



Revista Superior de Justiça

Revista

SUPERIOR DE JUSTIÇA

BELO HORIZONTE
AGOSTO
2019



REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

Diretora Fundadora:

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

Coordenação Científica

Amélia Imbriano

Cilas Bernardes Rosa

Enrique Coscarelli

Joaquim José Miranda Júnior

José Luis Fliguer

Kaminsky Mello

Manoel Felizardo

Mario Secchi

Nicolás Rodríguez León

Raphael Silva Rodrigues

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

Conselho Editorial:

Cilas Bernardes Rosa

Daniela Bessa

Eliane Bernardes Rosa de Miranda

Francis Albert Cotta

Joaquim José Miranda Júnior

Josinaldo Leal

Manoel Felizardo

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

Thiago Perez

Valéria Fernandes

Pareceristas:

Sistema IESLA Double Blind Peer Review

Luis Fernando Pires Machado (DF); Sara Maria Alves Gouveia Bernardes (MG); Joaquim José Miranda Júnior(MG); Raphael Silva Rodrigues(MG); Amélia Imbriano (AR); Alberto Rodríguez Blanco(AR); Nicolás Rodríguez León(AR); José Luis Fliguer(AR).

Editor Responsável:

Dr. Cilas B. Rosa

Diagramação e Revisão Textual:

Amanda Gama

2019 Editora Edições Superiores



TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, e videográficos. (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Av. Miguel Perrela, 698 - Castelo - Belo Horizonte /MG CEP: 31.330-290

<http://edicoessuperiores.com.br/>

Impresso no Brasil/ Printed in Brazil

Os trabalhos divulgados nesta edição são de responsabilidades exclusiva dos autor

R454

Revista Superior de Justiça. / Belo Horizonte: ESJUS– IEscola Superior de Justiça– v. 1, Abril. 2001 – Belo Horizonte: Edições Superiores, 2019.

v. 10, n. 1, ago.2019.

ISSN:2236-2355

Bilíngue: Português e Espanhol

1. Direito. 2. Leis. 3. Jurídico

CDU: 34



PREFÁCIO

Adaptar ou perecer, hoje como sempre, é o imperativo inexorável da natureza.

- H.G. Wells, *Breve história do mundo* (1922)

É com alegria que me lembro daqueles idos de 2000, quando a ESJUS (Escola Superior de Justiça) iniciava suas atividades e eu, sentindo-me honrada, tanto por ser cofundadora quanto criadora ativa de um projeto que nasceu para dar certo. Ao longo desses 13 anos tenho dedicado a maior parte do meu tempo no desenvolvimento desse visionário projeto educacional plural, que visa ao aprimoramento profissional e acadêmico de todos aqueles que transitam na grandiosa seara do Direito.

Formar pessoas através do ensino de excelência, da ética e do respeito é saber-se útil. É acreditar que o estudo qualitativo é a única ferramenta capaz de levar o cidadão a níveis mais elevados. E por aqui, abrimos as portas do conhecimento a públicos-alvo aspirantes desde a graduação até o pós-doutorado.

Servir nossos alunos com uma educação conectada às principais tendências globais no âmbito científico e acadêmico, mantém a nossa chama transformacional vívida estendendo calor humano e gratidão a milhares de brasileiros e de internacionais.

Ao caminhar lado a lado, ESJUS, alunos e professores encontram, além do incentivo, um ambiente bem cuidado, sorrisos nas faces, café quentinho e uma atmosfera emocional equilibrada para que todos possam desenvolver ampla e exponencialmente sua capacidade de aprendizado. As evidências desse desenvolvimento podem ser conferidas nessa 9ª edição da Revista Superior de Justiça.

A Revista Superior de Justiça tem proporcionado aos membros da comunidade acadêmica e científica e à sociedade de um modo geral, o entendimento de que a ciência contemporânea avança em sentido contrário ao reducionismo da fragmentação e à simplificação. A imprevisibilidade dos fenômenos dá lugar à necessidade de contextualização deles. A intersubjetividade passa a ter relevância frente ao objetivismo. Podemos afirmar, então, que o conhecimento é resultado de uma construção social, é dinâmico, inacabado e provisório. A ESJUS se encarrega de colaborar ativamente na produção desse conhecimento de alto padrão, fundamentada na retidão, buscando sempre atualizar a comunidade através de produções recentes e inovadoras.

O artigo A REMESSA NECESSÁRIA É UMA PRERROGATIVA JUSTIFICÁVEL DA FAZENDA PÚBLICA? escrito por Ana Carolina de Plá Loeffler, apresenta conteúdos relacionados à Contabilidade Pública e ao Direito Tributário.

Já o O USO INDEVIDO DO TERMO “POBRE NA FORMA DA LEI” DE ACORDO COM O NOVO CPC autoria de André Xavier de Lira Neto e Caio Júlio de Menezes Magalhães faz alusão às recentes modificações no texto do Novo CPC.

Essa edição traz discussão no âmbito do Direito Penal e Direito Internacional, no artigo A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA COMPARAÇÃO LEGISLATIVA ENTRE O BRASIL E O PARAGUAI, por Lorena S. e Silva Faustino e Tulio Faustino Rodrigues S. e Silva e EL ASILO EN SAGRADO EN LA AMÉRICA DEL SUR DEL SIGLO XVIII, redigido por Luiz Henrique Lucas Barbosa.

Na mesma esteira do Direito Penal, temos: O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS E SUA TAXATIVIDADE, por Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos e MACONHA NO BRASIL É CRIME, redigido pelo Mário Fernando Paschoal.

O ramo do Direito Administrativo foi contemplado no artigo, PROCEDIMENTOS PRÉVIOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA NATUREZA JURÍDICA, por Paula Siqueira Lima e Wesley Roberto Mariano da Silva.

Diversos aspectos e temáticas do Direito Constitucional foram estudados nos artigos: DIREITO HUMANITÁRIO INTERNACIONAL E ALGUMAS SITUAÇÕES DE CUNHO MUNDIAL, de Valdeci Ataíde Capua e Margareth Brandina Barbosa, A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO HORIZONTAL PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, assinado por Verônica Patrícia Oliveira de Sousa, a A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DAS VÍTIMAS DO DESASTRE DE BRUMADINHO NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A LUZ DA REFORMA TRABALHISTA, escrito por Yasmim Gonçalves Faria, A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: A ÓTICA DA CULTURA DO CONSENSO E DO LITÍGIO coautoria de Maria Aparecida Bernart Laux e Nicolas Kormann, AUTONOMIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO, dos coautores Lucas de Oliveira Morais e Luzimar Pereira da Silva Morais e OS ABORTOS DO SUPRE - MO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO em coautoria com Petrus Carvalho Frota e Silva, Deyvison Emanuel Lima de Menezes e Derival Dias de Souza.

Essa obra possui temas diversos e oferece ao seu leitor o raro ensejo para conferir o vasto conhecimento que cerca a ciência jurídica, servindo-se como ferramenta de relações entre pessoas, sociedade e o poder público.

A todos uma ótima leitura!

Dra. Sara M. Alves Gouveia Bernardes¹

Julho 2019

¹ Pós-doutorado em Ciências Penais e Garantias Constitucionais (2014), Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais (2013), MBA em Gestão de Negócios pela FGV (2007), Pós-doutoranda em Psicologia Social pela Universidad John Kennedy. Mestre em Psicanálise, graduação em Direito (2000). Docente de graduação, especialização e mestrado em diversas instituições de ensino superior e no exterior. Orientadora de teses doutorais e Dissertações de Mestrados. Fundadora e Presidente do IESLA - Instituto de Educação Latino-americano e Diretora-Presidente da ESJUS - Escola Superior de Justiça. Conferencista internacional sobre temas relacionados ao Empreendedorismo e Inovação, Educação Superior, à Família, à Criança e ao Adolescente.







SUMÁRIO

A REMESSA NECESSÁRIA É UMA PRERROGATIVA JUSTIFICÁVEL
DA FAZENDA PÚBLICA?

Ana Carolina de Plá Loeffler

13

O USO INDEVIDO DO TERMO “POBRE NA FORMA DA LEI”
DE ACORDO COM O NOVO CPC

André Xavier de Lira Neto

Caio Júlio de Menezes Magalhães

23

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA COMPARAÇÃO
LEGISLATIVA ENTRE O BRASIL E O PARAGUAI

Lorena S. e Silva Faustino

Tulio Faustino Rodrigues S. e Silva

45

AUTONOMIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Lucas de Oliveira Moraes

Luzimar Pereira da Silva Moraes

59

O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS E SUA TAXATIVIDADE

Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos

73

EL ASILO EN SAGRADO EN LA AMÉRICA DEL SUR DEL SIGLO XVIII

Luiz Henrique Lucas Barbosa

89

MACONHA NO BRASIL É CRIME!

Mário Fernando Paschoal

103

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: A ÓTICA DA CULTURA DO
CONSENSO E DO LITÍGIO

Maria Aparecida Bernart Laux

Nicolas Kormann

113

OS ABORTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Petrus Carvalho Frota e Silva

Deyvison Emanuel Lima de Menezes

Derival Dias de Souza

129

PROCEDIMENTOS PRÉVIOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
E SUA NATUREZA JURÍDICA

Paula Siqueira Lima

Wesley Roberto Mariano da Silva

139

DIREITO HUMANITÁRIO INTERNACIONAL E ALGUMAS SITUAÇÕES
DE CUNHO MUNDIAL

Valdeci Ataíde Capua

Margareth Brandina Barbosa

153

A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO HORIZONTAL PARA PROTEÇÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Verônica Patrícia Oliveira de Sousa

169

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DAS VÍTIMAS DO DESASTRE
DE BRUMADINHO NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB
A LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Yasmim Gonçalves Faria

181



Revista Superior de Justiça

REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA
V.10

Revista Superior de Justiça, Belo Horizonte, 2019



A REMESSA NECESSÁRIA É UMA PRERROGATIVA JUSTIFICÁVEL DA FAZENDA PÚBLICA?

Ana Carolina de Plá Loeffler¹

RESUMO


O presente trabalho científico teve por finalidade analisar o instituto da remessa necessária, buscando verificar se, nos dias atuais, é uma prerrogativa justificável da Fazenda Pública, abordando os motivos que levaram a sua criação e evolução histórica. A justificativa do presente artigo encontra-se no fato de que, em um Estado Democrático de Direito, não deve ser admitido nenhuma forma de concessão de benefício sem que possua amparo legal. Logo, foi de suma importância o presente estudo, pois constatou que, a remessa necessária não é uma prerrogativa justificável da Fazenda Pública, constituindo verdadeiro privilégio, por ofender aos princípios constitucionais da isonomia e razoável duração do processo. O artigo foi dividido em 03 capítulos. No primeiro capítulo observou as justificativas para a concessão das prerrogativas da Fazenda Pública e apontou a diferença com o conceito de privilégio. O segundo capítulo analisou o instituto da remessa necessária e o terceiro verificou se a remessa necessária é uma prerrogativa justificável, chegando a conclusão de que, a remessa necessária não encontra motivo para permanecer no ordenamento jurídico vigente. Além disso, para alcançar o desiderato científico proposto, foi utilizado pesquisa documental em leis, em especial, na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 e na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, fazendo um estudo comparativo dos diferentes enfoques ao tema apresentados em ambos os Códigos de Processo Civil. Foi também realizada pesquisa bibliográfica em livros e artigos, que podem ser encontrados em bibliotecas e *sites* da *internet*, reunindo conceitos e ideias para responder se a remessa necessária é uma prerrogativa justificável da Fazenda Pública. Por fim, destaca que o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, o método de procedimento foi o comparativo, a técnica de pesquisa foi por revisão bibliográfica e o método de interpretação jurídica foi o teleológico, por meio da análise do ordenamento jurídico e da doutrina.

Palavras-chave: Remessa Necessária; Fazenda Pública; Prerrogativa.

RESUMEN

El presente trabajo científico tuvo por finalidad analizar el instituto de la remesa necesaria, buscando verificar si, en los días actuales, es una prerrogativa justificable de la Hacienda Pública, abordando los motivos que llevaron a su creación y evolución histórica. La justificación del presente artículo se encuentra en el hecho de que, en un Estado Democrático de Derecho, no debe ser admitido ninguna forma de concesión de beneficio sin que tenga amparo legal. Por lo tanto, fue de suma importancia el presente estudio, pues constató que, la remesa necesaria no es una prerrogativa justificable de la Hacienda Pública, constituyendo verdadero privilegio, por ofender a los principios constitucionales de la insonomía y

¹ Pós-graduada no curso de Direito Público da rede de ensino LFG/Anhanguera. Advogada. Contato: ana.loeffler@hotmail.com



razonable duración del proceso. El artículo fue dividido en 03 capítulos. En el primer capítulo observó las justificaciones para la concesión de las prerrogativas de la Hacienda Pública y apuntó la diferencia con el concepto de privilegio. El segundo capítulo analizó el instituto de la remesa necesaria y el tercero verificó si la remesa necesaria es una prerrogativa justificable, llegando a la conclusión de que, la remesa necesaria no encuentra motivo para permanecer en el ordenamiento jurídico vigente. Además, para alcanzar el desiderato científico propuesto, se utilizó investigación documental en leyes, en especial, en la Ley n° 5.869, de 11 de enero de 1973 y en la Ley n° 13.105, de 16 de marzo de 2015, haciendo un estudio comparativo de los diferentes los enfoques al tema presentados en ambos Códigos de Proceso Civil. También se realizó una investigación bibliográfica en libros y artículos, que se pueden encontrar en bibliotecas y sitios web, reuniendo conceptos e ideas para responder si la remesa necesaria es una prerrogativa justificable de la Hacienda Pública. Por último, destaca que el método de abordaje utilizado fue el deductivo, el método de procedimiento fue el comparativo, la técnica de investigación fue Revisión bibliográfica y el método de interpretación jurídica fue el teleológico, por medio del análisis del ordenamiento jurídico y de la doctrina.

Palabras-clave: Remisión; Necesaria; Hacienda Publica; Prerrogativa.

INTRODUÇÃO

O artigo trata da remessa necessária, analisando os motivos que levaram a criação do instituto e a sua evolução histórica, com intuito de verificar se a remessa necessária possui justificativa para permanecer como uma prerrogativa da Fazenda Pública, encontrando amparo legal.

As normas jurídicas devem encontrar respaldo legal, para propor uma solução justa, eficaz e definitiva aos eventuais litigantes, sob pena de tornar-se um verdadeiro privilégio, ao invés de ser uma prerrogativa. Isto porque, é certo que o Direito e toda a sua instrumentalidade deve voltar-se à satisfação da segurança jurídica de toda a comunidade sujeita ao alcance de um ordenamento jurídico justo, democrático e embasado nos princípios fundamentais da pessoa humana, pois o escopo maior dessa Ciência é a pacificação dos conflitos sociais propondo uma solução justa, eficaz e definitiva a eventuais litigantes.

A eficácia de uma norma jurídica constitui a sua própria razão de ser, motivo pelo qual, é de suma importância o presente estudo, a fim de responder se, nos dias atuais, a remessa necessária é uma prerrogativa justificável da Fazenda Pública ou poderá ser retirada do ordenamento jurídico, sem prejuízo do princípio da supremacia do interesse público.

DESENVOLVIMENTO

AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Prerrogativa é a outorga do direito, com respaldo jurídico, justificando um status jurídico mais vantajoso à alguém, ao passo que, privilégio é conceder um benefício de forma injustificada, sem amparo na lei, o que não se coaduna com um estado de direito.

Antigamente, o Estado não possuía estrutura para conseguir suportar a quantidade de demandas judiciais, pois havia dificuldade de acesso aos autos, excesso de trabalho, multiplicidade de matérias, burocracia, complexidade orgânica de seus órgãos, entre outras peculiaridades.

Tais dificuldades, impediam uma defesa adequada da Fazenda Pública em Juízo e, conseqüentemente, prejudicavam o erário, motivo pelo qual foram concedidos benefícios à Fazenda Pública.

Sendo assim, foram concedidas à Fazenda Pública verdadeiras prerrogativas, porque foram concedidos benefícios devidamente justificados, para proteger o interesse público, evitando que o erário seja prejudicado.

Sobre as justificativas da concessão das prerrogativas da Fazenda Pública, pode-se destacar que:

A organização de um Estado comporta a movimentação de todo um arcabouço administrativo metucioso e burocrático. Desde modo, a organização e o funcionamento do Estado não se comparam a uma empresa privada em termos de eficiência e planejamento, muito embora a eficiência seja um dos princípios constitucionais administrativos, insculpido no art. 37, *caput*, da CRFB. Assim, por ter uma gestão mais complexa, a Fazenda Pública precisa de mais garantias.

No que tange à defesa processual da Fazenda Pública, também se verificam as condições relatadas acima, uma vez que, sendo o Estado regulador das relações sociais, é natural que seja muito acionado em Juízo. Sendo o Estado um litigante contumaz, deveria possuir um número suficiente de advogados públicos para a defesa de seus interesses, bem como uma estrutura adequada para salvaguarda dos mesmos, o que não ocorre na prática. Logo, não há como tratar da mesma forma, a advocacia privada e a pública, havendo justificativa plausível para as garantias materiais e processuais da Fazenda Pública.

Pode-se acrescer a esse debate a necessidade que a atividade estatal não tenha solução de continuidade. A preservação das atividades essenciais é o fundamento do princípio administrativo da continuidade do serviço público. Logo, para garantir a concretização desse princípio é necessário dotar a Fazenda Pública de certas prerrogativas.

De outro giro, deve-se interpretar essas prerrogativas como necessárias à garantia de um Estado prestador de serviços, *Welfare State*, constituído no Estado do Bem Estar Social, como exige a Constituição Federal de 1988.

Não há como dotar o Estado de várias atribuições sem dar condições mínimas para o mesmo executá-las. Por esses motivos as prerrogativas existem.

Nelson Nery Junior expõe em suas lições entendimento em consonância com o texto: Ora, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cercam os advogados públicos impedem, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares².

Logo, era certo que se fazia necessário conceder prerrogativas à Fazenda Pública, todavia, nos dias atuais, é indispensável analisar se a remessa necessária, uma das prerrogativas concedidas a Fazenda Pública, ainda é justificável ou seria um verdadeiro privilégio.

A REMESSA NECESSÁRIA

A remessa necessária, também denominada de reexame necessário, remessa obrigatória ou duplo grau de jurisdição obrigatória é um instituto processual que condiciona a eficácia da sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública ao reexame de toda à matéria pelo Tribunal, salvo nos casos de exceções previstas na lei.

² NUNES, Allan Titonelli. As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto da Lei nº 166/10 (Novo Código de Processo Civil). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: < HYPERLINK "http://jus.com.br/revista/texto/18170" http://jus.com.br/revista/texto/18170>. Acesso em 24/11/2014. Material da 1ª aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp / Rede LFG, p. 6 e 7.

Assim, as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública estão sujeitas obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, para que possam produzir seus efeitos, provocando, uma maior morosidade no julgamento da causa.

Para verificar se é justificável a permanência da remessa necessária nos dias atuais, é de suma importância realizar um breve relato histórico do instituto ao longo dos anos, pois, denominada originalmente de recurso de ofício, inicialmente, foi aplicada no processo penal, como forma de proteção do réu, com intuito de equilibrar e corrigir os desvios das regras introduzidas pelo procedimento inquisitório.

Ocorre que, ao longo dos anos, a remessa necessária foi instituída no processo civil, que não possui o mesmo rigor e os exageros do processo penal, que é guiado pelo princípio do dispositivo.

Sendo assim, é indispensável analisar se a remessa necessária, uma das prerrogativas concedidas a Fazenda Pública, é realmente razoável e necessária, sob pena de ofensa a razoável duração do processo e ao princípio da isonomia.

A REMESSA NECESSÁRIA É JUSTIFICÁVEL?

O princípio da isonomia, que serve de fundamentação para a concessão das prerrogativas, na medida em que confere igualdade as partes, determina que não pode haver tratamento desigual se não houver uma justificativa legal.

