessas duas cidades importantes muitas outras como Bogotá, Quito, Huamanga, Mendoza e até mesmo São Paulo, no Brasil, de certo modo, como diz o autor, também se incluem nesta modalidade. (ROMERO, 1976)

2.2 AS CIDADES QUE COMEÇARAM A PARTIR DE UM FORTE – A CIDADE-FORTE –

Na sociedade feudal existiam aldeias rurais fortificadas, ou seja, cercadas por muros para proteção de seus habitantes. Mesmo Dobb (1962), enquanto trabalha com hipóteses, relata argumentos indicando que o desenvolvimento das cidades ocorreu também a partir de um aumento da população destas aldeias, e que cresceram além dos muros, dando continuidade entre a comunidade aldeã e a urbana.

Como a cidade cresceu dentro da estrutura da sociedade feudal, seus habitantes mantiveram certas relações de dependência para com um senhor, e a qualificação para cidadania continuou essencialmente agrícola – a propriedade de terra dentro das fronteiras; só mais tarde é que o comércio tornou-se ocupação principal dos habitantes. A única linha divisória que podemos traçar, ao que se afirma, entre a aldeia inicial e a cidade posterior, está na fortificação do lugar numa certa data, quando se erigia um muro para proteção de seus habitantes, convertendo-a assim num oppidum⁶⁹. (DOBB, 1962 :82).

Para Romero (1976), na América Latina, os fortes eram uma proteção de fundamental importância para os colonizadores, que desbravaram matas e uma vastidão de terras a procura de riquezas, enfrentando grandes obstáculos naturais, como a hostilidade da população nativa, que muitas vezes travavam lutas corporais para ocuparem determinadas regiões. Em vista disso é que a cidade-forte foi a primeira experiência de cidade hispano-americana. Os exploradores necessitavam dos indígenas domesticados para ajudar no trabalho e na procura de riquezas. Como observa Romero, os conquistadores necessitavam dos índios para conseguir alimentos em meio a natureza desconhecida, como para achar o segredo da riqueza: “las perlas de la costa venezolana, el oro y la plata, que antes de aparecer en grandes cantidades se mostraron promisoramente y acuciaron la codicia de los conquistadores” (Romero, 1976 :49). A cidade-forte foi o primeiro instrumento dos europeus para este trabalho de aculturação do nativo. Dessa forma, o Forte Natividade foi a primeira cidade nomeada. Depois as cidades de fronteira contra os índios como Valdivia, Concepción y la Serena en Chile, Santa Cruz y Tarija en Bolivia. E assim seguiram outras nomeações como Nueva Cádiz y Coro en

⁶⁹ Ópido (em latim: **oppidum**; plural: em latim: **oppida**) era o termo em latim para a principal povoação em qualquer área administrativa do Império Romano. (Wikipedia., 2018) Acrescentado pelo autor.

Venezuela, ou a Baracoa y Bayamo em Cuba. Enfim, várias foram as cidades latino-americanas que tem no forte as suas origens (ROMERO, 1976).

Ainda em relação à cidade-forte enquanto uma das formas de surgimento das cidades, Dobb trabalha com hipóteses, como foi dito. As realidades dos dois autores são diferentes, todavia ficam evidenciadas certas semelhanças da aldeia feudal, como forma de proteção da população contra ataques inimigos, com a cidade-forte latino-americana como instrumento de proteção dos europeus contra ataques indígenas.

2.3 AS CIDADES QUE SE ORIGINARAM DE ACAMPAMENTOS DAS CARAVANAS DE MERCADORES

Na Europa Ocidental, no período feudal, os comerciantes eram vendedores itinerantes que passavam por diversas feiras, como também pelas aldeias fortificadas. Esse movimento era feito através de caravanas como forma de se protegerem. “No correr do tempo formaram acampamentos, como madeireiros e caçadores fazem hoje no Nordeste do Canadá” (Dobb, 1962 :82). Esses acampamentos aconteciam em locais propícios para a acomodação da caravana. Muitas vezes, esses acampamentos ganhavam dimensão tal que recebiam proteção especial por parte do Rei, como empréstimos, pagamentos em dinheiro como acontecia com os mercadores alemães e italianos na Inglaterra, e ainda, de acordo com o autor, esses privilégios concedidos pelo Rei, lhes conferiam liberdade quanto à autoridade senhorial e suas imposições.

Este tipo de formação de cidade ocorre no momento de mobilização interna da população no período feudal, período este que surgiu, como já dito anteriormente, do processo natural de desenvolvimento da sociedade escravista, no caso da Europa. Portanto, o continente europeu, que já estava povoado, vivia um processo de desenvolvimento interno, expandindo suas fronteiras agrícola e comercial. “É preciso evitar o engano de conceber a época feudal como um período em que o comércio houvesse desaparecido de todo e ao qual o uso do dinheiro fosse inteiramente estranho” (DOBB, 1962 :87).

A América Latina, por sua vez, vive, no período do seu “descobrimento”, um processo diferente da Europa, ou seja, a chegada do colonizador europeu na perspectiva de conquistar a nova terra e buscar riqueza. O colonizador é um explorador, um desbravador que inicia sua inserção no território latino-americano pelo litoral. Por isto, no momento inicial da colonização não existe aqui o mercador como no feudalismo. Sendo assim, o processo de formação de cidade, nesse momento histórico, ou seja, imediatamente após a chegada do europeu, acontecerá de forma peculiar, como se segue.

2.4 AS CIDADES QUE SE ORIGINAM ATRAVÉZ DE UM PORTO – CIDADES PORTUÁRIAS –

Este tipo de formação de cidade não é mencionado no estudo de Dobb, da mesma forma que o tipo anterior (acampamento de mercadores) não entra na exposição de Romero.

Na América Latina, as cidades que se originaram de portos, foram em grande número e desempenharam um importante papel no processo de colonização europeu.

Punto de llegada y de partida de las flotas metropolitanas, la ciudad se levantó sobre un puerto natural, a veces sin considerar las condiciones del terreno desde el punto de vista de su aptitud para el establecimiento de una población fija. Santo Domingo, Portobelo, La Habana, Panamá, Veracruz, Cartagena, Salvador de Bahía, Recife nacieron y perpetuaron esa función. (ROMERO, 1976 :49).

De acordo com o autor, a política econômica da coroa consagrou a crescente importância de alguns portos, ao atribuir-lhes um papel fundamental no tráfico marítimo com a metrópole. Assim ocorreu com Portobelo e Veracruz a partir do momento que se estabeleceu os sistemas de frotas e galeões. Coisa semelhante ocorreu com Acapulco, que concentrou o tráfico com Filipinas; com Panamá e com El Callao, que se constituíram nos dois terminais de transporte de prata pelo Pacífico, para ser transportado posteriormente pelas navés que cruzavam o Atlântico; com Salvador da Bahia e Recife, por onde saía a produção açucareira. Este intenso transporte marítimo estimula o desenvolvimento destas cidades, onde passaram a se instalar as equipes

militares de defesa, as indústrias de reparação das embarcações, os grupos mercantis, as oficinas administrativas governamentais e, naturalmente, toda a população de apoio que estes centros atraem. Estas cidades-portuárias, em face de seu grande movimento de mercadorias de valor, atraíam, frequentemente, piratas e corsários. Por isto, construíram muralhas e fortes nas cidades, para se defenderem dos ataques.

As cidades-portuárias e as cidades que nasceram de acampamentos de mercadores trazem em si fortes semelhanças quanto suas origens, pois ambas estão diretamente ligadas ao comércio, que, na verdade, exerce papel fundamental na formação das cidades. Se considerarmos o comércio como fator específico na formação de cidades, estes dois tipos aqui citados poderiam ser fundidos.