Em relação ao princípio da isonomia, com fundamento na lição Aristotélica, “não garante apenas a igualdade pura e simples, ele exige que essa igualdade seja substancial, ou seja, para alcançá-la é necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

No que diz respeito à razoável duração do processo, o art.5, inciso LXXVIII, garante “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Todavia, não é razoável a remessa necessária, posto que, atrasa o provimento jurisdicional final sem nenhuma justificativa legal plausível, tendo em vista que, independe da vontade das partes recorrer da decisão.

Nesses termos:

Ada Pellegrini Grinover considera o reexame necessário um verdadeiro privilégio, anti-isonômico e eivado de inconstitucionalidade em razão de estabelecer vantagem baseada na pessoa e não na relevância pública da matéria discutida. Cássio Scarpinella Bueno,

3 NUNES, Allan Titonelli. **As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto da Lei nº 166/10 (Novo Código de Processo Civil)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <HYPERLINK “http://jus.com.br/revista/texto/18170”http://jus.com.br/revista/texto/18170>. Acesso em 24/11/2014. Material da 1ª aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp / Rede LFG, p. 4.

por sua vez, assevera que o instituto parte de premissas falsas: que os juízos de primeiro grau não são confiáveis e que seu julgamento, quando desfavorável aos interesses da Fazenda Pública, é sinônimo de erro.

Essa duvidosa constitucionalidade do reexame necessário ficou superafetada pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, a qual acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII a fim de assegurar a todos a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação. Essa disposição, aliás, encontrou eco na própria Lei n. 13.105-2015, a qual prevê que “*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*” (art. 4º).

Ora, não há nenhuma razoabilidade em submeter um julgamento à análise do tribunal, atrasando o desfecho final, se as partes não desejam recorrer por concordarem e estarem satisfeitas com o resultado. É o mínimo incoerente o Novo Código de Processo Civil manter a remessa necessária e, ao mesmo tempo estabelecer, no *caput* de seu artigo 190, a possibilidade de as partes convencionarem, antes ou durante o processo, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Vale lembrar, a esse respeito, a correção não apenas do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no sentido de que a indisponibilidade do direito material discutido no processo não impede, por si só, a celebração no negócio jurídico processual, mas também do Enunciado nº 256 do mesmo FPPC, no sentido de que esse negócio pode ser celebrado por qualquer das partes, inclusive a Fazenda Pública⁴.

Além disso, o instituto duvida do julgamento de primeiro grau e da capacidade dos procuradores que, se desejarem, poderão recorrer da decisão, possuindo um prazo maior para interpor recurso e benefício na intimação.

Nos dias atuais, os motivos apontados para a concessão das prerrogativas à Fazenda Pública não justificam a permanência do instituto da remessa necessária no ordenamento jurídico, pois ofende ao princípio da isonomia e prejudica a razoável duração do processo, provocando um dano a parte contrária, devido a morosidade excessiva na duração do processo.

Ainda criticando a remessa necessária, vale mencionar que:

O deputado Gomes de Campos, entretanto, já naquela época se opôs frontalmente contra a, então, denominada “*apelação ex officio*”, sob o argumento de que a mesma representaria violação à igualdade de partes à medida que estabelecia um privilégio indevido em favor da Fazenda Pública em detrimento dos demais litigantes, que ficavam relegados à uma condição processual inferior.

Fica fácil perceber, pois, que o instituto do reexame necessário é contestado no Direito Processual Civil brasileiro há quase duzentos anos e funda-se em uma premissa completamente falsa: a de que os profissionais responsáveis pela defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo seriam, em regra, desinteressados, desonestos ou desidiosos, o que colocaria em risco o interesse público secundário caso não fossem interpostos os recursos cabíveis no caso concreto.

A remessa necessária, em verdade, duvida da capacidade dos procuradores em tomar a

⁴ ZENKNER, Marcelo. **O (velho) reexame necessário no Novo CPC**. In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 267.

iniciativa de manifestar o seu inconformismo contra uma sentença que seja desfavorável à Fazenda Pública. Hortêncio Catunda de Medeiros, citando Pontes de Miranda, chegou a chamá-la de “uma idiotice ou esquisitice”,

Para piorar, o Código de Processo Civil de 1973, repetindo a disposição em constante do inciso I do parágrafo único do art. 822, do Código de Processo Civil de 1939, ainda chegou a fazer previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório para os casos de sentença de procedência do pedido inicial em ações de anulação de casamento, sob o argumento de que assim estabelecia uma maior proteção à solidez da família brasileira.

De se estranhar, pois, que o novo Código de Processo Civil tenha perdido a chance histórica de eliminar o reexame necessário de uma vez por todas, mormente em se considerando que, no parágrafo 19 de seu artigo 85, garantiu aos advogados públicos o direito de receber honorários de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública for parte, o que inegavelmente configura um considerável incentivo à atuação ainda mais eficiente dos procuradores municipais, estaduais e federais.

As críticas ao reexame necessário nunca cessaram e, mesmo hodiernamente, as referências negativas não são poucas, principalmente porque o instituto faz o juízo do primeiro grau parecer um mero órgão de passagem, onde as partes parecem ficar em uma sala de espera aguardando o pronunciamento final do Tribunal.

Sendo assim, os motivos apontados para a concessão das prerrogativas não justificam a manutenção da remessa necessária no ordenamento jurídico, ao contrário, representa uma afronta ao princípio da isonomia e a razoável duração do processo, posto que, concede uma vantagem excessiva à Fazenda Pública, que retarda o provimento jurisdicional final, sem amparo legal.

Além disso, é preciso verificar se a retirada da remessa necessária não ofende ao princípio da supremacia do interesse público, que conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ “nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe de sociedade (entificada juridicamente no Estado)”.

Apesar de ser um conceito amplo, determina que as atividades do Estado serão desenvolvidas para benefício da coletividade, motivo pelo qual, o interesse público deve ser resguardado.

A Fazenda Pública não enfrenta mais os mesmos empecilhos que complicavam a sua defesa em Juízo, em especial a dificuldade de acesso aos autos, o excesso de burocracia e o excesso de trabalho, que seria reduzido se o processo fosse finalizado sem que houvesse a remessa necessária.

Isto porque, os motivos ensejadores da instituição da remessa necessária como uma prerrogativa da Fazenda Pública não encontram mais respaldo no ordenamento jurídico em vigor.

Então, não há motivo para conceder um benefício à Fazenda Pública em detrimento da outra parte, não existindo prejuízo injustificado ao erário, razão pela qual, a retirada da remessa necessária não ofende ao princípio da supremacia do interesse público.

5 ZENKNER, Marcelo. **O (velho) reexame necessário no Novo CPC**. In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 265-266.

6 CIANCI, Mirna. **A remessa necessária no Novo Código de Processo Civil**. In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 365.

Ademais, ao longo dos anos, o ordenamento jurídico concedeu vantagens a Fazenda Pública, como, por exemplo, a impossibilidade de execução provisória, o procedimento moroso para pagamento dos seus débitos, a intimação pessoal e prazo em dobro para se manifestar com fundamento nos artigos 180, 183, 186 todos do Código de Processo Civil de 2015.

Em referência às prerrogativas da Fazenda Pública, vale ressaltar:

Nas execuções contra a fazenda pública o rito processual (artigos 730 e 731 do CPC) é diverso do estabelecido para os litigantes ordinários. Dentre as diferenças, sobressai-se a impossibilidade de penhora dos bens públicos, sendo o credor satisfeito em seu crédito através do extremamente lento sistema de precatórios, no qual ingressa em uma lista de preferência recebendo muitas vezes em parcelas e depois de muitos anos. Não sofre, portanto, constrição judicial em seus bens, salvo quando o órgão público descumpra a ordem de preferência e sofre sequestro de valores. Os bens públicos, em regra, estão a salvo do ato de penhora.

Para que aja a intervenção processual de terceiros, de ordinário, exige-se que o pretendente comprove interesse jurídico para que seja admitido, sendo insuficiente o interesse econômico, financeiro e até mesmo o de ordem moral. Já com relação à fazenda pública, segundo o art. 5, parágrafo único da Lei 9469-1997, se uma decisão em determinado processo puder, de alguma forma, atingir ainda que de forma indireta interesse de natureza econômica (ou seja, não precisa comprovar interesse jurídico como os demais – aliás, como dispõe literalmente o dispositivo legal), poderá a mesma pleitear seu ingresso no feito. Mais uma vez o legislador foi complacente com a pessoa jurídica de direito público, deixando de lhe atribuir ônus a todos imposto.

O art. 19, 2, do Código de Processo Civil, exceto as hipóteses de justiça gratuita, obriga todo autor a realizar, no início da lide, o pagamento de custas processuais para que a máquina estatal possa se locomover no longo caminho até o provimento jurisdicional. O artigo 27, por sua vez, excepciona a regra em prol da Fazenda Pública, outorgando a responsabilidade de pagamento pelas custas ao vencido na lide, dispensando, por conseguinte, do pagamento inicial de custas. Caso reste vencedora na lide, participará o ente de todo o processo sem despender um único centavo a título de despesa processual. Ainda a Fazenda Pública é dispensada do depósito prévio de 5% (cinco por cento) para fins de propositura de ação rescisória. Conforme preceitua o artigo 488, parágrafo único do CPC, desincumbindo-se mais uma vez de cumprir obrigação processual a todos imposta.

Logo, a retirada da remessa necessária não ofende ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, longe disso, sua manutenção no ordenamento jurídico representa uma vantagem excessiva, na medida em que a Fazenda Pública possui diversas prerrogativas que protegem o interesse público.

Assim, a retirada da remessa necessária do ordenamento jurídico não prejudica o interesse público e deveria ter sido retirada com a instituição do novo Código de Processo Civil, por ofensa a razoável duração do processo e ao princípio da isonomia.

7 CRUZ, Rodrigo Moreira. Fazenda pública em Juízo: prerrogativas processuais e a pseudo ofensa ao princípio da isonomia. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18170> <http://jusvi.com/artigos/43430/1>. Acesso em 22/12/2014. Material da 1ª aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp / Rede LFG, p. 4.

Importante acrescentar que, apesar do Código de Processo Civil de 2015 ter modificado as prerrogativas da Fazenda Pública, optou por não alterar substancialmente a remessa necessária, apenas mitigando a sua aplicação, restringindo as hipóteses de aplicação.

Isto porque, a remessa necessária estava prevista no art. 475 do Código de Processo Civil de 1973 e continua previsto no ordenamento jurídico, no art. 496 e seguintes do Código Civil de 2015.

Ora, se no Código de Processo Civil de 1973 a remessa necessária já não encontrava justificativa, deveria ter sido retirada do ordenamento jurídico quando da instituição do novo Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, a remessa necessária continua protegendo demasiadamente o ente público, sendo uma vantagem excessiva, devendo ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro, por ofensa a razoável duração do processo e ao princípio da isonomia.

CONCLUSÃO

Enfim, foi possível constatar que, nos dias atuais, a remessa necessária não encontra mais respaldo para justificar a sua concessão, pois há várias outras prerrogativas que amenizam as dificuldades que a Fazenda Pública possui para litigar em juízo e ainda facilita na defesa do interesse público.

Os estudos realizados, demonstraram que, vários são os motivos apontados para a concessão das prerrogativas da Fazenda Pública, mas nenhum justifica a permanência da remessa necessária no ordenamento jurídico, tornando-se um verdadeiro privilégio da Fazenda Pública, razão pela qual, deve ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que, o instituto da remessa necessária deve ser extinto do ordenamento jurídico brasileiro, pois não é uma prerrogativa justificável da Fazenda Pública, ofendendo a razoável duração do processo e o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < HYPERLINK “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm”http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28/03/2016.

CIANCI, Mirna. **A remessa necessária no Novo Código de Processo Civil**. In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015.

CRUZ, Rodrigo Moreira. **Fazenda pública em Juízo:** prerrogativas processuais e a pseudo ofensa ao princípio da isonomia. Disponível em: HYPERLINK “<http://jus.com.br/revista/texto/18170>”<http://jus.com.br/revista/texto/18170>”<http://jusvi.com/artigos/43430/1>. Acesso em 22/12/2014. Material da 1ª aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp / Rede LFG.

DIDIER JR. Fredie. Cunha. Leonardo Carneiro da. **Remessa Necessária no novo CPC.** In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo Código de Processo Civil para concursos.** Salvador: Juspodivm, 2016.

MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. **As mudanças do NCPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário.** In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOLLICA, Rogerio. **A remessa Necessária e o Novo Código de Processo Civil.** In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Allan Titonelli. **As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto da Lei nº 166/10 (Novo Código de Processo Civil).** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: < HYPERLINK “<http://jus.com.br/revista/texto/18170>”<http://jus.com.br/revista/texto/18170>>. Acesso em 24/11/2014. Material da 1ª aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp/Rede LFG.

ZENKNER, Marcelo. **O (velho) reexame necessário no Novo CPC.** In Advocacia Pública, coordenado por José Henrique Mouta Araújo e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2015.

O USO INDEVIDO DO TERMO “POBRE NA FORMA DA LEI” DE ACORDO COM O NOVO CPC

André Xavier de Lira Neto ¹

Caio Júlio de Menezes Magalhães²

RESUMO

Este trabalho tem como intuito principal realizar um debate levantando as possibilidades e as vertentes relativas ao termo “pobre na forma da lei”, condição necessária para o acesso gratuito à justiça, mas que também cria o paradigma social absoluto, de que todos que utilizam desta benesse, poderiam ser considerados hipossuficientes, porém não inexistente documento legal que trate com precisão seja ela absoluta ou relativamente o fato de o cidadão ser pobre.

Palavras-chave: Pobreza relativa; Hipossuficientes; Gratuidade.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal realizar un debate levantando las posibilidades y las vertientes relativas al término “pobre en la forma de la ley”, condición necesaria para el acceso gratuito a la justicia, pero que también crea el paradigma social absoluto, de que todos los que utilizan esta y que no se trata de un documento legal que trate con precisión, sea absoluta o relativamente el hecho de que el ciudadano es pobre.

Palabras-clave: Pobreza relativa; Hyposufficient; La gratuidad.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário dos Guararapes, Especialista em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pelo Centro Universitário dos Guararapes. Axlnetto@hotmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Boa Viagem, Especialista em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pelo Centro Universitário dos Guararapes. Julio_caio@hotmail.com



INTRODUÇÃO

Poucos conceitos são tão difíceis de definir como o de pobreza. Deve ela ser definida em termos absolutos ou relativos? Deve ser considerada como um juízo de valor?" Deve ser estudada apenas do ponto de vista econômico ou os aspectos não-econômicos também devem ser explicados? A pobreza deve ser compreendida em relação à estrutura sóciopolítica da sociedade de que faz parte, ou vista independentemente dessa estrutura?

Essas questões e muitas outras que poderiam ser lembradas ilustram a complexidade de que está imbuído ao conceito de pobreza.

O instituto da assistência judiciária tem presença crescente nas lides judiciais. A assistência judiciária, na qual se insere a prerrogativa da gratuidade de justiça, também denominada justiça gratuita, tem como objetivo facilitar e permitir que todos, com igualdade de oportunidades, busquem a tutela jurisdicional do Estado. Trata-se de garantia da maior importância, pois, como registra o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

[...] não basta assegurar constitucionalmente o princípio da inafastabilidade do controle judiciário, se, a par disso, para além do mero formal, deixava-se de instituir instrumentos capazes de assegurar, de forma efetiva, solução rápida e adequada dos pleitos, desconsiderando-se, ademais, a maior ou menor condição de fortuna, o poder de que desfrutam³.

A Lei nº 1.060, de 05.02.1950, que disciplina as normas para a concessão da assistência judiciária, prevê em seu art. 4º, *caput*, que 'a parte' gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Por isentar a parte do pagamento de todas as despesas do processo, inclusive de eventuais honorários de sucumbência (art. 3º da Lei nº 1.060/50), o benefício da assistência judiciária desperta interesse naqueles que venham a litigar na Justiça.

Todavia, é preciso considerar que a Lei de Assistência Judiciária tem por escopo proteger o "necessitado", definido como aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar às custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50).

As regras inerentes à assistência judiciária são, por vezes, deturpadas pelos jurisdicionados, assim também pelos operadores do Direito que ao lado deles se encontram, chegando-se a situações de abuso.

³ MOREIRA. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. Revista de Processo Ano XVII, nº 67, p. 124-134, 1992.

Já advertia o Prof. José Olympio de Castro Filho: Na realidade, é imperioso evitar que o foro seja ou continue sendo aquilo que, em 1839, na Bélgica, dizia M. BONCENNE ser o Palácio da Justiça: ‘[...] um antro de abuso e de chicana’. No mesmo sentido, o registro de Hélio Márcio Campo: O livre ingresso à Justiça e o princípio do contraditório e da ampla defesa não correspondem à espada de Aquiles, para ferir e curar, e muito menos à túnica de Nessus, que tudo acoberta. Tais princípios constitucionais têm de ser recebidos com reservas e temperamentos, vez que o processo não é um jogo de azar, facultando-se o litigar por simples espírito de emulação ou para se obter lucro.

A afirmativa de pobreza da parte, no sentido legal do termo, tem presunção relativa de veracidade, pode ceder diante de duas circunstâncias:

- a) quando o juiz tiver fundadas razões para indeferir o pedido (art. 5º, da Lei nº 1.060/50)⁴;
- b) quando a arte contrária provar a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão do benefício (art. 7º da Lei nº 1.060/50).

O tema, aparentemente simples, comporta inúmeras e diversas interpretações dos dispositivos da Lei nº 1.060/50, quer pelos juízes de 1º grau, quer pelos tribunais pátrios. Enquanto, para alguns, a concessão da assistência judiciária depende apenas de simples requerimento da parte, cumprindo ao ex-adverso demonstrar a impertinência ou a improcedência do pedido, para outros, a concessão da prerrogativa pressupõe a apresentação de prova cabal, pelo interessado, de que efetivamente se amolda à condição de necessitado.

Invariavelmente, aqueles que têm indeferido o seu pedido de assistência judiciária perante o juiz buscam, pela via recursal, a reforma da decisão, talvez por terem em mente o que antes anunciamos: a grande variedade de situações e entendimentos que permeiam a compreensão da matéria. Neste trabalho, pretendemos discorrer sobre a pretensão de gratuidade de justiça no processo.

Justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica integral e gratuita são termos sinônimos? Qual a forma para requerer o benefício da gratuidade de justiça? Quais os meios de impugnação colocados à disposição da parte contrária? Existe penalidade para aquele que requer o benefício da gratuidade de justiça, sem fazer jus à prerrogativa? Ela é aplicada? Qual o recurso cabível contra a decisão que indefere o benefício? Como devolver a questão ao tribunal, na hipótese de indeferimento do pedido? Faz-se necessário o preparo do recurso? Existem critérios objetivos para o exame do pedido de gratuidade de justiça? Ao final, tentaremos esposar algumas conclusões sobre a matéria, sem qualquer pretensão, no entanto, de esgotar o tema.

Ainda que houvesse um sistema teórico coerente subjacente ao conceito de pobreza, continuaria a persistir a questão da distinção prática entre o pobre e o não-pobre: qual seria o limiar de renda adequado a ser considerado se, por exemplo, a abordagem da renda absoluta fosse o conceito pertinente; ou, então,

que medida sumária a ser escolhida, se aceito o enfoque relativo da pobreza? Vários problemas de mensuração surgem num caso e noutro, não existindo consenso entre os estudiosos da pobreza quanto à linha “ótima” da pobreza num sentido preciso, ou a uma medida relativa “ótima” no sentido de que melhor refletisse a posição relativa dos pobres. Tais complexidades teóricas e problemas de definição devem ser tomados em consideração quando o problema da pobreza é abordado. Sempre haverá alguma ambiguidade.

CONCEITUAÇÃO

Para Asselin, o conceito de pobreza tem sua origem na ética social, podendo ser vista como parte central da filosofia política, domínio da filosofia que estuda a teoria dos arranjos sociais. A ética social também está enraizada na filosofia moral. O autor defende que pensar na pobreza significa identificar uma situação considerada inaceitável e injusta numa dada sociedade⁴. Desta forma o conceito da pobreza surge de considerações normativas do significado de justiça.