V AS CIDADES QUE NASCERAM PRÓXIMAS A EXPLORAÇÃO DE MINAS

Da mesma forma que o tipo anterior, as cidades que nasceram próximas a minas não foram contempladas no trabalho de Dobb. Certamente, nesse período na Europa Feudal, não existiram explorações mineiras importantes a ponto de se destacarem merecendo um estudo.

Na América Latina, entretanto, a mineração foi uma vigorosa forma de aparecimento de cidades. Segundo Romero (1976), Taxco e Guanajuato no México, Vila Rica (atual Ouro Preto) no Brasil são importantes exemplos, mas, Potosí na Bolívia, foi uma cidade que surgiu desta forma e chamou a atenção pela grande população de europeus e indígenas que viviam em função da mina. Vila Rica (atual Ouro Preto) também se destacou pela quantidade de ouro que se extraiu em tão pouco tempo. De acordo com o autor, três anos depois de sua fundação, pelo governador Antônio de Albuquerque, já podia pavimentar as ruas, construir pontes, levantar edifícios públicos e assegurar o abastecimento de água, dado o volume de riqueza que se produzia.

Continuando, Romero (1976) assinala que o crescimento das cidades mineiras seguiu o curso das explorações porque, geralmente, o lugar escolhido não tinha outra vantagem que não a proximidade da mina. Mesmo assim

prosperaram e criaram um centro de atração que deixou como recordação duradoura a estrutura física de uma cidade grande e rica e um sistema de interesses que, muitas vezes, resistiu a desaparecer.

Além desses tipos de formação de cidades aqui mencionados, Dobb (1962) acrescenta outras possibilidades que poderiam proporcionar o surgimento de outros importantes núcleos urbanos. Todavia, o surgimento desses núcleos acabam por se inserir nos tipos aqui mencionados.

6 O SURGIMENTO DE UMA CIDADE NO BRASIL

6.1 O TROPEIRO, O COMETA E O MASCATE: OS DESBRAVADORES

A vasta região compreendida entre os rios Grande e Paranaíba, região do Triângulo Mineiro e do Alto do Paranaíba em Minas Gerais, era caminho obrigatório utilizado pelos bandeirantes paulistas para se chegar a Goiás à procura das minas de ouro. A dificuldade da travessia se dava por conta dos índios Caiapós e Cataguá, gentios “ferozes” que por esta região habitavam. (Mello, 1971; Fonseca, 1974). Várias entradas foram feitas por esta região com o objetivo de capturar ou exterminar os índios, para liberar os caminhos para Goiás.

Chegando a Vila Boa (Goiás), Dom Luiz de Mascarenhas celebra, a 12 de outubro de 1742, um contrato com Pires de Campos para fazer a guerra ao Caiapó, mediante um prêmio fixado em uma arroba de ouro. Fartamente armado e municiado, contando com homens escolhidos a dedo para a terrível tarefa, acompanhado de 500 índios Bororó, Pires de Campos inicia a empreitada. Da primeira arremedida, de 150 léguas, desconhecemos o número de mortos. Mas, sabemos que mil Caiapó caíram cativos naquela refrega. ... Dominador, com a fama de imbatível, esparsos e já aceitando a vizinhança do branco, o Caiapó passa a servir de instrumento dos bandidos que infestavam a região. Os Bororós, da mesma maneira, acabam por tornarem-se agentes dos criminosos. (FONSECA, 1974 :20 :21).

A citação de Fonseca (1974) confirma o relato de Romero (1976) quando se referiu ao europeu enquanto conquistador dos aborígenes, para

utilizá-los como mão-de-obra ou protegê-las e evangelizá-las (citado na página 4 deste artigo).