Sen observou: “Existem muito poucas alternativas: temos de aceitar o elemento de arbitrariedade na descrição da pobreza e tomá-lo tão explícito quanto possível”.⁵

Embora definida em termos amplos, não pode, naturalmente, abranger em todas as suas dimensões o sofrimento da miséria. A pobreza implica muito mais do que meras considerações econômicas, nas necessidades não-econômicas como de autorrealização, liberdade, prestígio, participação na sociedade, etc., são muito difíceis de aferir. A conceituação de pobreza é algo extremamente complexo. Pode ser feita levando em conta algum “juízo de valor”, em termos relativos ou absolutos.

A conceituação de pobreza é categorizada como “juízo de valor” quando se trata de uma visão subjetiva, abstrata, do indivíduo, acerca do que deveria ser um grau suficiente de satisfação de necessidades, ou do que deveria ser um nível de privação normalmente suportável. O indivíduo expressa sentimentos e receitas, de caráter basicamente normativo, do que deveriam ser os padrões contemporâneos da sociedade quanto à pobreza. Não leva em conta uma situação social concreta, objetivamente identificável, caracterizada pela falta de recursos. Desse modo, tal enfoque não esconde sua fragilidade, embora seja bastante óbvio que mesmo uma conceituação objetiva da pobreza não se furta à presença de algum juízo de valor.

A percepção da pobreza como conceito relativo é uma abordagem de cunho macroeconômico, assim como o conceito de pobreza absoluta. A pobreza relativa tem relação direta com a desigualdade na distribuição de renda. É explicitada segundo o padrão de vida vigente na sociedade que define como pobres as pessoas situadas na camada inferior da distribuição de renda, quando comparadas àquelas melhor posicionadas. O conceito de pobreza relativa é descrito como aquela situação em que o indivíduo, quando

4 ASSELIN, L. M. *Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza*. Brasiliense, 2013, p.55

5 SEN (1979, p. 288 apud ROMÃO, 1982 p. 356). *Considerações sobre o conceito de pobreza*. Rio de Janeiro, 1982.

comparado a outros, tem menos de algum atributo desejado, seja renda, sejam condições favoráveis de emprego ou poder. Uma linha de pobreza relativa pode ser definida, por exemplo, calculando a renda per capita de parte da população. Essa conceituação, por outro lado, torna-se incompleta ao não deixar margem para uma noção de destituição absoluta, requisito básico para a conceituação de pobreza. Também acaba gerando ambiguidade no uso indiferente dos termos pobreza e desigualdade que, na verdade, não são sinônimos.

Para Aragão, o pobre na forma da lei, é, portanto, aquele que simplesmente, declara não poder arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, sem que haja prejuízo de seu sustento e de sua família⁶.

Ao declarar-se incapaz de custear as despesas do processo, o autor não precisa levar certificados ou um documento comprobatório, basta informar ao juiz, que normalmente defere o pedido. Se não deferir, o magistrado deve justificar nos autos o indeferimento, explicou o desembargador Bartolomeu Bueno.⁷

JUÍZO DE VALOR

Os proponentes da noção de que a pobreza é um juízo de valor sustentam que o conceito é basicamente normativo: trata-se de uma reflexão subjetiva do indivíduo a respeito do que deveria ser um grau suficiente de satisfação de necessidade, ou, do que deveria ser um nível de privação normalmente suportável.

Os que têm e os que não têm são desse modo, divididos de acordo com um juízo de valor dos que expressam sentimentos, suas receitas do que deveriam ser os padrões contemporâneos da sociedade quanto à pobreza.

Consideramos inadequado este modo de ver a pobreza. Em primeiro lugar, a pobreza é uma situação social concreta, objetivamente identificável, caracterizada pela falta de recursos de um indivíduo, uma família, um grupo ou uma classe. A pobreza não pode ser tão abstrata que venha a depender inteiramente dos sentimentos que desperte.

Essa posição infeliz “rouba ao conceito muito de seu sentido generalizado, empobrecendo-o imensamente. Em sua forma mais crua, a pobreza é universalmente reconhecida; todos podem vê-la, ouvi-la e cheirá-la.”⁸

⁶ ARAGÃO, Celina. Quem é pobre na forma da lei? Âmbito Jurídico.com.br

⁷ ARAGÃO, Celina. Quem é pobre na forma da lei? Âmbito Jurídico.com.br

⁸ SEN (1979, p. 288 apud ROMÃO, 1982 p. 357). **Considerações sobre o conceito de pobreza**. Rio de Janeiro, 1982.

Este enfoque também pode ser criticado tendo em vista que, de modo particular entre os necessitados, o sentimento de pobreza varia segundo a própria situação, assim como o que se sabe a respeito da renda e do consumo de outros grupos numa população. Em outras palavras, não é provável que sejam estáveis quaisquer resultados obtidos através desse enfoque.

POBREZA RELATIVA

A percepção da pobreza como conceito relativo se aproxima bastante da desigualdade na distribuição de renda. A pobreza é interpretada em relação ao padrão de vida vigente na sociedade: os pobres são os que se situam na camada inferior da distribuição de renda em comparação com os membros melhor aquinhoados da sociedade nessa distribuição.

Não há dúvida de que o conceito de pobreza tem alguma relação com a noção geral de “privação relativa”, para utilizar os termos popularizados na bibliografia sociológica (TOWNSEND, 1970 e WED-DERBURN, p. 4, 1974 apud ROMÃO, 1981, p. 358). Diremos que Fulano sofre de privação relativa em comparação com alguém, digamos, Sicrano, se o primeiro deseja ter algo que não possui, mas que Sicrano possui. Ou ainda, em termos mais gerais, a privação relativa é um conceito objetivo usado para descrever situações em que as pessoas têm menos de algum atributo desejado, seja renda, condições favoráveis de emprego ou poder, do que outros.

Parece óbvio, portanto, que qualquer estudo da pobreza deva ter algum conteúdo relativo, pois a carência tem de ser julgada em termos comparativos dentro dos padrões sociais contemporâneos em que ocorre.

A posição relativa da pessoa determina se deve ser considerada pobre ou não-pobre. Essa forma de considerar a pobreza tem seus méritos, mas não capta a natureza específica do conceito de pobreza. Em particular, é basicamente incompleta no sentido de que não deixa margem para uma noção de destituição absoluta, o que deveria ser um requisito de qualquer conceituação de pobreza. Este aspecto foi vigorosamente ressaltado por Sen:

Existe um núcleo irredutível de privação absoluta em nossa ideia de pobreza que traduz registros de inanição, desnutrição e dificuldades visíveis num diagnóstico de pobreza, sem precisar previamente comprovar o quadro relativo. Esta abordagem de privação relativa complementa, ao invés de contrariar, esta preocupação com a carência absoluta.⁹

As consequências da adaptação do conceito de privação relativa ao de pobreza suscitou uma deploável ambiguidade, qual seja, o uso indiferente dos termos pobreza e desigualdade, como se significassem a mesma coisa.

⁹ SEN, p. 11, 1978, apud ROMÃO, 1982, p. 359. **Considerações sobre o conceito de pobreza.** Rio de Janeiro, 1982.

A pobreza deve antes ser vista como um problema de desigualdade na distribuição da renda do que de níveis absolutos baixos de renda. Esta confusão tem suas raízes nas tentativas de operacionalizar conceitos difíceis como poder, participação social, etc.

Com o intuito de contornar esses problemas, muitos estudos são obrigados a quantificar apenas um aspecto muito particular da privação relativa, o da desigualdade na distribuição da renda. Não é de surpreender, pois, que membros da sociedade situados nos decis inferiores do espectro da renda sejam “pobres” em comparação os outros fora dessa camada.

Chegamos assim à conclusão de que o conceito de pobreza não equivale ao de desigualdade, devendo ambos serem distintos. A pobreza precisa ser estudada em si, separada da questão da desigualdade. Enfocar apenas a pobreza relativa e sua ligação com a desigualdade afastou-nos da pobreza como tema independente e, portanto, algo objetivo, socialmente concreto que devemos tentar eliminar. A dose para uma ação tendente a erradicar a pobreza, *ipso facto*, tem de começar pela conceituação de um significado adequado e explícito.

POBREZA ABSOLUTA

O conceito de pobreza absoluta se propõe quando são fixados padrões para o nível “mínimo” ou “suficiente” de necessidade, também conhecida como a linha ou limite da pobreza - e se computa a percentagem da população que se encontra abaixo desse nível.

O padrão de vida mínimo (em termos de requisitos nutricionais, moradia, vestuário, etc.) em geral é avaliado segundo preços relevantes e a renda necessária para custeá-los é calculada.

Como se pode ver por essa definição, a pobreza absoluta expressa uma opinião coletiva derivada da convicção de que cada pessoa tem o direito de viver em condições decentes e condizentes com a dignidade humana.

Observa-se que a fixação de um padrão de vida mínimo é vinculada à natureza da sociedade e seus valores. Dessa maneira, a noção depende de convenções sociais, mas não de juízos ou comportamentos de pessoas envolvidas, como na abordagem do juízo de valor. Isso se deve a que “para a pessoa que estuda e mensura a pobreza, as convenções da sociedade são questões de fato (quais são os padrões contemporâneos?)” Tampouco a noção de privação absoluta se baseia na posição relativa dos indivíduos na sociedade. Sem levar em conta a linha da pobreza fixada, os que estão do lado errado da linha são considerados pobres, independentemente do nível de riqueza em que os outros possam encontrar-se.

A “sensação” ou o “sentimento” de privação dos indivíduos não são relevantes para o conceito de pobreza absoluta, embora o sejam, e muito, para o de pobreza relativa (BHATTY, 1974, p. 292). O conceito de pobreza, portanto, implícito ao enfoque absoluto, é claramente distinguível das outras noções.

A POBREZA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Não existe nenhuma legislação brasileira que descreva veementemente a forma absoluta de considerar alguém pobre, contudo a Constituição de 1998 em seu art. 5º. *Caput.*, iguala a todos independentemente de sua condição social, tratando todos absolutamente iguais. Sob o mesmo artigo, o inciso I ainda restringe ao trazer à tona que, independe do gênero, os direitos e as obrigações legais são iguais.

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição ¹⁰

No ano de 1950 foi promulgada a Lei 1.060, que estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados, todavia com o advento da Lei 13.015/2015 (novo Código de Processo Civil), vários artigos da Lei da década de 50 foram revogados, entretanto o benefício gratuito permanece, havendo apenas sido estabelecidos alguns critérios. O código civil em vigência não menciona os termos “necessitados”, “pobre” ou “hipossuficiente”, porém evidencia um novo termo, “Insuficiência de recurso”. Analisando gramaticalmente, todas essas palavras são sinônimas, ficando clara a preocupação do legislador em não evidenciar termos que pudessem valorizar a diminuição da dignidade do cidadão.

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. ¹¹

Em nossa Carta Magna, no seu art. 5º inciso LXXVI que também nos reporta ao art. 30 da Lei 7.844/89, ambos tratam da gratuidade do fornecimento da certidão de nascimento e de óbito, todavia, o debate deve ser encarado não pelo fato da expedição gratuita dos documentos, e sim pelo fato de ambas as legislações serem grafadas com o termo “reconhecidamente pobre”, colocando em evidência uma condição social que pode não ser verdadeira.

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;¹²

Art. 30. Das pessoas reconhecidamente pobres não serão cobrados emolumentos pelo

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹¹ BRASIL. Lei 13.105, 2015, art. 98. **Lei Federal 13.105 de 21 de julho de 2015**.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

registro civil de nascimento e pelo assento de óbito e respectivas certidões.

§ 1º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, em se tratando de analfabeto, neste caso acompanhada da assinatura de duas testemunhas.¹³

Podemos observar que dentro do nosso arcabouço legal, não está totalmente claro, até mesmo na lei que trata da transferência de renda; quanto à classificação de ser considerado pobre ou extremamente pobre. Ficando ainda evidente a dualidade, dentro de uma mesma lei, a 10.836/2004; de como caracterizar a pobreza pelo fator relativo, relacionado à renda familiar.

No mesmo sentido o STJ pacificou o entendimento por meio da Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato.” Também o STJ na Súmula 387 prevê a possibilidade de cumulação de dano moral com outro dano moral, pois os direitos da personalidade atingidos podem ser distintos.

CLASSIFICAÇÃO DE RENDA

Outro aspecto que é salutar apreciarmos, é a análise do Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira do Ministério da Fazenda, ainda que o mesmo não faça uma discussão acerca da temática pobreza ou divisões de classes ou camadas sociais conforme sua distribuição, mas traz à tona as declarações de imposto de renda, mostrando-nos assim um aspecto de como está distribuída a renda dos declarantes, tomando por base o salário mínimo.

A principal conclusão é que a concentração de renda e riqueza entre os mais ricos é substancial, sobretudo no último milésimo de renda. Em média, o 1% mais rico acumula 14% da renda declarada no IRPF e 15% de toda a riqueza. A elevada desigualdade no topo da distribuição de renda tende a limitar a igualdade de oportunidades na sociedade e pode ser um inibidor do crescimento econômico.

As informações analisadas neste relatório têm por objetivo colaborar com os estudos sobre desigualdade de renda no Brasil e contribuir para a construção de políticas que possam mitigar os efeitos negativos que a elevada desigualdade traz ao processo de desenvolvimento social do País. Em particular, a produção dessas informações pode ajudar a entender melhor a dinâmica da riqueza, sua composição e auxiliar no desenho de políticas sociais e tributárias mais equilibradas e harmônicas.¹⁴

¹³ BRASIL. Lei 7.844, 1989, art. 30. §1º. **Lei Federal 7844 de 18 de outubro de 1989.**

¹⁴ BRASIL, **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, DF: Secretaria de Política Econômica, 2016

DECLARAÇÃO DE POBREZA

Diante dos fatos já abordados, paira, portanto, a seguinte questão: O mero fato de declarar-se pobre na forma da lei seria fator para obtenção da justiça gratuita, de não arcar com as despesas das custas do processo?

Jurisprudencialmente encontramos decisões favoráveis consubstanciadas não simplesmente pela declaração de insuficiência financeira, não basta apenas tal fato para se caracterizar a falta de recursos financeiros para arcar com as despesas advindas de um processo judicial, mas sim de uma junção de fatos que o levaram a solicitar o benefício da gratuidade e de documentos que comprovem a sua hipossuficiência. Neste julgado e visto um cidadão que solicitou o benefício da gratuidade judiciária, sobre a solicitação de revisão contratual, onde o mesmo tinha adquirido um veículo em 60 (sessenta parcelas) no valor de R\$ 1.530,75 (mil quinhentos e trinta reais e setenta e cinco centavos), o relator negou o provimento ao recuso diante da súmula 288 do TJRJ, que prevê a impossibilidade da alegação de hipossuficiência diante da revisão contratual.

Não se presume juridicamente necessitado o demandante que deduz pretensão revisional de cláusulas de contrato de financiamento de veículo, cuja parcela mensal seja incompatível com a condição de hipossuficiente.¹⁵

APLICABILIDADE

TJRJ AI nº 0068178-74.2015.8.19.0000 Agravante: CARLOS ROBERTO MENDES DE CARVALHO Agravado: BANCO GMAC Relator: Desembargador MURILO KIELING EMENTA. Agravo de instrumento. Ação de Revisão de cláusulas contratuais. Agravante pretende a reforma da decisão para que seja deferida a gratuidade de justiça. Assevera que não detém capacidade econômica de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento. Assim, na forma autorizada pelo art. 557 do CPC, CONHEÇO DO RECURSO de Agravo de Instrumento e NEGO-LHE PROVIMENTO, não afastada a possibilidade do recolhimento parcelado nos limites estabelecidos pelo Juízo de origem. Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2015.

(TJ-RJ - AI: 00681787420158190000 RJ 0068178-74.2015.8.19.0000, Relator: DES. MURILO ANDRE KIELING CARDONA PEREIRA, Data de Julgamento: 27/11/2015, VIGÉSIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 09/12/2015 13:36).

Em uma outra análise, neste caso, com provimento aceito, o relator acatou o recuso mediante a comprovação do demonstrativo de pagamento previdenciário, entendendo, pois, que a remuneração do reclamante o qualificava como cidadão que pudesse usufruir do benefício da justiça gratuita.

¹⁵ RIO DE JANEIRO, 2015. Súmula nº 288.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – NEGATIVA DO BENEFÍCIO PELO JUÍZO A QUO – pedido amparado em demonstrativo de pagamento do benefício previdenciário do agravante – valores que não se mostram incompatíveis com a gratuidade da justiça – agravo provido.

(TJ-SP - AI: 20060817220168260000 SP 2006081-72.2016.8.26.0000, Relator: Castro Figliolia, Data de Julgamento: 22/03/2016, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2016)

DISTINÇÃO ENTRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E JUSTIÇA GRATUITA

Diversamente da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal), que, para ser alcançada, pressupõe a comprovação de insuficiência de recursos, perante a Defensoria Pública, órgão incumbido de promover a orientação jurídica e a defesa dos necessitados (art. 134 da Constituição Federal), a concessão da assistência judiciária - espécie daquela matriz constitucional - está adstrita, por força de lei, à simples afirmação da parte, de que não reúne condições de pagar as custas e as despesas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família.

No enfoque dos Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a assistência jurídica integral e gratuita, garantia mais ampla que a assistência judiciária, consiste na consultoria, auxílio extrajudicial e assistência judiciária propriamente dita, devendo ser prestada pela Defensoria Pública, criada e organizada na forma da lei.

Pontes de Miranda ensina que justiça gratuita é o direito à dispensa provisória das despesas exercíveis em relação jurídica processual, perante o juiz que promove a prestação jurisdicional. Já a assistência judiciária é a organização estatal (instituto de direito administrativo) que tem por fim proporcionar aos carentes, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado para o processo, e o de dar à União, Estados e Municípios, o dever de organização nesse sentido.

Com base nessas importantes referências, atribuímos as seguintes características aos institutos mencionados: Assistência jurídica integral e gratuita: instituto gênero, de cunho constitucional e administrativo (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal). Atua fora do processo, mediante serviços técnicos de aconselhamento e informação em todo o campo dos atos jurídicos.

Está a cargo da Defensoria Pública a Assistência Judiciária: instituto-espécie do anterior, de cunho administrativo e processual. Atua na esfera judicial, dentro do processo, mediante assistência técnica de profissional do Direito, que pode ser um defensor público, indicado pelo juiz (art. 5º, § 1º, da Lei nº 1.060/50), um advogado dativo, indicado pela Ordem dos Advogados (art. 5º, § 2º, da Lei nº 1.060/50), ou o advogado que a parte indicar, que declare aceitar o encargo (art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50).

A rigor, a atividade desenvolvida pelo profissional deve ser custeada pelo Estado. Uma vez concedido o benefício, a parte isenta do pagamento de taxas, custas e despesas processuais, inclusive honorários advocatícios, salvo se sobrevier a perda da sua condição legal de necessitada, dentro de cinco anos, a contar da sentença final (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

Justiça gratuita: instituto-espécie do anterior, de cunho processual. Isenta a parte beneficiária do pagamento de taxas, despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária, a ele também se aplicando a regra suspensiva do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Na petição inicial, o requerimento da assistência judiciária não suscita maiores controvérsias, uma vez que expressamente previsto no art. 4º da Lei nº 1.060/50, *verbis*: Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Conforme visto, o benefício da assistência judiciária é mais amplo do que o benefício da justiça gratuita. A rigor, portanto, a parte que ingressa em juízo, requerendo a concessão de “assistência judiciária”, pretende isentar-se do pagamento de honorários ao profissional do direito que a estiver representando, ou que vier a representá-la.

Este profissional poderá ser um defensor público, um advogado dativo ou o advogado que a parte indicar. Se, de outro modo, a pretensão da parte for a de isenção do pagamento apenas das taxas, custas e despesas do processo, deverá pleitear a concessão do benefício de “justiça gratuita”, sendo presumível, neste caso, que ela reúne condições de patrocinar os custos da contratação de um advogado.