Mello reforça da seguinte maneira a passagem das bandeiras por essa região em busca do ouro de Goiás:

Estes perlustradores de sertões, alguns ávidos de cobiça, outros sequiosos de glórias, não se fixaram na região dos altos do Paranaíba. Nesta parte amena e aprazível do planalto, poucos foram os veios auríferos encontrados. Por ela passavam as bandeiras, que se embrenhavam pelos ínvios dos 'Goiá', no afã de novas descobertas ou na ilusão de atingir as minas de Potosi ou as mirabolantes riquezas andinas. A Serra dos Martírios foi imã que desvairou a cobiça dos altivos paulistas pressionados pelos reinóis nas minas do centro da futura Capitania. ... Com a abertura da Picada de Goiás, em 1737, e conseqüente concessão das sesmarias ao longo de seu trajeto, iniciou-se o povoamento do território. (MELLO, 1971 :27).

Na verdade, como cita Fonseca (1974), “o bandeirante desbravava despovoando”. O primeiro habitante das Américas foi despovoado para dar lugar a um novo povoamento dos brancos.

Além dos índios, esta região serviu também de esconderijo para os escravos fugidos dos seus senhores goianos e paracatuenses, constituindo importantes quilombos. Da mesma forma que os índios, vários bandeirantes foram contratados para capturar os escravos, que por estas regiões encontravam refúgio. Os assentamentos negros foram também despovoados para dar lugar aos povoamentos brancos (FONSECA, 1974).

Dominados os índios e os negros, diminui o papel dos bandeirantes, que vão dar lugar a três outros novos atores: o tropeiro, o mascate e o cometa. Essa substituição de atores ocorre em todo o Brasil, principalmente em Minas Gerais (MELLO, 1971).

O importante papel dos novos atores será o de abastecer os trabalhadores das minas de ouro e pedras preciosas, que no afã de buscar a riqueza não dedicavam tempo à produção de alimentos. A falta desses passou a ser um sério problema, provocando inclusive a dissolução de muitas explorações de minas.

O tropeiro, “o patrão da tropa, o empresário de transportes; os empregados são os tocadores, que marcham a pé, e o cozinheiro” (MELLO,

1971: 29) foi o pioneiro no abastecimento de alimento das minas, alimentos esses conduzidos por meio do mar.

O cometa era, como ficou conhecido, o viajante comercial, que recebe esse nome devido as

suas constantes viagens em serviço da profissão, alusão aos corpos celestes que, em relação aos astros e planetas aparentemente fixos no espaço, percorrem a imensidão sideral em desmensurada órbita de gravitação. ... O cometa conduzia sempre uma comitiva de 5 ou 6 burros, com dois empregados – arreeiro e cozinheiro. Este último indispensável, pois quem cuidava da alimentação dos viajantes, uma vez ser totalmente desprovida de hospedaria a região inóspita por onde transitavam. (MELLO, 1971 :29).

O mascate, que segundo o dicionário do Aurélio, é o mercador ambulante que percorre as ruas e estradas a vender objetos manufaturados, panos, jóias, etc., foi o terceiro ator, que juntamente com o tropeiro e o cometa, foram os “continuadores da obra de desbravamento e civilização da terra, a quem o preador de índio e o faiscador do ouro e do diamante não interessava tanto.

Passada a hora dos desbravadores da terra, surgiram esses novos bandeirantes, que iriam fazer a movimentação da riqueza” (MELLO, 1971 :36).

6.2 RANCHOS, ESTRADAS E CIDADES: SURGE PATOS DE MINAS

Segundo o historiador Fonseca (1974), esses viajantes movimentadores de riqueza seguiam pelas trilhas dos bandeirantes, que deram origem às denominadas picadas, viajavam em torno de 4 a 5 léguas por dia (a medida de uma légua era assim determinada: “... a falta de agrimensores e topógrafos era suprida pelo medidor, que enchia o cachimbo, acendia-o e montava a cavalo, deixando que o animal marchasse a passo. Quando o cachimbo se apagava, acabado o fumo, marcava uma légua”). (Fonseca, 1974 :31).