Tenha-se em mente a reflexão do Prof. Barbosa Moreira: O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios - a isenção de pagamentos e a prestação de serviços -, nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada.

Em regra, o próprio interessado na concessão da gratuidade de justiça deve firmar uma declaração, na qual afirme ser pobre no sentido legal do termo. Se preferir, poderá demonstrar a sua miserabilidade através de documentos. Estas, as diretrizes incorporadas pelo seguinte julgado: Embora haja tolerância da Justiça quanto à forma de requerimento da gratuidade da justiça, na hipótese dos autos, a sucessão de mandados de segurança e de recursos chegando até esta Corte encontra, por parte do recorrente, insistente resistência em declarar ser minimamente pobre na forma da lei, ou de provar em juízo a sua condição de pobreza, considerando tratar-se de um benefício cuja concessão depende de prova ou apenas de mera declaração.

Superada uma inicial divergência, a jurisprudência do STJ também não vacila em aceitar que o pedido de assistência judiciária seja formulado pelo advogado da parte, com poderes para o foro em geral, sem a necessidade de possuir poderes específicos: Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o pedido de assistência judiciária gratuita pode estar embasado em declaração de pobreza firmada por advogado da parte com poderes para o foro em geral, sendo desnecessários poderes específicos.

Com critério menos exigente, verifica-se que a jurisprudência do STJ tem admitido a concessão da assistência judiciária mediante simples pedido formulado pelo advogado, na própria petição, sem a necessidade de declaração específica: Bastante à postulação da assistência judiciária a apresentação de petição ao juiz da causa, sem necessidade de sua instrução com declaração de pobreza pelo beneficiário ou que aquela venha subscrita por advogado munido de poderes especiais para tanto.

CONTESTAÇÃO

Na contestação embora a Lei nº 1.060/50 não contenha previsão expressa acerca de pedido de gratuidade de justiça na contestação, o art. 6º da Lei nº 1.060/50 assegura que tal benefício poderá ser pleiteado no curso da ação. Logo, se o pedido pode ser formulado no curso da ação, poderá o réu perfeitamente fazê-lo em sua contestação, o mesmo se dizendo em relação aos outros sujeitos da relação processual, tais como o litisconsorte, o assistente, o oponente, o denunciado à lide e o chamado ao processo. A todos esses participantes do processo, aplicam-se as regras de concessão da gratuidade de justiça, conforme abordado no item anterior (pedido na petição inicial).

No curso do processo, antes da sentença, se a assistência judiciária não for requerida na petição inicial, nem na contestação, não há óbice a que o seja no curso da ação. A autorização é dada pelo art. 6º da Lei nº 1.060/50, *verbis*: Art. 6º O pedido, quando formulado no curso da ação, não suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste caso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente.

A regra acima transcrita contém duas diretrizes que, por construção jurisprudencial, são mitigadas na prática. A primeira relaciona-se com a necessidade de o pedido de assistência judiciária, formulado no curso da ação, estar acompanhado de provas. Pela redação da primeira parte do art. 6º da Lei nº 1.060/50, o juiz poderá conceder ou denegar o benefício de assistência judiciária “em face das provas”, cuja apresentação incumbiria ao requerente. No entanto, ainda que se trate de pedido de assistência judiciária formulado no curso da ação, tem-se entendido que basta a simples afirmação do estado de pobreza, no sentido legal, para que o benefício seja concedido ao requerente, aplicando-se aqui, uma vez mais, as mesmas regras de concessão da prerrogativa, quando postulada na petição inicial.

Esse, o entendimento do STJ: A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo.

A outra particularidade do art. 6º da Lei nº 1.060/50 diz respeito à autuação em separado do pedido de assistência judiciária, quando formulado no curso da ação. Embora a segunda parte daquele dispositivo legal o exija, com o referendo de julgados do STJ, a prática revela que, na maioria dos casos,

o pedido de gratuidade de justiça, ainda que apresentado no curso da ação, não demanda a instauração de incidente autônomo, em autos apartados. De fato, a instauração de um incidente autônomo, para o único fim de se examinar o pedido de gratuidade de justiça, atenta contra os princípios de economia e celeridade processuais.

Mário Helton Jorge escreve sobre o tema: Com efeito, a Lei 1.060/50 é lacônica ao prever procedimento para o requerimento feito no curso do processo. O próprio art. 6º dispõe, apenas, que o juiz, em face das provas, decidirá de plano, concedendo ou denegando o benefício. Não há razão, portanto, para que o requerimento seja oferecido em peça destacada e autuado em apartado, visto que, após a sua apresentação, a única providência a ser tomada é a decisão do juiz, de plano. Não há previsão de resposta da parte contrária após o pedido. Não há dilação probatória. Por que, então, instaurar-se processo incidente para a prática de um único ato decisório?

A COBRANÇA DE HONORÁRIOS IMPEDE O ACESSO À JUSTIÇA?

Sendo a justiça comum o meio de acesso a reclamação dos direitos negligenciados ou usurpados por outrem, e a forma de reclamar por estes seria a postulação através de um advogado ou defensor público, devendo ser tratado como um direito fundamental, ora bem sabemos que os direitos humanos inseridos em nossa Constituição tornam-se direitos fundamentais, logo não ter este acesso seria uma afronta a tal direito. O acesso a justiça é considerado como um direito indispensável para coletividade. Assim menciona Cappelletti e Garth:

De fato, o direito ao acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.¹⁶

A problemática da falta de recursos financeiros é um aspecto fundamental ao fato do não acesso à justiça, tendo como fator o cunho econômico que poderá comprometer as necessidades básicas, podendo também este acesso estar ligado a fatores sociais e educacionais, uma vez que uma parcela significativa da população brasileira tem dificuldade em ao menos buscar informações básicas com operadores do direito e logo assim, ingressar com uma ação judicial, para isso esclarece Boaventura:

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.¹⁷

16 CAPPELLETTI; GARTH, 1988. **Acesso à justiça**. Sergio Antônio Fabris, 1988, p.10-11.

17 SANTOS, **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Cortez, 2005, p.170

O grande sonho de todos os cidadãos que operam o direito, sobretudo aqueles que vivem mais próximos a parcela popular mais carente de todos os tipos de recursos sejam eles materiais, econômicos ou intelectuais é de ver um sistema jurídico pleno, eficaz e célere, fatores estes sobretudo do oferecimento de forma próxima, gratuita e com linguagem acessível nas comunidades mais periféricas das cidades, garantindo assim à estas pessoas o acesso à justiça e a mudança na percepção que o modelo capitalista de que só quem tem recursos financeiros acessem a justiça, mudando a visão da população frente as questões judiciais. Apresentando assim como seu objetivo principal a segurança de forma definitiva ao livre e gratuito acesso à justiça, afinal, o ponto central de tal temática é de como a gratuidade pode proporcionar a sociedade sua proximidade com os seus direitos. O professor Ernesto Lippmann expõe que:

A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual”. Para ao depois concluir: “Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes, condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, frequentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional”.¹⁸

O devido processo legal, a necessidade da contratação de um advogado e as taxas dos serviços do judiciário acarretam um custo desproporcional a renda de inúmeras pessoas, o que por muitas vezes acaba levando-os a certo receio de ingressar com uma ação para resolver um determinado conflito e não poder arcar com as suas despesas. Com isso, é indispensável o desenvolvimento de um serviço gratuito e idôneo.

O acesso à justiça deve ser visto como uma meio alcançável e de portas abertas a todos, independentemente da classe social ou de demais pré-requisitos existentes no passado e que já encontram-se ultrapassados pelas reformas legislativas, pelos costumes e pela própria evolução humanística, a exemplo disso podemos exemplificar a criação do ministério público, a defensoria pública, os núcleos de práticas jurídicas das instituições de ensino superior e as câmaras de conciliação. Ficando claro que o acesso à justiça não deve estar no topo da pirâmide social e sim na base dela. Desse modo, é preciso ficar claro que sua finalidade é servir a todos e não apenas aqueles que estão no topo da pirâmide hierárquica social. Paulo Galliez defende que:

¹⁸ LIPPMANN. Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988. LTR, 1999, p.379.

A Defensoria Pública é, sem dúvida alguma, o grande baluarte do Estado de Direito, pois sua função precípua é a de neutralizar o abuso e a arbitrariedade emergentes da luta de classes. Para tanto torna-se imprescindível combater tamanha intolerância, verdadeiro simulacro de poder político, incompatível com o regime democrático contemporâneo, considerando que, do ponto de vista histórico, é comum a esse mesmo poder procurar desestabilizar a ordem pública e fazer surgir os regimes de força. No sentido de manter o equilíbrio, pelo menos em relação ao aspecto jurídico, entre os ‘donos do poder’ e os oprimidos, é que a Defensoria Pública se impõe como instituição essencial do Estado de Direito, a fim de enfrentar o desenvolvimento desigual entre as classes sociais, valendo a advertência de Octavo Ianni de que o desenvolvimento desigual e combinado não é uma teoria do acaso, mas um modo particular de funcionamento das leis do capitalismo nas sociedades atrasadas e dependentes.¹⁹

Logo, as cobranças financeiras sejam das custas processuais ou dos honorários advocatícios afastam uma parcela populacional da justiça processual, entretanto vale ressaltar que de pronto as pessoas sequer sabem das custas, mas o próprio fator de ter que pagar ao advogado às afastam do sistema judiciário. A falta de informação por muitas vezes também contribui para este fenômeno, pois muitas pessoas não sabem aonde buscar esse acesso ou a quem recorrer para que possam ter este acesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS


Com o exposto, é notório que não existe fato que caracterize o cidadão como pobre sem estabelecer algum fator delimitador para tal questionamento. O fator econômico configurador do cidadão como pobre, parte de um pressuposto comparativo, ser pobre em relação a que ou relação a quem?

Logo a pobreza materializada não se consubstancia em absoluta, todavia quando se relativiza a pobreza, nesse caso teremos caracterizadores possíveis de se estabelecer a consideração de comparar o cidadão pobre em relação a outro.

Cabe um adendo quando se trata no termo “pobre na forma da lei” o qual sofre por criar-se a falsa marca da configuração da pobreza, quando essa, neste efeito, está ligada a falta de recursos, e pelo fato de que os processos em meio eletrônicos são acessíveis a todos os cidadãos, deixando assim em evidência a suposta condição social daquele que utiliza a justiça de forma não onerosa, para alguns causando um desconforto ou um constrangimento.

Neste trabalho também ficou claro que não existe de forma objetiva, coesa e concisa nenhuma legislação brasileira que defina os critérios de caracterização relativa para o acesso gratuito à justiça, a Lei 1.060/50 explicitou tal tema sem muitos critérios, o que só ocorreu em com lei 13.015/25 que estabeleceu critérios para o acesso gratuito sem de fato caracterizar os critérios para a pobreza na forma lei, estabelecendo o acesso gratuito até mesmo às pessoas jurídicas.

¹⁹ GALLIEZ, *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Lumen, 2010, p.9/10.



Existem algumas outras legislações que tratam o tema, como a Lei 7.844/89 e o inciso LXXVI da CF/88, que garante a expedição de certidões de nascimento e óbito para os reconhecidamente pobres, sem de fato evidenciar como se relativizaria tal cidadão.

Apenas em 2004 uma medida provisória foi convertida em lei, a Lei 10.836, criando a transferência de renda para os cidadãos que se encontram em estado de extrema pobreza, logo foram estabelecidos critérios que delimitaram relativamente quem se configurava como pobre, contudo não se baseia nesses critérios o estabelecimento gratuito da justiça.

A jurisprudência do STJ é uníssona em exigir apenas a declaração de pobreza do interessado para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, cumprindo ao juiz indeferir a prerrogativa somente nos casos de fundada dúvida, ou quando demonstrada, pela parte contrária, em incidente próprio, a improcedência do pedido.

Os tribunais resistem em aceitar dilação probatória no incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária, tornando extremamente árdua a tarefa da parte impugnante; há um movimento crescente que tenciona a fixação de critérios objetivos para o exame do pedido de gratuidade de justiça, o que se nos afigura correto, a fim de evitar abusos;

O parco rigor no exame dos pedidos de gratuidade de justiça, quando culmina com o deferimento da prerrogativa a quem dela não necessita, representa um ônus para a sociedade como um todo. O tema das gratuidades perante a Justiça, em razão de sua seriedade e importância, refletindo em causas, das mais complexas às mais simples, ajuizadas do Oiapoque ao Chuí, deve receber uma atenção que ainda não tem da comunidade jurídica, com o apontamento de soluções, correção de equívocos, e, por que não dizer, com a redação de um texto legal mais coerente uniforme no tratamento da matéria.

Podemos concluir então, que o termo “pobre na forma da Lei” ainda que pejorativo, continua sendo utilizado. Que não existem critérios grafados para estes acessarem o benefício gratuito da justiça, ficando assim a cargo do julgador, conforme consta na Lei 13.105/15 em seu art. 98 e seguintes; conceder ou não o benefício da justiça gratuita, mediante a análise do fato que fez o reclamante fazer tal solicitação, os documentos que são anexados como comprovação de despesas e de renda, assim sendo concedido o benefício, quando os valores das custas podem interferir em seu sustento.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. **IRPF e Desigualdade em Debate no Brasil**: o já revelado e o por revelar. 2014. 49 f, Tese (Doutorado em Economia) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.

ARAGÃO, Celina. **Quem é pobre na forma da lei?** Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=17812>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Decisão que aprecia questão do direito à assistência judiciária: recurso cabível. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano XIV, n. 53, jan./mar. 1989.

ASSELIN, L. M. **Londres e Paris no século XIX**: o espetáculo da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BHATTY, I. Z. **Desigualdade e pobreza na Índia**. In: Srinivasan, T.N. & Bardhan, P. K., ed. Pover · distribuição de renda e renda na Índia. Calcuta, Statistical Publishing Society, 1974.

BRABO, Tânia Sueli Antonelli Marcelino et al. **Gênero, educação e política**: múltiplos olhares. São Paulo: Ícone, 2009.

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

BRASIL. **Lei Federal 13105 de 21 de julho de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 nov.2018.

BASIL. **Lei Federal 7844 de 18 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7844.htm> . Acesso em: 25 nov.2018.

_____. Ministério da Fazenda. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, DF: Secretaria de Política Econômica, 2016. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Código de processo civil comparado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALLIEZ, Paulo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Lumen, 2010.

JORGE, Mário Helton. **Juízo (provisório) de admissibilidade da apelação**. Isenção do preparo. Assistência judiciária gratuita. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER,

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. **A comprovação da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita** (O art. 4º da Lei Federal 1.060/50 face ao inc. LXXIV do art. 5º da CF/88). *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVI, nº 62, p. 267-277, abr./jun. 1991;

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: LTR, 1999.

_____. _____. **Agravo de Instrumento**: AI00681787420158190000 RJ 0068178-74.2015.8.19.0000. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266814093/agravo-de-instrumento-ai-681787420158190000-rj-0068178-7420158190000/inteiro-teor-266814104?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 nov. de 2018.

_____. _____. **Agravo de Instrumento**: AI 0068178-74.2015.8.19.0000 RJ 0068178-74.2015.8.19.0000. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266814093/agravo-de-instrumento-ai-681787420158190000-rj-0068178-7420158190000>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. _____. **Súmula nº 288**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201224000004>>. Acesso em: 5 out. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica**: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVII, nº 67, p. 124-134, jul./set. 1992.

ROCHA, Alexandre Lobão. **A exclusão legal da população carente**. São Paulo: Thesaurus, 2009.

ROMÃO, Mauricio E. C. **Considerações sobre o conceito de pobreza.** Rio de Janeiro, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 10.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 170.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento:** AI 20060817220168260000 SP 2006081-72.2016.8.26.0000, Relator: Castro Figliolia, Data de Julgamento: 22/03/2016, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2016).



A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA COMPARAÇÃO LEGISLATIVA ENTRE O BRASIL E O PARAGUAI

Lorena Silva e Silva Faustino¹

Túlio Faustino Rodrigues Silva e Silva²

RESUMO

O presente trabalho demonstrou o impacto das Leis, do Brasil e do Paraguai, que tratam em proteger as mulheres, no âmbito familiar, bem como no meio social. Além disso, pudemos refletir as questões históricas e sua influência na burocracia e na morosidade em tornar público e positivadas normas que assegurem a igualdade de gênero, a não discriminação e justiça a todos. Noutro giro, procura-se, a partir dessa pesquisa, reconhecer novos direcionamentos desses Estados soberanos em promover maior avanço das políticas de prevenção e combate às formas de violência em razão de gênero, feminino, tendo em vista a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Convenções adotadas e ratificadas, além da Lei n.11.340/06, no Brasil, e Lei n. 5.777/16, no Paraguai. Assim sendo, observou-se, a partir dos dados de pesquisas e acervo bibliográfico, a eficácia das normas e também a necessidade em avançar para melhores resultados futuramente.

Palavras-chave: Mulher; Violência; Brasil; Paraguai.

RESUMEN

El presente trabajo demostró el impacto de las Leyes, del Brasil y del Paraguay, que tratan en proteger a las mujeres, en el ámbito familiar, así como en el medio social. Además, hemos podido reflejar las cuestiones históricas y su influencia en la burocracia y en la morosidad en hacer públicas y positivadas normas que aseguren la igualdad de género, la no discriminación y la justicia a todos. En otro giro, se busca, a partir de esa investigación, reconocer nuevos directivos de esos Estados soberanos en promover un mayor avance de las políticas de prevención y combate a las formas de violencia en razón de género, femenina, con vistas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenios adoptados y ratificados, además de la Ley n.11.340 / 06, en Brasil, y Ley n. 5.777 / 16, en Paraguay. Así, se observó, a partir de los datos de investigaciones y acervo bibliográfico, la eficacia de las normas y también la necesidad de avanzar hacia mejores resultados futuramente.

Palabras-clave: Mujer; Violencia; Brasil; Paraguay.

1 Mestranda em Ciências Jurídicas, graduanda em Direito, Literata em Letras Inglês/Português, especialista em literatura brasileira.

2 Mestrando em Ciências Jurídicas, especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública e em Direito Constitucional Aplicado, Bacharel em Direito, graduando em Letras Inglês/Português.

INTRODUÇÃO

Em toda parte do mundo as mulheres sofrem com a violência, tanto no âmbito familiar como também pelas próprias comunidades, que, em sua maioria, toleram a cultura histórica da relação de desigualdade entre o homem e a mulher e que ainda não asseguram à proteção que seria devida à vítima, ou não conseguem punir o agressor de maneira eficaz, o que seria importante para mudar os dados atuais de violência contra a mulher.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho centra-se em demonstrar as atuais situações de violência contra a mulher e a efetividade e avanço das regulamentações positivadas, e, tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pelo Paraguai, ambos os países buscam cumprir com os compromissos firmados em erradicar a discriminação e violência contra a mulher. O estudo dar-se-á em razão dos desafios dos órgãos públicos e entes federativos em desvencilhar o machismo, cultura intrínseca à história da sociedade, e aplicar as normativas em favor das mulheres com objetivo de alcançar uma sociedade igualitária e justa.

Nos termos da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), no artigo 5º a violência contra a mulher constitui qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, bem como no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Já a Lei paraguaia que versa sobre a Proteção Integral às Mulheres Contra Toda Forma de Violência acrescenta ao conceito: a violência contra a mulher é toda a conduta que cause morte ou sofrimento, [...] que seja baseada na condição de mulher, em qualquer âmbito, que seja exercida no marco das relações desiguais de poder, bem como às relações discriminatórias (tradução própria, artigo 5º, “a”, da Lei nº 5.777/16).

Dessa forma, para garantir relação de igualdade entre o homem e a mulher, é necessário a intervenção do Estado, em propostas e elaboração de políticas públicas, programas e leis que tenham como condão a justiça e igualdade de direitos a todos, sem qualquer discriminação de gênero, seja em âmbito familiar, como na vida laboral e social. O presente trabalho, através de dados e bibliografias renomadas irá demonstrar a atual eficiência das leis referentes à proteção à mulher em ambos os países e os avanços e desafios para o cumprimento do que está positivado nas normas vigentes.