Essas 4 ou 5 léguas equivalem a mais ou menos 30 km, que era a caminhada de um dia, quando a tropa arranchava (o verbo arranchar se origina do substantivo rancho, que era a denominação dada aos acampamentos dos viajantes desta região). Os ranchos se espalharam ao

longo das picadas e os viajantes passaram a tê-los como referência. Com isso eles se desenvolveram e garantiram maior segurança a quem ali pernoitava. Muitos ranchos transformaram-se em ... “núcleos de povoação e de comércio; e a vida circulava pelas estradas barrentas ou cheias de pó, conforme a estação, percorridas pelos lotes, palmilhados pelos tocadores até o fundo dos sertões” (MELLO, 1971 :35).

A cidade de Patos de Minas, no Alto do Paranaíba, se originou “num desses ranchos dos tropeiros, nos albores do Século XIX, uma vez que faziam pouso à beira de uma das suas lagoas, na então picada que se construiu de Pitangui a Paracatu, bifurcação da Picada de Goiás que já existia” (MELLO, 1971).

A que ressaltar que

O trabalho do tropeiro salvou, assim a obra efêmera dos bandeirantes, graças a um trabalho modesto e paciente ... Foram eles os causadores de implantações de novos povoados, mais tarde transformados em cidades florescentes. Se não fosse o seu destemor, a sua persistência, a sua argúcia em saber localizar os ranchos, talvez não teríamos hoje uma Patos de Minas tão grandiosa e progressista. Pois Patos de Minas nasceu sobretudo do pouso constante e sistemático dos tropeiros. (MELLO, 1971 :35).

A Sesmaria foi concedida a Afonso Manuel Pereira de Araújo, “um homem viandante do caminho do Rio de Janeiro”, em 29 de maio de 1770, que quando por esta região chegou encontrou-a povoada de negros que viviam em um quilombo com certa estrutura:

Escravos rebeldes conheciam os meios rudimentares da agricultura, sabendo, no tempo certo, fazer plantio do milho, do feijão e do arroz. Algum gado, roubado ou de arribada das manadas que periodicamente passavam pela região, era tangido para o recesso do quilombo. Não se sabe quantos anos durou aquele homizio dos pretos na beira do Paranaíba. Mas o certo é que com a chegada de Afonso Manuel Pereira teve início o destroçamento do refúgio, em refregas constantes, com mortes e prisões. (FONSECA, 1974 :23).

Em terras vizinhas a esta Sesmaria, na faixa de meia légua às margens direita do Rio Paranaíba, é que se desenvolveu o povoado dos Patos, em terra doadas pelo comerciante Antônio Joaquim da Silva Guerra e sua mulher dona

Luzia Corrêa de Andrade ao glorioso Santo Antônio “a fim de se lhe edificar um templo também para cômodo dos povos...” Assim em 17 de janeiro de 1832 foi criado o distrito de Santo Antônio da Beira do Paranaíba. Em 30 de outubro de 1866 foi elevado à categoria de vila e, finalmente, em 24 de maio de 1893 a vila foi elevada à categoria de cidade. (FONSECA, 1974).

A cidade se desenvolveu a partir do intenso movimento econômico que teve origem nos desbravadores bandeirantes, tropeiros, cometas e mascates. “Em Patos de Minas os cometas se fizeram presentes nos albores dêste século. Vinham com sua tropa tôda enfeitada, e quando chegavam à cidade pequenina, despertavam a atenção de todos os tripulantes pelo tilintar compassado do cincerro da madrinha da tropa. Como eram bem recebidos! Motivo de novidades para o habitante, isolado do resto do mundo, fôsse quanto às notícias que traziam dos grandes centros, fôsse ainda quanto às mercadorias e às amostras para pedidos futuros dos comerciantes. Outro movimento comercial, outra transação monetária, outra a vida transformada com as suas presenças junto à população. Os cometas que aqui aportavam, em via de regra eram de origem portuguesa” (sic MELLO, 1971 :37)

Hoje, Patos de Minas tem uma população aproximada de 150 mil habitantes, uma cidade que goza de uma boa infraestrutura básica e sua população vive da forte produção do agronegócio, da agroindústria, do comércio e de serviços.