LEIS ESPECIAIS APENAS PARA MULHERES (IN)CONSTITUCIONALIDADE

A figura da mulher, no campo jurídico, por muito tempo foi tratada como objeto, tendo tratamento diverso dos demais sujeitos de direito, a população. Mais ainda porque o homem era o possuidor do poder

familiar, o responsável por suprir às necessidades da família, bem como o detentor da virilidade e fortaleza, até mesmo pela sua estrutura biológica. Até meados do século XX a mulher era vista apenas como a submissa do cônjuge, com os deveres das atividades domésticas e cuidado com os filhos.

No final do século XX, nos Estados Unidos, cresce o movimento feminista, tendo como um de seus objetivos a liberdade da mulher em razão da luta pelos direitos das minorias. Segundo o autor, Cancian (2008, p.2):

A luta pela ‘libertação’ da mulher, que constitui o núcleo da doutrina feminista contemporânea, está baseada na denúncia da existência de uma opressão característica, com raízes profundas que atinge todas as mulheres pertencentes a diversas culturas, classes sociais, sistemas econômicos e políticos. [...] Desse modo, o movimento feminista contemporâneo atua com base numa perspectiva de superação nas relações conflituosas entre os gêneros masculino e feminino, recusando, portanto, o estigma ou noção de inferioridade (ou desigualdade natural).

Há muito tempo se discute a igualdade entre homens e mulheres, sendo que mesmo diante de todo histórico de luta por direitos e liberdade da mulher, como, por exemplo, o direito de ter voz na sociedade, direito de votar e ser votada, entre outros, há ainda alguns juristas que declaram que leis especiais às mulheres são inconstitucionais, alegando tratamento diferenciado, divergindo da ideia de igualdade entre os homens e mulheres. Mas, como afirma CORRÊA (2010), ao falar da Lei Maria da Penha, no Brasil:

Aqueles que ignoram a subjugação feminina aos ditames masculino e o quanto esse desequilíbrio é capaz de gerar conflitos, chegam até a mencionar uma possível inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, o que de forma alguma possui argumento de sustentabilidade, já que o igual tratamento pela lei, para ser legítimo, pressupõe uma igualdade de fato preexistente. Constatando-se que não há igualdade de fato entre homens e mulheres [...] tratar-se desiguais como se iguais fossem, é que constituiria a verdadeira inconstitucionalidade (p. 53-54).

Obviamente que juristas e pessoas da sociedade que se negam a observar os critérios de igualdade se esquecem da frase memorial do baiano e brilhante escritor Rui Barbosa, que em seu livro *Oração aos moços*, diz que deve-se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”. Assim sendo, faz-se aqui necessário diferenciarmos a igualdade material e formal.

A igualdade formal é aquela estabelecida pela própria lei, consistindo na igualdade equânime entre os indivíduos, independente da raça, cor, religião, sexo ou etnia, já a igualdade material trata do caso concreto, tenta igualar os indivíduos de acordo com sua essência desigual, que seria o caso tratado neste trabalho, como, por exemplo, homem *versus* mulher.

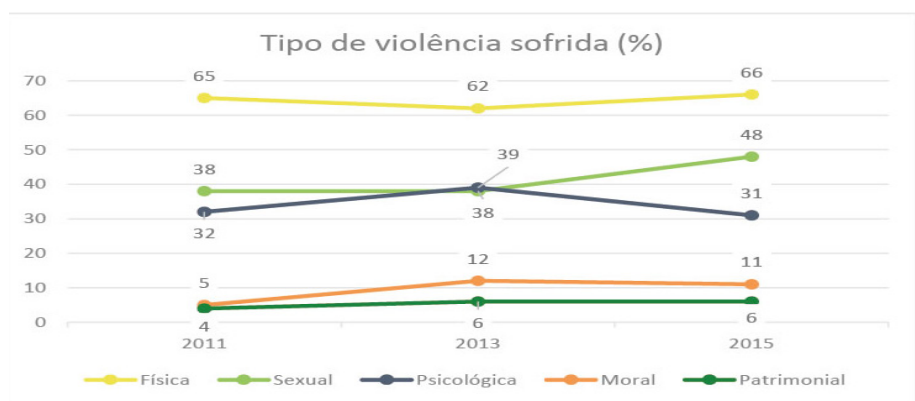
Dessa forma, é possível deduzir que o contrário dos que muitos afirmam, as leis especiais às mulheres procuram justamente trazer à luz a igualdade entre os gêneros, a solução para os conflitos historicamente

enfrentados, e busca garantir os direitos humanos, os direitos fundamentais, os quais são preconizados em muitos tratados internacionais, bem como garantidos nas constituições federais do Paraguai e do Brasil, tratados e leis estas que iremos abordar no decorrer da pesquisa.

FORMAS DE VIOLÊNCIA

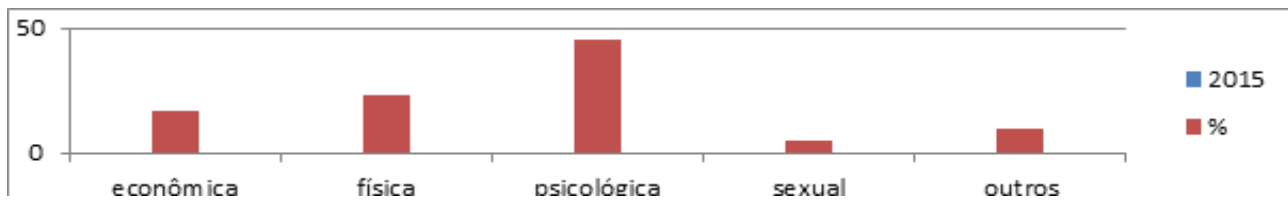
A violência contra a mulher constitui violação aos direitos humanos, e pode ser demonstrada de várias formas. Ambas as legislações (Paraguai e Brasil) tratam das formas de violência das quais a mulher será protegida. A Lei Brasileira (Lei nº 11.340/2006) em seu art. 7º traz as formas de violência contra a mulher, quais sejam a violência física, psicológica, patrimonial e moral, delimitando e apontando cada uma delas dentro de sua esfera familiar e/ou social. Já a Legislação Paraguaia (Lei nº 5.777/2016) em seu art. 6º vai um pouco mais além ao discriminar as formas de violência, dispondo dos meios de violência como sendo: feminicídio, violência física, psicológica, sexual, contra os direitos reprodutivos, violência patrimonial e econômica, a violência laboral (discriminação no mercado de trabalho), violência intrafamiliar, obstétrica, midiática, telemática, simbólica, institucional e ainda contra a dignidade.

Diante das formas de violência, temos alguns dados de órgãos públicos de cada país. Na pesquisa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, o Instituto DataSenado do Brasil, em 2015, as agressões físicas e psicológicas estão despontando em relação às demais – sete em cada dez mulheres sofreram agressão física, constando 48 %, ou seja, quase metade, já sofreram agressão psicológica, já a violência sexual atinge uma em cada dez brasileiras, conforme quadro abaixo:



*Fonte: DataSenado

Já no Paraguai os dados são providos do SEDAMUR (Servicio de Atencion a la Mujer), que retrata uma realidade também vivida pelas paraguaias que, em sua maioria, a violência parte do próprio esposo, convivente ou ex-convivente, considerando as idades das mulheres entre 20 e 39 anos, como podemos observar no quadro abaixo, dados estes do ano de 2015:



*Fuente: Dados providos do SEDAMUR

Assim sendo, iremos aprofundar mais a frente as disposições legais supraditas, podendo assim, refletir a aplicabilidade e eficácia das mesmas a partir das pesquisas publicadas pelos órgãos responsáveis pela integral aplicação das leis, como por exemplo, no Brasil, o Observatório da Mulher, a Procuradoria da Mulher, os telefones disponíveis ao atendimento das mulheres que sofrem violência, como também as Delegacias Especializadas e os Projetos gerados a partir das pesquisas para melhoria dessa triste realidade. Ademais, há também responsáveis por fazê-la não só legais (vigentes), mas legítimas (aplicadas e exigidas), como nos casos dos órgãos do poder judiciário, o Ministério Público, no caso do Paraguai, o próprio Ministério da Mulher integrado aos demais ministérios, como o Ministério da Justiça, Secretaria de Ação Social e outros, todos dispostos na Lei nº 5.77, no art. 27.

O direito à vida, livre de qualquer violência ou discriminação inicia com políticas públicas, sendo essas, dever do Estado que constitui o garantidor de ações afirmativas que tornem e permitam o efetivo gozo dos direitos escritos. Como explicita o autor GOMES (2001):

Ações afirmativas são políticas públicas e privadas, sejam de caráter compulsória, facultativa ou voluntária que tem por propósito a redução de situações de discriminação racial, de gênero, por deficiência física, por manifestação religiosa ou origem nacional, bem como a mitigação ou correção dos efeitos presentes de discriminações praticadas no passado, de modo a realizar a efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (p.135).

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO PARAGUAI

Para garantir esses direitos, o Paraguai inicia pela própria Constituição Nacional, em artigo próprio, art.6º, que diz “*O Estado promoverá políticas que tenham por objetivo evitar violência no âmbito familiar e outras causas destruidoras de sua solidariedade*”. Ao compor, no corpo constitucional, um artigo específico tratando do assunto, demonstra que de fato há tal problema, mas também mostra a preocupação em solucioná-lo.

Além da Constituição, o Paraguai é signatário de diversos instrumentos que protegem os direitos humanos. Em nível mundial temos o Comitê sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), (LEI Nº 1215/1986), lei essa que objetiva reafirmar a necessidade de o Estado criar meios apropriados para garantir a igualdade entre o homem e a mulher, eliminando qualquer discriminação contra a mulher e conduzindo assim, para a efetivação de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano, fortalecendo a paz e o sentimento de segurança e igualdade entre todos.

A referida Convenção foi um instrumento determinante para a modificação de leis antes discriminatórias, como o Código Civil de 1992, além de normativas de identidade com a igualdade entre os gêneros, no processo da própria Constituição, também do ano de 1992. Há ainda pactos internacionais que protegem os direitos civis, políticos, econômicos e sociais, todos representando a vontade política em adotar interna e internacionalmente normas que protejam os direitos humanos fundamentais.

Há um importante ordenamento jurídico ainda como A Convenção dos Direitos Políticos da Mulher, dando um grande salto na luta da mulher por seus direitos de votar e ser votada, de participar de igual forma da gestão pública do governo que faz parte, é ganhou o direito de ocupar cargo público e exercer funções públicas em igualdade de condições em relação ao homem.

Ademais, no contexto interamericano foram ratificadas algumas convenções que consagram os direitos da mulher e rechaçam qualquer conduta violenta. A Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 1994, mais conhecida como a “Convenção de Belém do Pará” foi um importante mecanismo legal que impulsionou os resultados positivados em outros códigos paraguaios.

Como ideal de resultados positivados tem o Código Penal do Paraguai que evoluiu muito no que tange ao tema referente à violência a considerar a Lei nº1.160/97 aos dias atuais à Lei nº 5.378, qual ampliou o entendimento e elevou as punições para o agressor, tudo no intuito de erradicar a violência contra a mulher, através da Lei, alcançando as formas já existentes há séculos, como já citados inicialmente nesse artigo. Segue abaixo a evolução do Código Penal:

| | |
|-----------------------------|--|
| CÓDIGO PENAL LEY 1.160/97 | Art. 229 – Aquele que no âmbito familiar, exercer violência física sobre outros que conviva, será castigado com multa. |
| CÓDIGO PENAL – LEY 1.160/97 | Art. 229 – Aquele que, no âmbito familiar, ou submeter habitualmente a violência física ou dores psicológicas consideráveis sobre outro com quem conviva, será castigado com pena privativa de liberdade por até dois anos, ou multa. |
| LEY 4.628/12 | Art. 229 – Aquele que aproveitar-se do âmbito familiar, exercer violência física ou psíquica em forma reiterada a outro com quem conviva, será castigado com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa; sempre que do feito não surjam lesões, nos termos do artigo 111º, do Código Penal; em cujo caso não se exigira da reiteração. |
| LEY 5.378/14 | Art. 229, 1ro – Aquele que aproveitando-se do âmbito familiar ou de convivência, exercer violência física ou psíquica sobre outro com quem conviva ou não, será castigado com pena privativa de liberdade de um a seis anos 2do. Quando o feito de violência provocar resultados de lesão grave, se aplicará a sanção prevista no artigo 112, do Código Penal. |

Além da Convenção de Belém do Pará de 1994 tem a Convenção Americana de 1969 sobre os direitos humanos (conhecido como o “Pacto de San José”), e a Convenção Interamericana sobre concessão dos Direitos Civis à mulher. Essa última, ratificada no ano de 1963, aspirava manter o equilíbrio dos direitos entre o homem e a mulher, reconhecendo que esse já era um desejo de toda a sociedade.

No ano de 2000 foi enfim publicada a primeira lei, de caráter civil, a dispor de medidas de proteção

à mulher, a Lei nº1600/00. Inicialmente o projeto constava como nome da Lei sendo “Ley de Violência Contra la mujer”, sendo retirada a palavra ‘mulher’, foi publicada como *Ley Contra la Violência Domestica*. Isso porque contemplava a proteção e prevenção da mulher, inclusive a qualquer violência contra “toda pessoa”, mesmo não convivente, ou mesmo de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. E como garantia de cumprimento em caráter mais emergencial, a ONUMUJERES (2016), contempla que:

A lei prevê um processo sumaríssimo, quer dizer que deve tramitar em curto tempo e tem por característica, que demonstrada a veracidade dos fatos, o julgador deve adotar as medidas ser proteção, as quais podem ser: a exclusão do denunciado da habitação familiar; proibição de acesso do denunciado à casa ou lugares que causem perigo à vítima; proibição de introduzir armas ou substâncias tóxicas à casa, quando utilizadas para intimidar ou ameaçar os membros do grupo familiar; ou qualquer outro critério que o julgador ache pertinente à proteção da vítima. (p. 52-53). (Tradução própria).

Mesmo diante de todo esse histórico de luta da mulher por seus direitos, o governo Paraguai somente sancionou lei especial, hoje vigente, em 2016, a Lei nº 5.777/16, inspirada na história de Glória Zapattini, uma mulher que sofreu por vinte anos de violência doméstica perpetrada por seu ex-marido, sendo que a apunhalou doze vezes, chegando a deixá-la com dificuldades de mobilidade. Hoje ela não se cansa de lutar pelos direitos das mulheres que são vítimas de violência doméstica. A lei paraguaia, de “Proteccion Integral a las mujeres , contra toda forma de violencia ”, parte do pressuposto a erradicação da violência contra as mulheres, as políticas tendentes a promover a igualdade de gênero , bem como ao compromisso de proteção, gozo e exercício dos direitos humanos, estando, assim, de acordo com os tratados e convenções firmados em anos anteriores.

Ainda que tenha diferido o tratamento especial às necessidades de proteção às mulheres vítimas de violência no Paraguai, hoje o governo possui um aparato valoroso de promoção à denúncia, proteção às mulheres e punições ao agressor. O Paraguai dispõe de um Ministério próprio, que antes era conhecida como Secretaria da Mulher, hoje possui status de Ministerio de la Mujer. Há, segundo o Ministerio de la Mujer, um trabalho conjunto para sanção, prevenção e atenção à mulher, trabalho este que divide competências e responsabilidades entre Ministérios e outros órgãos, os quais trataremos a seguir.

O Ministerio de la Mujer conta com uma linha telefônica de atendimento e assessoria 24 horas, o “SERVICIO DE ATENCION Á LÁ MUJER” (SEDAMUR), o SOS 137. O SEDAMUR atende as mulheres procurando sempre acompanhar a mulher psicologicamente, além de orientação legal a depender da necessidade do caso concreto.

A Lei nº 5.777/16 também trouxe uma previsão de instauração duma casa de abrigo, essa já existe e é conhecida como “MERCEDES SANDOVAL” que é um alojamento de permanência temporária e apoio, este é um benefício precioso da Lei, pois possui atendimento técnico e profissional como: atenção

médica, capacitação de direitos e capacitação profissional, além de acompanhar o rendimento escolar dos filhos que acompanham a vítima, no caso a mãe destes. Esse Centro de Atendimento já tem produzido efeitos positivos no auxílio de estabilização da vítima e empoderamento das mulheres, sendo que só no ano de 2015 atendeu mais de uma centena de pessoas, 119 no total, informado pelo Ministerio de la Mujer.

Além da casa de abrigo “Mercedes Sandoval”, tem alguns Centros de Atenção regionais, como nas cidades de Curuguaty, Filadelfia, Ciudad del Este e Pedro Juan Caballero, juntos estes centros já atenderam mais de 1000 (mil) pessoas, segundo dados do Ministério de la Mujer. Ademais, a própria Policia Nacional também responsabiliza-se em cumprir as demandas das Lei n° 1.600/2000 e Lei n° 5.777/2016. Segundo dados do Observatório Nacional de Segurança e Convivência Cidadã da Polícia Nacional do Paraguai, a ONSCC, entre 2014 e 2015 foram registradas 4.945 denúncias de violência doméstica, ou seja, decorrente da Lei n° 1.600/00 sendo 89% dessas vítimas foram mulheres, conforme p.65, do livro da ONUMUJERES (2016).

O Ministério Público e o Poder Judiciário, como fiscal e cumpridor das leis são mais uma das entradas e meios de denúncia e punição dos feitos ocasionados por violência doméstica contra a mulher, e o Ministério Público do Paraguai informou em 2016, para o livro “Violência Contra Las Mujeres en Paraguay: Avances y Desafíos”, p.69 que os casos de violência doméstica, no país, está em 4° (quarto) lugar do ranking dos 10 (dez) casos puníveis mais frequentes no ano de 2015, sendo que no ano de 2016, no período de janeiro-setembro foram reportadas 7.592 denúncias de violência.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Malgrado o Brasil não tenha ministério próprio das Mulheres, nem abrigo nacional específico com os fins destinados às mulheres vítimas de violência doméstica como no Paraguai, o Brasil evoluiu de forma significativa nos últimos anos, positivando diversas leis e ratificando, apesar de vagarosamente, alguns tratados internacionais e interamericanos, dos quais o Paraguai também é signatário.

Veamos a Legislação Correlata das quais o Brasil também está incluso. No âmbito internacional, o Brasil está entre os países que, em razão dos direitos humanos, busca maneiras de se proteger a mulher e sua dignidade. O país, desde 1984 ratificou o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, apresentando, após algumas reservas, em 2002, seu primeiro relatório. Atualmente temos até uma brasileira que é membro do Comitê, a Sra. Silvia Pimentel, ingressando em seu mandato em 2005.

Além do Comitê, o Brasil também é membro da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), desde o primeiro momento de sua promulgação, demonstrando sua preocupação com os direitos da mulher e a igualdade entre os gêneros. Além disso, está também ligado com a Declaração e Plataforma

Mundial sobre a Mulher que ocorreu em Pequim (1995), já supramencionada, sendo o Paraguai também signatário assim como do Protocolo de Parlamento. Um dos maiores compromissos do Brasil com a proteção da mulher está no Protocolo de Palermo, promulgado em 2004, com o Decreto n. 5.017, o qual dispõe sobre o tráfico de pessoas, especialmente no que tange à mulher.

Nesse decreto, cada Estado signatário tem como objetivo aplicar medidas necessárias a estabelecer penas aos infratores, bem como dar assistência e proteção às vítimas e prevenir e combater ao tráfico, como descrito no art. 2º, do Decreto n. 5.017/2004. Importante destacar que este decreto já está sendo efetivo em alguns estados brasileiros, no que tange às ações corriqueiras nas fronteiras brasileiras, que de vez em quando fazem campanhas de combate contra o tráfico de mulheres. O Pacto São José da Costa Rica, ratificado apenas no ano de 1992, assim como a Declaração dos Direitos Humanos, é também um instrumento internacional importante na proteção dos Direitos Humanos.

Apesar de o Brasil não possuir um Ministério das Mulheres, o Senado possui o Observatório da Mulher contra a violência (OMV), que foi criado há pouco tempo, em 2016, através da Resolução do Senado n. 7º, com o intuito de ajudar para o fim da violência contra a mulher no país. Sua missão é contribuir para este objetivo, além de ser também uma plataforma nacional de pesquisas e dados referente a essa temática.

Há no país, diversas leis nacionais que procuram auxiliar no enfrentamento deste problema, que como vimos ocorre não só no Paraguai, mas também no mundo, e o Brasil não está fora dessa logística. Assim sendo, a própria Constituição Federal (1988), dispõe de alguns mecanismos a coibir a violência entre as relações familiares e contra as mulheres. Consubstanciando esse entendimento, temos como um dos objetivos da Carta Magna a promoção do bem de todos sem preconceito ou qualquer discriminação, no art. 3º da CF/88, e no art. 5º, garante a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

O Código Penal Brasileiro, como o Código Penal Paraguaio, sofreu também algumas mudanças a fim de garantir os direitos das mulheres na sociedade. No Código Criminal de 1830, era justificável o crime em nome da própria honra, e a mulher era comumente punida em caso de adultério, sendo o homem levado sempre de forma mais branda e, na grande maioria, era encoberto os fatos, já que as mulheres eram ameaçadas e viviam com medo por serem totalmente dependentes dos maridos.

O Código Penal vigente, do ano de 1940, já teve várias modificações, principalmente após a Lei Maria da Penha. Hoje, os crimes contra a mulher com as disposições da Lei n. 11.340/2006 possuem maior gravidade. Não há mais justificativa de crimes passionais, nem em razão da honra como antes, hoje o feminicídio é um crime qualificado, tendo pena maior do que a descrita na Lei do Paraguai (Lei n. 5.777/16) em seu art. 50, no Paraguai o feminicídio possui pena de dez a trinta anos, enquanto no Brasil parte de doze anos a trinta anos, com reclusão, conforme art. 121, VII, do Código Penal (Lei n. 2848/1940).

Antes de nos determos à Lei Maria da Penha, especialmente criada para combater a Violência contra a mulher, não podemos deixar de citar a Lei n. 10.778, de 2003, que descreve a notificação obrigatória dos setores de saúde pública e privada em indicar os casos de violência contra a mulher, auxiliando ainda mais em quantificar os problemas e casos, a fim de identificar possíveis soluções para os mesmos.

Assim como no Paraguai, o Brasil possui um telefone de emergência que atende diariamente às denúncias de violência cometidas no ambiente familiar contra a mulher, o DISQUE 180, uma Central importante no combate a esse tipo de crime. Apesar de não ser objeto do nosso estudo, o feminicídio tem crescido muito nos países em comento, e o Brasil dispõe da Lei n. 13.285/2016, sobre a preferência de julgamento nos crimes hediondos, e com uma das mais graves penas do Código Penal, o feminicídio é crime equiparado a hediondo, ou seja, remete preferência no curso processual penal dentro do Poder Judiciário.

Após muitos anos de luta por direitos iguais, liberdade, independência laboral e o ideal machista da sociedade, a mulher conquistou garantias consagradas na legislação brasileira, um dos maiores efeitos está através da Lei Maria da Penha.

A Lei ganhou esse nome em homenagem a história da farmacêutica cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, que durante 23 (vinte e três) anos sofreu violência doméstica perpetrada por seu ex-marido. O seu ex-marido tentou matá-la por duas vezes, sendo a primeira com um tiro em Maria, enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica, e ainda permaneceu sofrendo, pois houve uma segunda vez, por meio de eletrocussão e afogamento. Na segunda tentativa, Maria teve coragem de denunciar seu ex-marido e enfrentou um processo de quase vinte anos, até vê-lo “pagando” pelos crimes cometidos contra ela.

A Lei determina que todo caso de violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher é crime, apurado mediante inquérito policial, remetido ao Ministério Público. Esses crimes são julgados normalmente nas varas crimes estaduais, quando não há juizados especializados de violência doméstica contra a mulher, o que, no Brasil, em grande parte das cidades não há. O texto legal foi amplamente discutido pela sociedade em audiências públicas e entidades parlamentares e civis, tendo sido aprovada por unanimidade pelo Congresso Nacional.

Em vigor desde setembro do ano de 2006, a Lei Maria da Penha dá cumprimento à Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil desde 1994, e também à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Organização das Nações Unidas. Para a garantia e efetividade da Lei, o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, bem como o observatório da mulher, do Senado Federal, trabalha pela ampla divulgação da legislação à população, para facilitar o acesso à justiça para a mulher que sofre de violência.

Assim, realiza campanhas contra a violência doméstica, focando na importância da mudança cultural, como, por exemplo, os tipos de frases como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, ou até mesmo que “a violência pode ser justificada pelo comportamento da mulher”, dados informados pela pesquisa realizada entre policiais brasileiros, policiais estes que recebem e têm o dever de lavrar o termo e abrir o inquérito contra os agressores. Este é só mais um dos obstáculos enfrentados pelas vítimas.

A Lei ampliou as penas aplicadas ao agressor, sendo de aplicação maior até um terço, podendo ser de um a três anos de prisão, sem a possibilidade de pena pecuniária, e determina o encaminhamento das mulheres vítimas de violência a programas e serviços de proteção e assistência social, no entanto, nem todas as unidades possuem esse atendimento e na maioria das vezes, as mulheres voltam para casa sem esses serviços determinados pela lei.

Diferente da Lei Paraguaia, a qual não trata da permissão de mediação, nem arbitragem durante o processo, nem mesmo em possível renúncia, a Lei Maria da Penha estabelece que perante o juiz, pode a vítima renunciar da denúncia feita, por diversos motivos, as mulheres brasileiras renunciam na maioria das vezes, seja por dependência, por medo, por ameaças, enfim.


CONSIDERAÇÕES FINAIS: EFETIVIDADE DAS LEIS E SEUS AVANÇOS

A definição mais abrangente à expressão “violência contra a mulher” feita pela Declaração de Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em 1995, em Pequim-China, como sendo quaisquer atos de violência, inclusive em forma de ameaça, coerção ou outra privação arbitrária de liberdade, que tenham por base o gênero e que resultem ou possam resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, e que se produzam na vida pública ou privada.

A partir da definição supramencionada percebe-se a importância de levar o assunto também à natureza pública, não apenas à natureza privada, como ocorria anteriormente, quando o tema só era discutido na seara privada dizendo respeito apenas à família ou ao casal. Até porque a violência contra a mulher viola os direitos humanos e fundamentais, bem como contrapõe os objetivos da igualdade e desenvolvimento garantidos na Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso I, assim como na Constituição Paraguaia, no artigo 48.

Como observado, em pleno século XXI, ainda temos grandes desafios para a eficácia das normas e a erradicação da violência contra a mulher. E o mais alarmante é perceber que as leis específicas só foram sancionadas recentemente, e a violência só cresceu nos dois países, como demonstrados pelos dados fornecidos pelos observatórios das mulheres dos dois governos. Esses dados só provam a importância de leis e programas que assegurem os direitos das mulheres em ambos os países, seja em âmbito nacional, como estadual e municipal, estando todos juntos com apenas um propósito a erradicação da violência contra a mulher, assim mais fácil chegaremos ao objetivo.

Apesar da proteção à mulher estar hoje assegurada e regularizada em Lei Federal nos países em comento, há muitos obstáculos que as mulheres enfrentam até denunciar e tomar novos rumos em suas vidas. Como, por exemplo, a dependência financeira que elas têm em relação aos companheiros, e quando há filhos menores é ainda mais difícil desvincilharem do relacionamento. Ademais, na maioria das vezes, muitas são as denúncias anônimas, e quando a vítima denuncia é levada por amigos e familiares, tudo por causa do medo e ameaças dos agressores.



Ao chegarem às delegacias civis, muitas vezes ainda passam por humilhação de policiais e do sistema penal como um todo que não estão preparados para o atendimento desses casos e passam a justificar a agressão sofrida pelas mulheres. Alguns policiais, em pesquisa realizada com policiais, pelo DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher, no Brasil, quando questionados sobre “o que acham da violência contra a mulher”, 28 % deles dizem acreditar que a violência pode ser justificada pelo comportamento da mulher e do homem.

Além de alguns concordarem com a ideia de violência ser justificável, há aqueles que tentam fazer a mulher desistir da denúncia e a persuadem no sentido de voltar para casa e tentar resolver na conversa, esquivando-se do dever de zelar pela integridade da mulher violentada e punir o agressor. Além do mais, poucos são os lugares que possuem delegacia de mulheres. No caso do Brasil, as delegacias especializadas não são abertas 24 horas, e algumas fecham aos finais de semana.

Tanto no Paraguai, como no Brasil, um dos grandes problemas é a capacitação dos agentes públicos, já que as leis os colocam como importantes meios de auxílio às vítimas. Além da humilhação que passam em algumas delegacias brasileiras, ou nas polícias nacionais paraguaias, as mulheres sentem dificuldade no que tange a ter de provar as agressões, que é o caso em que muitos agressores não são punidos.

Um dos maiores avanços que temos são as casas de assistência gratuita às vítimas e seus dependentes, e também, ao aumento de denúncias, que podemos ter como avanço, em razão de que mais mulheres têm se informado da lei e de seus direitos, e têm sido assim, encorajadas a denunciar os agressores, e não mais suportarem as diversas formas de violência sofrida.

No Brasil, constatou-se aumento no percentual de mulheres que declararam ter sido vítimas de violência por um homem, considerando o percentual passou de 18%, em 2015, para 29 % em 2017. Já no Paraguai a cifra percentual, é em números de casos, de acordo com a Polícia Nacional, já registraram mais de 280 casos de violência, psicológica e física, de mulheres.

Cumprе salientar em que pese o Brasil ter colocado em vigência a lei Maria da Penha antes da entrada em vigor da Lei de proteção integral a mulher contra toda forma de violência, no Paraguai, os mecanismos de proteção nesse último são mais eficientes sob o prisma da integração dos órgãos públicos de proteção, criando uma ramificada rede de amparo e assistência à mulher.

Esses casos só comprovam a necessidade emergencial de se aplicar de forma ainda mais efetiva as leis e os programas descritos nesse trabalho. Não há como negar que a violência contra a mulher é um problema de segurança pública, seja pelo governo paraguaio, como pelo governo brasileiro. Salienta-se que ambos os governos buscaram providências legais a proteger a dignidade e liberdade da mulher, apesar de ser depois de tanto tempo de histórico violento e de desigualdade entre os gêneros.

As recomendações a serem dadas partem da importância de estabelecer investimentos de políticas públicas e equipar os agentes policiais de conhecimento e preparação para receberem as vítimas mais

adequadamente, podendo assegurar seus direitos, que os entes federativos, juntamente, intervenham na sociedade a mudar a mentalidade machista e muitas vezes egoísta, através de campanhas de informação e conscientização. Que as vítimas se sintam motivadas a denunciar, sentindo-se seguras e entenderem que podem viver de forma digna e independente, seja psicologicamente, fisicamente ou economicamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de Agosto de 2018.

BRASIL, **Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 de Agosto de 2018.

BRASIL. **Protocolo de Palermo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 de Agosto de 2018.

CANCIAN, Renato. **Feminismo: movimento surgiu na Revolução Francesa**. Especial para a o 3 Pedagogia & Comunicação. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://educação.uol.com.br/disciplinas/sociologia/feminismo-movimento-surgiu-na-revolucao-francesa.htm>>. Acesso em 20 de Julho de 2018.

CORRÊA, L. R. **A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juros, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto de ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa*, v.38, n.151, p. 129-152, jul /set, 2001.

PARAGUAI. **Constitucion De La República Del Paraguay (1992)**. Disponível em: <<http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>>. Acesso em 08 de Agosto de 2018.

PARAGUAI. **Código Penal de La Republica Del Paraguay**. Disponível em: <www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2018.

PARAGUAI. **ONU Mujeres. Violencia contra las mujeres em Paraguay: Avances y Desafíos.** . Disponível em: <<http://www.cde.org.py/publicacion/violencia-contra-las-mujeres-en-paraguay-avances-y-desafios/>> Acesso em: 26 de Julho de 2018.

PARAGUAI. **Ley Contra La Violencia Domestica. Ley N. 1.600/2000.** Disponível em: <<http://www.mdp.gov.py/biblioteca/publicaciones/ley-160000-contra-la-violencia-domestica>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2018.

PARAGUAI. **Ley de proteccion integral a las mujeres contra toda forma de violencia. Ley 5.777/2016.** Disponível em: <<http://www.mujer.gov.py/index.php/ley-5777>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2018.

PARAGUAI. **Dados Da Policia Nacional Del Paraguay.** Disponível em: <<https://www.telesurtv.net/news/casos-violencia-contra-la-mujer-paraguay-20180224-0034.html>>. Acesso em 19 de Agosto de 2018.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos.** Disponível em: <www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 20 de Agosto de 2018.

ONU. **Declaração E Plataforma De Ação Da Iv Conferência Mundial Sobre A Mulher,** Pequim 1995, pg.189-191. Disponível em: www.onumulheres.org.br. Acesso em 07 de Agosto de 2018.

SENADO FEDERAL, **Pesquisa Instituto DATASENADO.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/o-tipo-de-violencia-sofrida>>. Acesso em 08 de agosto de 2018.

AUTONOMIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Lucas de Oliveira Morais¹

Luzimar Pereira da Silva Morais²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar e alertar os Poderes Legislativos Municipais desta vasta nação que, embora o Município tenha recebido competência tributária para legislar sobre determinados tributos, esta autonomia legislativa, mesmo nos casos de impostos municipais, não é absoluta e a não observância aos limites estabelecidos pode gerar graves danos ao executivo municipal e principalmente à população como um todo.

Palavras-chave: Competência Legislativa; Municípios; Autonomia.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo demostrar y alertar a los Poderes Legislativos Municipales de esta vasta nación que, aunque el Municipio haya recibido competencia tributaria para legislar sobre determinados tributos, esta autonomía legislativa, incluso en los casos de impuestos municipales, no es absoluta y la no observancia los límites establecidos pueden generar graves daños al ejecutivo municipal y principalmente a la población como un todo.

Palabras-clave: Competencia Legislativa; Municipios; Autonomía.

1 Auditor de Tributos. Gerente do Simples Nacional (até 10/2017). Superintendente da Administração Tributária do Município de Goiânia/GO (10/2017 aos dias atuais). Participante da Câmara Técnica Permanente (CTP) da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais - ABRASF (10/2017 aos dias atuais). Professor de Direito Tributário, Processo Tributário e Administrativo na Faculdade Sul Americana - FASAM (01/2014 aos dias atuais); Professor Convidado da Rede Juris no Curso Preparatório para OAB (1ª fase e 2ª fase). Professor Convidado da Rede Juris na Pós-Graduação em Prática Tributária e Processo Tributário. Professor do Instituto de Pós-Graduação - IPOG - nas disciplinas de Legislação Tributária Municipal (ISS, IPTU e ITBI), Processos Administrativos e Judiciais Tributários e Simples Nacional. **Mestrado em Direito Tributário** na Pontifícia Universidade Católica Argentina - UCA (Cursando). E-mail: lucasmorais_eng@hotmail.com

2 Advogada. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Faculdade Sul Americana - FASAM (2018). Graduada em Administração de empresas pela Fundação Universidade do Tocantins (2011). Técnica em Contabilidade e Habilitação Profissional em Magistério pela Escola Marechal Rondon. Atuante no mercado da construção civil com destaques e premiações. **Mestrado em Direito Tributário** na Pontifícia Universidade Católica Argentina - UCA (Cursando). E-mail: luzimarsilvamorais@gmail.com

INTRODUÇÃO

O equilíbrio de uma relação tributária depende da segurança jurídica estabelecida entre sujeito passivo e sujeito ativo. No âmbito tributário municipal, temos percebido esta relação jurídica cada vez mais conflituosa e, sem dúvida, um dos principais motivos encontra-se no fato de que o legislador municipal acaba por extrapolar suas competências legislativas no ato de instituição dos tributos municipais, o que gera um efeito danoso para ambas as partes.

O executivo municipal, fundado em uma legislação tributária aprovada pela Câmara Municipal, acaba por prever na Lei Orçamentária Anual receitas correspondentes, o que lhe permite fixar despesas adicionais com saúde, educação ou com investimentos, por exemplo. O contribuinte, diante de uma legislação tributária inconstitucional ou ilegal acaba por não efetuar o pagamento do tributo, buscando meios judiciais para que efetuado o controle hierárquico.

Assim, sempre que o Poder Legislativo Municipal exorbita da sua autonomia, danos severos são causados ao Poder Executivo Municipal e principalmente à sociedade como um todo face a frustração de receitas com necessidade de imediato corte de despesas já fixadas. Além disso, são gerados custos desnecessários com a administração tributária, já que, inúmeros autos de infrações, por exemplo, que consumiram várias horas de trabalho do servidor público, serão anulados em médio prazo.

Contribuinte também amarga sérios danos. Diante desta insegurança, deixa suas atividades fins e passa a se preocupar com maior rigor com a questão tributária, demandando tempo e recursos financeiros com a contratação de especialistas que irão lhe defender diante de uma justiça cada vez mais lenta e incerta face às constantes mudanças de entendimentos.

Assim, o objetivo deste artigo é demonstrar e alertar os Poderes Legislativos Municipais que, embora o Município tenha recebido competência tributária para legislar sobre determinados tributos, esta autonomia legislativa, mesmo nos casos de impostos municipais, não é absoluta, sendo necessário observar legislações superiores, em especial a Constituição Federal de 1988, Código Tributário Municipal e Leis Complementares diversas, tais como a Lei Complementar 116/03 que dispõe sobre as normas gerais do Imposto sobre Serviços (ISS).

COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Em relação aos **Impostos**, Carta Magna atribuiu à **União** (art. 153) competência privativa para instituir impostos sobre: a) importação de produtos estrangeiros (II), b) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE), c) renda e proventos de qualquer natureza (IR), d) produtos industrializados (IPI), e) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF); f) propriedade territorial rural (ITR) e g) grandes fortunas, nos termos de lei complementar

(IGF). Também atribuiu à União (art. 154) competência privativa para instituir os impostos residuais (aqueles ainda não previstos no artigo 153), bem como os impostos extraordinários sobre guerra (IEG).

Carta Magna também atribuiu aos **Estados e ao Distrito Federal** (art. 155) competência privativa para instituir impostos sobre: a) transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS) e c) propriedade de veículos automotores (IPVA).

Por fim, com relação aos **Impostos**, Carta Magna atribuiu aos **Municípios** (art. 156) e também ao **Distrito Federal** - por força do art. 147 da CF/88 - a competência privativa para instituir impostos sobre: a) propriedade predial e territorial urbana (IPTU), b) transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI) e c) serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, da CF/88, definidos em lei complementar.

Em relação às **Taxas**, Carta Magna atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 145, inciso II) competência comum para instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O mesmo ocorreu em relação às **Contribuições de Melhoria**, já que a Carta Magna atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 145, inciso III) competência comum para instituir contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Instituição dos **empréstimos compulsórios** (art. 148), **contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas** (art. 149) foi atribuída à competência privativa da União. Exceção para a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a instituição da contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário próprio (art. 149, §1º).

Assim, competência dos Municípios para a instituição de tributos pode ser assim resumida: a) Competência privativa para instituição do IPTU, ITBI e ISS e b) Competência comum para instituição de taxas e contribuições de melhoria.

DAS EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICAS PARA CADA TRIBUTO

Ao mesmo tempo em que define as Competências Tributárias, Carta Magna já deixa evidente que estas não podem ser exercidas de forma absoluta, fazendo exigências específicas para os tributos cuja competência foi atribuída aos entes federativos.