7 CONCLUSÃO

Os momentos históricos inicialmente discutidos procuram enfatizar as possibilidades de tipos de surgimento de cidades. Tanto no momento que origina as cidades modernas com o declínio do feudalismo na Europa Ocidental, como em outro momento histórico não muito distante deste, porém, em um contexto diferente, que foi o período dos chamados “descobrimientos”, especificamente da América, pudemos constatar que as cidades surgem de cinco maneiras diferentes: a) as cidades que foram erguidas em cima de ruínas de cidades antigas; b) as cidades que começaram a partir de um forte – a cidade forte; c) as cidades que se originaram de acampamentos das caravanas

de mercadores; d) as cidades que se originaram através de um porto – cidades portuárias; e, e) as cidades que nasceram próximas a exploração de minas.

Destes cinco tipos de surgimento de cidades, aquelas que se originaram de acampamentos das caravanas de mercadores e aquelas que se originaram através de um porto – cidades portuárias, como foi proposto anteriormente, tem em comum os mercadores, só que os primeiros por via terrestre e os segundos por via marítima. Esse dado em comum torna, portanto, esses tipos de surgimentos semelhantes. O primeiro só aconteceu em função do desenvolvimento natural da sociedade feudal no interior da Europa Ocidental, que podemos chamar de um desenvolvimento endógeno. Já o segundo, acontece na América com a chegada dos colonizadores espanhóis e portugueses em um território desconhecido. A colonização, portanto, tem início pelo litoral, nos portos, onde vão surgir as primeiras cidades. Posteriormente, há o avanço do processo de colonização para dentro do território, o que o caracteriza como exógeno.

A cidade de Patos de Minas surgiu desse processo de colonização exógeno no terceiro e quarto séculos após a chegada dos colonizadores europeus. Com a exploração já bastante avançada no interior do Brasil, especificamente em Minas Gerais, à partir das picadas abertas pelos bandeirantes e os ranchos dos tropeiros, cometas e mascates. A cidade tem sua origem não pelo mercador europeu da Idade Média, mas pelo mercador latino americano dos séculos XVIII e XIX, o tropeiro, como ficou evidenciado pelos historiadores.

Esses historiadores ao tentar explicar o surgimento da cidade de Patos de Minas deixaram esclarecido a razão da proximidade, mais ou menos regular, entre a grande maioria das cidades dessa região de Minas Gerais, por onde passam as rodovias. Pois, a jornada diária dos tropeiros de 4 a 5 léguas, ou o equivalente a 30 km, terminava nos ranchos ao longo das estradas ou picadas. “Da Guarda dos Ferreiros partia uma variante, a picada dos Aragões, e também ao longo desta o Conde Valadares concedia Sesmarias com a mesma intenção de povoar e proteger os viajantes. No trajeto desta picada se encontram as atuais cidades de Rio Paranaíba, Carmo do Paranaíba, Lagoa Formosa e Patos de Minas. Todas se encontram a distância que variam de 4 a

5 léguas – distâncias em que as tropas de antigamente se arranchavam”. (MELLO, 1978 :18).

REFERÊNCIAS

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Zahar Editores, RJ, 1962.

Enciclopédia Livre. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ópido>. Acesso em 01.03.2018.

FONSECA, Geraldo. **Domínios de Pecuários e Enxadachins – História de Patos de Minas**, Belo Horizonte, 1974.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Guanabara, RJ, 1986.

MELLO, Oliveira. **Patos de Minas: Capital do Milho, “Academia Patense de Letras”**. Patos de Minas, 1971.

_____, **Patos de Minas: Minha Terra, Edição da “Academia Patense de Letras”**, Patos de Minas, 1978.

PIRENNE, Henri, **História Econômica e Social da Idade Média**. Mestre Jou, SP. 1965.

ROMERO, J. L. **Latinoamérica: las ciudades y las ideas, Siglo Veintiuno**. México 1976.