Artigo 153 da CF/88 ao estabelecer competência privativa da União em relação a alguns impostos, dedicou 05 (cinco) parágrafos trazendo estas exigências específicas. A título de exemplo, verificamos que a Carta Magna atribuiu à competência privativa da União a instituição do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI (art. 153, inciso IV), mas restringe esta competência ao exigir (art. 153, §3º), por exemplo, que este seja seletivo, em função da essencialidade do produto e não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

Interessante observar que as exigências específicas ocorreram até mesmo em relação aos impostos ainda não previstos na CF/88. Ao estabelecer competência privativa da União para instituir impostos residuais (art. 154, inciso I) foram feitas exigências específicas no sentido de que estes sejam instituídos mediante Lei complementar, que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF/88;

O artigo 155 da CF/88 ao estabelecer competência privativa dos Estados e do Distrito Federal em relação ao ITCMD, ICMS e IPVA, dedicou 06 (seis) parágrafos trazendo estas exigências específicas. A título de exemplo, verificamos que a Carta Magna atribuiu à competência privativa dos Estados e do Distrito Federal a instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – ICMS (art. 155, inciso II), mas restringe esta competência ao exigir (art. 153, §§ 2º ao 5º), por exemplo, que o ICMS seja não-cumulativo (§2º, inciso I) e seletivo (§ 2º, inciso III), dentre várias outras exigências.

Da mesma forma, artigo 156 da CF/88 ao estabelecer competência privativa dos Municípios em relação a alguns impostos, dedicou 03 (três) parágrafos trazendo estas exigências. Por se tratar de nosso objeto de estudo, passamos a detalhá-las.

Carta Magna atribuiu à competência privativa do Município a instituição do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU (art. 156, inciso I). Redação original do §1º do artigo 156 da CF/88 tinha enfoque exclusivo no caráter extrafiscal do IPTU, estabelecendo que este poderia ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade, não fazendo menção à progressividade fiscal. Emenda Constitucional n. 29/2000 passou a melhor detalhar o **caráter extrafiscal do IPTU** estabelecendo a **progressividade no tempo**. Inovou com a **progressividade fiscal**, deixando consignado nos incisos I e II do §1º do artigo 156 que além da progressividade no tempo a que se refere o artigo 182, §4º, inciso II, CF/88, o IPTU ainda poderá ser **progressivo em razão do valor do imóvel** e ter **alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel**.

Neste sentido Súmula 668 do STF, segundo qual “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”. Nestes casos, não obstante seja reconhecida a inconstitucionalidade da lei municipal, STF entende que esta só se apresenta incons-

titucional no tocante à progressividade das alíquotas, motivo pelo qual a solução mais adequada seria manter a exigibilidade do tributo com redução da gravosidade ao patrimônio do contribuinte ao nível mínimo, isto é, adotando-se a alíquota mínima como mandamento da norma tributária. Neste sentido RE 602347/MG que afastou a cobrança do IPTU relativo ao período entre 1995 e 1999, por entender inconstitucional a progressividade prevista na Lei 5.641/1989 do Município de Belo Horizonte/MG³.

Carta Magna também atribuiu à competência privativa do Município a instituição do imposto sobre transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI (art. 156, inciso II), sendo esta competência restringida no §2º deste mesmo dispositivo legal, segundo o qual este “**não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil**”.

Por fim, Carta Magna atribuiu à competência privativa do Município a instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar - ISS (art. 156, inciso III), ou seja, embora tenham os Municípios recebido competência para instituir impostos sobre serviços, está competência encontra-se restrita aos serviços previstos na lista de serviços anexa à LC 116/03, lista taxativa, embora se admita interpretação extensiva (Maireles, 2017, p.236/8).

Neste sentido, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou a inconstitucionalidade da LC 711/2014 do Município de Marília/SP no tocante à inclusão do exercício de Óptico Optometrista e prestação de serviços de optometria básica e plena na lista de Impostos sobre Serviços (ISS). Por se tratar de profissão que não consta na lista taxativa anexa à LC 116/03 o Município extrapolou suas competências legislativas.⁴

Competência para a instituição o ISS ainda sofre limitações face às exigências do §3º do artigo 153, segundo o qual cabe à **Lei Complementar fixar as suas alíquotas máximas e mínimas, excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior e regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados**. Assim, os Municípios, ao exercerem sua competência tributária para instituir o ISS possuem autonomia para definir sua alíquota, mas devem observar uma alíquota mínima e uma máxima. (SABBAG, 2248). Devem observar uma **alíquota mínima de 2%**, não podendo o imposto ser objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários

3 STF – RE: 603347 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/05/2010, Data de Publicação: DJe-102 DIVULG 07/06/2010 PUBLIC 08/06/2010.

4 TJ-SP – ADI: 2267563-71.2015.8.26.0000, Relator Ricardo Anafe, Data de Julgamento: 15/0/2016, Órgão Especial, Data de Publicação: 29/06/2016.

ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação desta alíquota mínima (com exceção dos serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a LC 116/03), sendo nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste artigo no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço (artigo 8º-A da LC 116/03).

Os Municípios, ao exercerem sua competência tributária para instituir o ISS, também devem observar uma **alíquota máxima de 5%** (art. 8º, inciso II, LC 116/03). Por fim, o artigo 2º, inciso I, da LC 116/03, em obediência ao artigo 156, §3º da CF/88 é incisivo no sentido de que **“O imposto não incide sobre as exportações de serviços para o exterior do País”**, sem dúvida alguma criando mais uma limitação à competência legislativa dos Municípios.

Em relação às alíquotas mínimas e máximas do ISS, cumpre trazer à baila Lei n. 2.859/2013 do Município de Lorena/SP que, extrapolando sua autonomia legislativa, estabeleceu uma alíquota de 1%, portanto inferior à mínima (2%), para os serviços realizados pelas sociedades organizadas sob a forma de cooperativa (exceto serviços de saúde). Por esta razão, declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁵

Com relação à competência dos Municípios para instituir **Taxas**, fácil perceber que estamos diante de um tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente de uma atividade estatal específica. Não se trata de qualquer atividade estatal, estando a competência limitada a 02 (duas) atividades estatais específicas, quais sejam: a) Exercício regular do Poder de Polícia (art. 78 do CTN) ou b) Serviços públicos específicos (quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas – art. 77, inciso II, CTN) e divisíveis (quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários – art. 77, inciso III, CTN), prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Em razão desta limitação, embora tenham os Municípios recebido competência para instituir taxas, **estas não podem ter como fundamento um poder de polícia ou serviços públicos específicos e divisíveis fora do âmbito de suas respectivas competências**. Neste caso, o Município não teve o custo decorrente do exercício do poder de polícia ou da prestação de serviço público específico e divisível, motivo pelo qual a cobrança da taxa correspondente não terá caráter de contraprestação resultando em enriquecimento ilícito ao Município que a instituir.

⁵ TJ-SP – ADI: 20836455920188260000 SP 2083645-59.2018.26.0000, Relator: Geraldo Wohlers, Data de Julgamento: 03/10/2018, Órgão Especial, Data de Publicação: 04/10/2018.

Os **Municípios também não podem instituir taxas sobre serviços públicos universais**, ou seja, sobre aqueles serviços prestados à coletividade como um todo, tais a iluminação pública e limpeza de vias públicas. Neste sentido, Súmula 670 e Súmula Vinculante n. 41 do STF, segundo as quais “*O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa*”. Pela mesma razão, corte suprema reconhece inconstitucional qualquer legislação municipal que institua **taxa em razão de serviços públicos de limpeza**⁶ e também **taxa em razão do exercício da segurança pública**.⁷

Ainda em decorrência do caráter de contraprestação da taxa, legislação municipal, ao instituir a espécie tributária em comento, deve sempre observar que esta não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei.⁸ Neste sentido, julgado inconstitucional o artigo 6º da Lei 9.670/83 do Município de São Paulo/SP, já que, ao instituir a taxa de licença para localização, funcionamento e instalação, definiu sua base de cálculo em razão do número de empregados, o que se desvincula do maior ou menor trabalho ou atividade que o poder público se vê obrigado a desempenhar em decorrência da força econômica do contribuinte.⁹

Por fim, com relação à competência dos Municípios para instituir **Contribuições de Melhoria**, notório que estamos diante de um tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente de uma atividade estatal específica, qual seja, realização de obra pública e valorização imobiliária (art. 145, III, CF/88 e art. 81 do CTN). Assim, embora tenham os Municípios recebido competência para instituir contribuição de melhoria, **esta não pode ser instituída quando se tratar de uma obra particular, mesmo que ocorra valorização imobiliária**. Neste caso, o Município também não teve o custo decorrente da realização da obra e eventual cobrança de contribuição de melhoria não terá caráter de contraprestação resultando em enriquecimento ilícito ao Município que a instituir. **Município também não pode, ao instituir a contribuição de melhoria, prever sua incidência independente de valorização imobiliária**. Corte suprema, no julgamento do RE 114.069-1 SP se manifestou no sentido de que “*sem valorização imobiliária, decorrente de obra pública, não há contribuição de melhoria, porque a hipótese de incidência desta é a valorização e a sua base é a diferença entre dois momentos: o anterior e o posterior à obra pública*”.¹⁰

6 STF – RE: 576321 QO-RG - RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/12/2008, Data de Publicação: DJE-030 DIVULG 12/02/2009 PUBLIC 13/02/2009

7 STF – RE: 536639 RN, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data e Julgamento: 07/08/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ-e 170 DIVULG 28/08/2012 PUBLIC 29/08/2012

8 STF – ADI: 2551 MC-QO - MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2003, Data De Publicação: 20/04/2006.

9 STF – RE: 554954 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ-e 227 DIVULG 18/11/2013 PUBLIC 19/11/2013

10 STF – RE: 114.069-1 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 15/04/1994, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ de 30/09/1994

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Artigo 150 ao 152 da CF/88 estabelece as limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelecendo princípios tributários, tais como o princípio da legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal, vedação ao confisco e não limitação ao tráfego de pessoas e bens, os quais devem ser necessariamente observados pelos Municípios ao legislarem no âmbito tributário, sendo portanto uma limitação à autonomia legislativa destes.

Neste sentido, **não podem os Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça** (art. 150, inciso I, CF/88), o que deixa consignado o **princípio da legalidade**, a ser observado para todos os elementos da hipótese de incidência, ou seja, para a instituição e extinção de tributos, a majoração e redução de tributos, a definição do fato gerador da obrigação tributária principal e do seu sujeito passivo, a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas, as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. (art. 97 do CTN). Vale observar que a simples atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo não constitui majoração de tributo (art. 97, §§ 1º e 2º, CTN), o que pode ser feito por Decreto do Poder Executivo, sem necessidade de Lei.

A título ilustrativo, cumpre mencionar que a Fazenda Municipal de Belo Horizonte/MG, para fins de cobrança do IPTU, em vez de aplicar o percentual de 5,88%, correspondente à variação do IPCA/IBGE entre os meses de janeiro a dezembro de 2006, majorou, por meio do Decreto n. 12.262/05, o valor venal dos imóveis em questão em mais de 58% no ano de 2006. Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade do referido Decreto, vez que foi extrapolada a autonomia Municipal face a não observância do princípio constitucional da legalidade.¹¹

Os Municípios ainda se encontram vedados de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, o que deixa consignado o **princípio da isonomia**.

Os Municípios, também não podem cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (**princípio da irretroatividade**); b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (**princípio da anterioridade anual**); c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (**princípio da anterioridade nonagesimal**). (artigo 150, inciso III, alíneas “a”,

¹¹ STF – RE: 648.245 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/08/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ-e 38 DIVULG 21/02/2014 PUBLIC 24/02/2014

“b” e “c”, CF/88, respectivamente). Vale ressaltar que os princípios da anterioridade anual e nonagesimal não se aplicam nos casos previstos no artigo 150, §1, CF/88. Para os tributos municipais a única exceção é para a base de cálculo do IPTU, que se encontra dispensada da observância da anterioridade nonagesimal, embora a anterioridade anual ainda seja de observância necessária.

Observa-se também que, conforme entendimento de nossos Tribunais Pátrios, a extinção de benefícios, tais como a revogação de uma isenção, afigura-se aumento indireto de imposto, motivo pelo qual a Lei correspondente também deve observância aos princípios da irretroatividade, anterioridade anual e anterioridade nonagesimal (salvo nos casos das exceções contidas no art. 150, §1º da CF/88), razão pelo qual LC 188/2016 do Município de Barra do Garças/MT, ao declarar a suspensão da isenção do ISSQN com efeitos imediatos, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso¹².

A competência legislativa dos Municípios ainda deve ser exercida de forma que o tributo não seja utilizado com efeito de confisco (**princípio da vedação ao confisco**), sendo inadmissível qualquer dispositivo na legislação local que faça previsão à possibilidade de interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (Súmula 70 do STF), de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323 do STF) ou de proibição ao exercício das atividades habituais do contribuinte (Súmula 547 do STF). Ainda em relação ao princípio da vedação ao confisco, importante deixar consignado que o entendimento da Corte Suprema é no sentido de que a abusividade da multa punitiva apenas se revela naquelas arbitradas acima do montante de 100% do valor do tributo¹³.

Aos Municípios também é vedado estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

IMUNIDADES

A CF/88 ainda trata sobre as IMUNIDADES, excluindo da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a possibilidade de instituir **impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (imunidade recíproca** - assegurando a permanência do equilíbrio no Pacto Federativo brasileiro). Imunidade extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou as delas decorrentes, mas que não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com

12 TJ-MT – Remessa Necessária: 00079215920168110004179440/2016, Relator: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK, Data de Julgamento: 22/05/2017, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 06/07/2017
13 AI 851.038 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/02/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-47 DIVULG 11/03/2015 PUBLIC 12/03/2015

exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. (art. 150, inciso VI, alínea “a” e §§ 2º e 3º).

Entes federativos são ainda vedados de instituírem **impostos** sobre os **templos de qualquer culto** (**imunidade religiosa** – garantindo a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, conforme artigo 5º, inciso VI, CF/88), imunidade que abrange apenas o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais destas entidades. (artigo 150, inciso VI, “b”, §4º, CF/88). Ao fazerem uso de sua competência legislativa no âmbito tributário, os Municípios devem não apenas replicar dispositivos legais da CF/88, mas também observar entendimentos do STF sobre a questão. Devem, por exemplo, estender esta imunidade aos cemitérios, já que, no entendimento da Corte Suprema, consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso e estão contemplados pela imunidade.¹⁴ Legislação Municipal ainda não pode proibir de pronto a imunidade de imóveis pertencentes à instituição religiosa pelo simples fato de que se encontram alugados a terceiros, já que segundo Corte Suprema a imunidade supramencionada abrange não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com suas finalidades essenciais.¹⁵

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ainda tiveram mitigadas sua competência legislativa por não poderem instituir **impostos** sobre o patrimônio, renda ou serviços dos **partidos políticos**, inclusive suas fundações, **das entidades sindicais dos trabalhadores**, das **instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei**¹⁶, imunidade que também abrange apenas o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais destas entidades. (artigo 150, inciso VI, “c”, §4º, CF/88). Súmula 730 do STF deixa consignado que “*A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, c, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários*” e Súmula Vinculante 52 do STF, por sua vez, estabelece que “*Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da CF, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas*”. A tudo isto o Município deve estar atendo ao exercer sua autonomia tributária.

14 STF – RE: 578562 BA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-172 DI-VULG 11/09/2008 PUBLIC 12/09/2008 EMENT VOL-02332-05 PP-01070.

15 STF – RE 325.822, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/12/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14/05/2004.

16 Art. 14 do CTN - O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Por fim, a imunidade impede que entes federativos legislem de forma a instituir impostos sobre os **livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão** (fomentando o direito social à educação – artigo 6º da CF/88) e sobre os **fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham**, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser (fomentando a elaboração de obras musicais e literomusicais de autores brasileiros). Corte Suprema possui entendimento de que esta imunidade não abrange os serviços prestados por empresas que fazem a distribuição, o transporte ou a entrega de livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão.¹⁷

EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PARA DISPOR SOBRE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA, EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, PARA REGULAR AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR E PARA ESTABELEECER NORMAS GERAIS EM MATÉRIA DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

O artigo 146 da CF/88 também se caracteriza por trazer grande limitação ao poder de legislar do Município no âmbito tributário ao estabelecer que **cabe à Lei Complementar** dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e 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 na CF/88, 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 e d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.

Conflitos de competência em matéria tributária é tema bastante recorrente. Conflito entre Municípios a fim de cobrarem o ISS, conflito entre Estado e Município a fim de cobrarem respectivamente o ICMS ou ISS e conflito entre União e Município a fim de cobrarem respectivamente o ITR ou IPTU, são apenas alguns dos exemplos dentre vários possíveis. Por isso, o artigo 146, inciso I, da CF/88 acerta ao estabelecer que compete à Lei Complementar dispor sobre conflito de competência em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Na prática verificamos que o artigo 146, inciso I, da CF/88 limita a competência legislativa dos Municípios, impedindo que legislação local trate, por exemplo, sobre o local de incidência do ISS, o que é definido pelo artigo 3º da LC 116/03, dispositivo legal que deve ser replicado sem alteração nas legislações locais dos Municípios.

¹⁷ STF – RE 530.121 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/11/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-58 DIVULG 28/03/2011 PUBLIC 29/03/2011

Utilização de Lei Complementar para **definição de tributos e de suas espécies** é bastante compreensível; basta tentar imaginar que cada Estado e cada Município pudessem criar sua própria definição para tributos, e a definição de cada uma das espécies tributárias, quais sejam, impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsório. Inimaginável! A missão foi cumprida pelo Código Tributário Nacional, Lei n. 5.072/66, recepcionada pela CF/88 com status de Lei Complementar. A título de exemplo, o gênero tributo e as espécies impostos, taxas e contribuição de melhoria encontram-se definidos nos artigos 3º, 16, 77 e 81 do CTN, respectivamente.

Enorme limitação à competência legislativa dos Municípios também ocorre quando o artigo 146, inciso III, “a”, estabelece que cabe à **Lei Complementar a definição do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes de todos os impostos previstos na CF/88**, o que significa que os Municípios não podem em sua legislação local definir o fato gerador, base de cálculo e contribuintes do IPTU, ITBI e ISS, mas tão somente replicar a definição estabelecida em Lei Complementar. Em relação ao IPTU e ITBI, missão cumprida pelo CTN, Lei n. 5.072/66, recepcionado pela CF/88 com status de Lei Complementar, já que, em seus artigos 32 a 34, definiu fato gerador, base de cálculo e contribuintes do IPTU e, em seus artigos 35 a 42, definiu fato gerador, base de cálculo e contribuintes do ITBI. Em relação ao ISS, com a revogação dos artigos 71 a 73 do CTN, missão hoje é cumprida pela LC 116/03, que sem seus artigos 1º, 5º e 7º definiu fato gerador, base de cálculo e contribuintes do ISS.

Como também não poderia deixar de ser, o artigo 146, inciso III, alínea “b”, da CF/88 estabelece que cabe à **Lei Complementar** estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre **obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários**. Mais uma vez, em nome da uniformização em todo o território nacional, verificamos uma limitação à competência legislativa dos Municípios, impedindo que estes, ao instituírem os tributos que lhe cabem, disponham sobre os assuntos retro mencionados. Mais uma vez, missão cumprida pelo Código Tributário Nacional (Lei n. 5.072/66 - recepcionada pela CF/88 com status de Lei Complementar), que dispõe sobre obrigação tributária (disposições gerais, fato gerador, sujeito ativo, sujeito passivo e responsabilidade tributária) em seus artigos 113 ao 138. Dispõe sobre crédito tributário (disposições gerais, constituição do crédito tributário, suspensão do crédito tributário, extinção do crédito tributário e exclusão do crédito tributário) em seus artigos 139 a 182. Destaque para prescrição e decadência (modalidades de extinção do crédito tributário - art. 151, V, CTN) tratados respectivamente nos artigos 174 do CTN e artigos 150, §4º c/c artigo 173 do CTN).

Vale mencionar ainda que o artigo 146, inciso III, alínea “d”, da CF/88, estabelece que cabe à **Lei Complementar** estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre **definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte**, missão hoje cumprida pela LC 123/06 que Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verificamos que, em matéria tributária, a Constituição Federal define competências tributárias, estabelece limitações específicas para cada tributo, estabelece as limitações constitucionais ao poder de tributar (princípios), define imunidades e ainda cuida de reservar determinadas matérias à Lei Complementar Federal a quem compete dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Assim, pode-se concluir que a autonomia legislativa do município no âmbito tributário depende da estrita observância às normas de hierarquia superior. Caso contrário, inaplicáveis, gerando danos demasiados ao Poder Executivo Municipal, ao contribuinte e, em especial, ao cidadão, conforme acima demonstrado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DOU, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 28 de jun de 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/1966)**. Brasília, DOU, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acessado em: 25 de jan de 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Lei Complementar 116, 31 de julho de 2003**. Brasília, DOU, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acessado em: 08 de fev de 2019.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. – **Curso de direito tributário brasileiro**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18. ed. Malheiros, 2017.



PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS E SUA TAXATIVIDADE

Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos¹

RESUMO

O artigo se propõe a discutir a natureza do rol dos crimes hediondos, se exaustiva ou se exemplificativa, e a concluir por um dos caminhos. Perpassa o sopesamento dos princípios da segurança jurídica, da justiça e da razoabilidade. Tudo isso com o auxílio da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: direito penal; crimes hediondos; taxatividade; interpretação extensiva; segurança jurídica.

RESUMEN

El artículo se propone discutir la naturaleza del rol de los crímenes hediondos, si es exhaustiva o si es ejemplificativa, ya concluir por uno de los caminos. Se acerca el sopesamiento de los principios de seguridad jurídica, justicia y razonabilidad. Todo ello con la ayuda de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores.

Palabras-clave: derecho penal; crímenes hediondos; taxatividade; interpretación extensiva; seguridad jurídica.

¹ Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos, graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Minas Gerais, graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, advogada e economista, luciana.bevilacqua@gmail.com.



INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise acerca do modelo adotado no Brasil para a definição dos crimes hediondos, suas implicações práticas e posicionamentos jurisprudenciais em relação ao assunto.

Partindo da premissa que o rol dos crimes hediondos é exaustivo e enuncia expressa e detalhadamente os dispositivos legais que o compõem, discute-se a decisão monocrática do Ministro Jorge Mussi, membro do Superior Tribunal de Justiça, no HC 460.910, que se guiou pela posição contrária, abarcando o parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003 como hediondo.

Por último, aparecem as decisões dos Tribunais Superiores que contrariam o HC 460.910, para debate se o critério legal e a taxatividade do rol dos crimes hediondos ainda pautam o ordenamento jurídico brasileiro.

ORIGEM E CONCEITO DOS CRIMES HEDIONDOS

Hediondo é um adjetivo que expressa repulsa, horror, depravação ou gravidade acima do comum. Para o leigo, o crime hediondo seria exatamente isso, um ato de excepcional gravidade, a merecer maior repulsa social e, conseqüentemente, maior reprimenda estatal.

Ontologicamente, segundo João José Leal, o conceito de crime hediondo repousa na ideia de que existem condutas que se revelam como antítese extrema dos padrões de comportamento moral, ou de que seus autores são portadores de um extremo grau de perversidade e que, por isso, merecem o grau máximo de reprovação.²

De fato, como assinala Alberto Silva Franco, hediondo é o delito que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso ou horrível, e uma possível definição, dada a elasticidade do significado da expressão, tornaria possível, ao sabor da formação ideológica ou cultural do juiz, considerar como tal aquilo que assim lhe parecesse.³

Assim, o crime hediondo, mesmo apresentando em seu cerne esse contexto, não é definido tecnicamente dessa forma.

Francisco de Assis Toledo salienta que os tipos não devem deixar margem a dúvidas, nem abusar do emprego de normas muito *gentis* ou tipos incriminadores genéricos.⁴

Segundo Antonio Lopes Monteiro, o termo “hediondo” não havia sido empregado no Direito Penal brasileiro até que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XLIII, se utilizasse da expressão “crimes hediondos”, remetendo à legislação ordinária a tarefa de defini-los.⁵

2 LEAL, João José. Conceito de crime hediondo e o equívoco da Lei 8.072/1990. Senado Federal. Brasil: 1993. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176146/000476968.pdf?sequence=3> > Acesso em: 15 de março de 2019.

3 FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.45.

4 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.29.

5 MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes Hediondos – Texto, comentários e aspectos polêmicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.18.

É possível dizer, então, que a Constituição Federal de 1988 trouxe um mandado de criminalização, ao determinar ao legislador infraconstitucional que definisse quais crimes seriam etiquetados como hediondos, destinando-lhes um tratamento mais severo, nos seguintes termos:

Constituição Federal, art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Tal determinação constitucional foi cumprida no ano de 1990.

Inicialmente, diante de vários casos de extorsão mediante sequestro, foi elaborado o Projeto de Lei n. 50/1990 do Senado Federal, visando maior gravidade para esse crime. Dessa forma, no projeto inicial, o Brasil teria apenas um crime hediondo.

Esse Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados, mas barrado e alterado no Senado Federal. O substitutivo foi aprovado, enviado para sanção presidencial e, no dia 25 de julho de 1990 foi transformado na Lei n. 8.072/1990, que apresenta como ementa: “Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”.

Assim, a lei dos crimes hediondos traz um rol de delitos, aos quais se destina tratamento mais gravoso.

Há basicamente três critérios para se definir um crime hediondo:

- I - Critério legal: o legislador define taxativamente um rol de crimes;
- II - Critério judicial: o juiz diz no caso concreto se o crime é hediondo ou não;
- III - Critério misto: o legislador fornece parâmetros mínimos e o juiz diz, no caso concreto, se o crime preenche os não os critérios previamente estabelecidos na lei.

Todos os critérios são defensáveis, destacando que o critério legal tem como traço marcante a segurança jurídica e o critério judicial traz maior flexibilidade para a aplicação da justiça ao caso concreto.

Conforme é possível se extrair do artigo 1º da Lei n. 8.072/1990, o Brasil adotou o critério legal. Isso significa dizer que o rol dos crimes hediondos é taxativo e que nenhum juiz tem discricionariedade para atribuir ou não hediondez para um delito no caso concreto; a conduta humana, no momento de sua prática, já nasce (ou não) hedionda.

Dessa forma, o direito brasileiro não admite a chamada “cláusula salvatória”, ao juiz não é dado excluir a hediondez de uma infração penal, “Ao juiz, neste caso, não se lhe permite qualquer flexibilidade de interpretação, devendo pautar-se dentro do rígido princípio da reserva legal”.⁶

6 MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes Hediondos – Texto, comentários e aspectos polêmicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.19.

Hediondo não é o crime mais grave ou mais reprovável, mas tão somente aquele que a Lei dos Crimes Hediondos assim o disser.

Contudo, na tentativa de compor o ideário popular com o parâmetro legal adotado pelo direito brasileiro, Márcio André Lopes Cavalcante afirma que os crimes hediondos são crimes que o legislador considerou especialmente repulsivos e que, por essa razão, recebem tratamento penal e processual penal mais gravoso que os demais delitos.⁷

Como arremate, Alberto Zacharias Toron destaca que o nome “crimes hediondos” mereceu justa repulsa da doutrina, pois não existem crimes adoráveis e conviria pensar-se na alteração da nomenclatura dos delitos para quem sabe “delitos de especial gravidade”.⁸

O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 8.072/1990

O rol do artigo 1º da Lei n. 8.072/1990 é *numerus clausus*, sendo que seu *caput* elenca crimes previstos no Código Penal, enquanto seu parágrafo único traz crimes definidos em leis extravagantes.

Em 26 de outubro de 2017 entrou em vigor a Lei n. 13.497/2017, alterando a redação do parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos, justamente para acrescentar um novo tipo penal à relação dos delitos hediondos.

Lei 8.072/1990, art.1º, Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts.1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei n. 13.497, de 2017)

Assim, o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito – artigo 16 da Lei n. 10.826/2003 – passou a seguir todo o regramento mais gravoso da Lei n. 8.072/1990 e demais disposições dispensadas aos delitos hediondos.

Ocorre que, o referido artigo 16 do Estatuto do Desarmamento apresenta figuras equiparadas em seu parágrafo único e, a partir da menção do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.072/1990 apenas ao “art. 16”, surgiu uma celeuma quanto à atribuição de hediondez.

7 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei 13.497/2017: posse ou porte de arma de fogo de uso restrito passa a ser crime hediondo. Dizer o Direito. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/lei-134972017-posse-ou-porte-de-arma-de.html>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2019.

8 TORON, Alberto Zacharias. Toron defende mudanças urgentes na Lei de Crimes Hediondos. Consultor Jurídico. Brasil: 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-set-13/toron_defende_mudancas_urgentes_lei_crimes_hediondos>. Acesso em: 15 de março de 2019.

Certo é que, com o advento da Lei n. 13.497/2017, o *caput* artigo 16 da Lei n. 10.826/2003 passou a ser considerado crime hediondo, *in verbis*:

Lei 10.826/2003, art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Quanto ao parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, antes de adentrar na controvérsia, é preciso ressaltar que se trata de tipo penal autônomo em relação ao *caput*. Isso porque, enquanto no *caput* os objetos materiais são as armas, munições e acessórios de uso proibido ou restrito, o parágrafo único também se aplica para as armas, acessórios e munições de uso permitido, conforme se extrai de sua leitura:

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - Lei 10.826/2003, art. 16, parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Desse modo, mesmo que o *caput* e o parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/2003 representem situações autônomas, há uma equiparação da gravidade e das consequências jurídicas, que reclama igual tratamento.

Nesse contexto, a menção genérica ao artigo 16 do Estatuto do Desarmamento provocou o surgimento de duas correntes: (i) uma entende que as figuras equiparadas passaram a ser marcadas pela hediondez; (ii) a outra entende que apenas o *caput* configura crime hediondo.

Seguindo critérios hermenêuticos, é possível defender a primeira corrente alegando que “onde o legislador não restringe, não é dado ao intérprete fazê-lo”. Por outro lado, a segunda corrente encontra guarida na máxima “norma restritiva de direito, deve ser interpretada restritivamente”.

Rogério Sanches Cunha escreveu sobre o tema defendendo a hediondez das figuras equiparadas. Para ele, se fosse para limitar a incidência do maior rigor apenas ao *caput* do artigo 16, o legislador o teria feito expressamente. Além disso, tratar as previsões penais do *caput* e do parágrafo único do artigo 16 de maneira diferenciada seria incongruente, uma vez que o próprio legislador as erigiu à categoria de equivalentes.⁹

Em sentido diverso, Henrique Hoffmann e Eduardo Fontes se filiam à segunda corrente, pois não há como desconsiderar a técnica legislativa empregada nos incisos do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos. Sempre que o legislador quis abranger também as figuras equiparadas ou qualificadas do crime, especificou os parágrafos.¹⁰

Acrescenta Eduardo Luiz Santos Cabette que a análise da estrutura do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos não deixa dúvidas de que o legislador foi por demais cuidadoso com a taxatividade. Há menção do “nomen juris” e do exato artigo de lei a que se refere. Parágrafos e incisos adicionais foram expressamente arrolados. Na falta dessa referência, a infração não será considerada hedionda.¹¹

Muito embora a primeira corrente tenha seus méritos e seja até mais coerente com o intuito da Lei n. 13.497/2017, qual seja a tentativa de frear a criminalidade armada, é preciso atentar para a coerência do sistema. Não se pode subverter as premissas do ordenamento jurídico por meio da interpretação, sob pena de provocar sua ruína.

O critério para a definição dos crimes hediondos no Brasil é o critério legal. Além disso, o artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos optou por detalhar minuciosamente o dispositivo legal etiquetado. Não por outro motivo, o inciso III, do artigo 1º, traz o crime de extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º, CP), mas silencia quanto ao §3º do artigo 158 do Código Penal, não permitindo que o chamado “sequestro relâmpago” seja tratado como crime hediondo.

Outro exemplo da taxatividade do rol dos crimes hediondos surge na referência ao “latrocínio”, indicado pelo artigo 157, §3º, “in fine”, do Código Penal, o que não permite que as demais modalidades de roubo simples, majoradas e até mesmo qualificada pela lesão grave sejam consideradas como hediondas.

Portanto, a melhor solução indica o sentido da impossibilidade de se aplicar uma interpretação extensiva ao parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos para se entender que a menção genérica ao “art.16” do Estatuto do Desarmamento contemplaria também as figuras equiparadas de seu parágrafo único.

9 CUNHA, Rogério Sanches. Art. 16, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento é hediondo: posição favorável. Carta Forense. Brasil: 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/art-16-paragrafo-unico-do-estatuto-do-desarmamento-e-hediondo-posicao-favoravel/18075>>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

10 HOFFMANN, Henrique, FONTE, Eduardo. Figura equiparada do porte de arma de uso restrito não se tornou hedionda. Consultor Jurídico. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opiniao-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda>>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

11 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e o seu caráter hediondo. Mega Jurídico. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/o-crime-de-porte-ou-posse-ilegal-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito-e-o-seu-carater-hediondo-artigo-em-coautoria-com-francisco-sannini-neto/>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2019.

A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC 460.910

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vem indicando que não cabe ao intérprete intervir na catalogação dos crimes hediondos. As decisões desde a edição da Lei n. 8.072/1990 são no sentido de respeitar a taxatividade do artigo 1º, *caput* e parágrafo único, dessa Lei.

Considerar como sendo hediondos crimes que não constam expressamente do rol, seria o mesmo que realizar uma analogia *in malam partem* (em prejuízo do réu), o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, para a surpresa dos estudiosos e aplicadores do direito, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 460.910/PR, DJe 09/10/2018, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, optou por considerar que o parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos contempla o parágrafo único do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento.

A seguir a decisão monocrática do Ministro Jorge Mussi no HC 460.910/PR, publicada em 09/10/2018:

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIO JULIO MARQUES ARSENO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que negou provimento ao agravo em execução da defesa. Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau entendeu que o art. 16 da Lei n. 10.826/2003 e seus incisos (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) possuem caráter hediondo após a publicação da Lei n. 13.497/2017. Sendo o paciente reincidente e o delito hediondo, deve ser aplicada a fração de 3/5 (três quintos) para a progressão de regime. A Corte de origem negou provimento ao agravo em execução da defesa (fls. 8/12). Neste writ, sustenta a defesa que o caráter hediondo só alcança o caput do art. 16, sendo inaplicável em relação a seus incisos, haja vista o princípio da taxatividade. Requer, liminarmente e no mérito, seja retificada a fração necessária para a progressão de regime prisional, considerando suficiente o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para fins de progressão em relação ao crime previsto no art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento. Liminar indeferida (fls. 42/43). Informações prestadas às fls. 48/197. O Ministério Público apresentou parecer às fls. 201/205). É o relatório. 2. A princípio, o pedido deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio, uma vez que a discussão deveria ter sido trazida por meio de recurso ordinário constitucional. Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça. A Corte a quo assim se pronunciou no acórdão impugnado (fls. 8/12): [...] Razão não assiste ao recorrente. A Lei Federal nº 13.497/17 alterou o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, acrescentando que o delito previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03, tentado ou consumado, também é hediondo. Veja-se que ao atribuir o caráter hediondo ao disposto no art. 16, da Lei nº 10.826/03, o legislador não limitou expressamente sua hipótese somente à conduta do caput, de modo que a hediondez também abarcou as demais condutas dos incisos, tendo em vista que elas são equiparadas, conforme o parágrafo único do art. 16, da Lei nº 10.826/03 onde dispõe que “nas mesmas penas incorrem quem”. Assim, seria desproporcional aferir somente o caráter hediondo à con-

duta do caput, quando o próprio legislador já dispôs anteriormente que as condutas previstas nos incisos são equivalentes, sendo que em muitas vezes até mais graves. Desse modo, considerando que o recorrente é reincidente nos autos de processo crime nº 0038364-64.2017.8.16.0021, que o condenou pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo o delito sido cometido após a entrada em vigor da Lei Federal n. 13.497/2017, a fração estipulada pelo Magistrado *a quo* encontra-se em consonância com a disposição legal, qual seja, a de 3/5, porque a conduta é hedionda e o recorrente reincidente. Pelas razões de fato e de direito explicitadas, o voto é pelo conhecimento do recurso interposto por Fábio Júlio Marques Arseno, porque próprio e tempestivo; no mérito, pelo seu desprovemento, mantendo-se a decisão atacada nos termos da fundamentação supra. Dispõe o art.1º da Lei 8.072/1990, com a redação determinada pela Lei 11.464/2007: Art.1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. E, ainda, o art.2º, §2º da Lei 8.072/1990: Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] §2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Assim, o acórdão atacado está de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, pois o entendimento firmado é de que constatada a reincidência, independentemente da natureza do crime antecedente, exige-se o cumprimento de 3/5 da pena do crime hediondo ou equiparado, praticado na vigência da Lei 11.464/2007, para efeito de progressão de regime. 3. Desse modo, não evidenciada a suscitada coação, com amparo no art. 34, XX, do RISTJ, não se conhece do writ. (STJ, HC 460910/PR 2018/0184654-0, Relator Ministro JORGE MUSSI, Data da publicação: DJ 09/10/2018). (*grifamos*).¹²

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao menos na decisão monocrática colacionada, demonstrou entender que a Lei n. 13.497/2017 tornou hediondas todas as figuras do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento.

A opção do Ministro Jorge Mussi foi no sentido da lógica e justiça no tratamento de figuras delituosas equivalentes. Realmente, se os delitos enunciados no parágrafo único do artigo 16 da Lei 10.826/2003 são equiparadas ao descrito no *caput* desse artigo, incorrendo nas mesmas penas, parece razoável que o etiquetamento de “crime hediondo” deve ser atribuído ao conjunto delituoso.

Contudo, a congruência do sistema jurídico resta comprometida, uma vez que a taxatividade do rol dos crimes hediondos não foi respeitada. O Brasil adota o critério legal para definição dos crimes hediondos, não sendo permitido ao juiz avaliar no caso concreto se uma conduta deve ou não receber o tratamento atribuído aos crimes hediondos.

¹² Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635789542/habeas-corpus-hc-460910-pr-2018-0184654-0>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

Essa decisão no HC 460.910 abre um precedente perigoso, na medida em que aplica uma interpretação extensiva ao rol dos crimes hediondos e coloca em xeque a segurança jurídica do ordenamento legal.

JURISPRUDÊNCIA DIVERGENTE

Partindo da premissa de que o direito penal brasileiro foi construído em respeito aos princípios da legalidade, da reserva legal e da taxatividade, possuindo caráter fragmentário e atuando como *ultima ratio*, diante de lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos especialmente tutelados, é possível concluir que a higidez dos sistema requer o respeito aos parâmetros, regras e princípios impostos por esse ramo jurídico.

É aceitável que opiniões diversas, principalmente baseadas em critérios hermenêuticos, princípios outros e nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, surjam para dizer que a menção ao artigo 16 do Estatuto do Desarmamento feito no parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos é genérica e contempla tanto o *caput* quanto as figuras equiparadas de seu parágrafo único.

Novamente, talvez essa posição realmente seja mais lógica e assegure maior justiça, na medida em que desfere igual tratamento a previsões jurídicas ditas equivalente pelo próprio ordenamento, mas não é coerente e subverte o sistema penal.

Muita vezes o valor justiça, principalmente no seu viés igualdade, precisa ceder em face da segurança jurídica. O Direito é uma ciência que veio para regular o caos, para permitir certa estabilidade para as relações sociais. É necessário que as regras sejam seguidas para que possa vir a pacificação social.

Dito isso, a regra adotada pela Lei dos Crimes Hediondos é a descrição minuciosa, inclusive com a citação dos dispositivos legais exatos, dos delitos que recebem essa qualificação. O critério é objetivo, claro e não deixa dúvidas. O que não está expressamente declarado no artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990 não é crime hediondo; e o parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003 não faz parte do texto.

Essa ausência de referência expressa também foi sentida em relação ao “sequestro relâmpago”, ao roubo qualificado pela lesão grave e aos crimes de comércio ilegal e de tráfico internacional de arma de fogo, estes que constavam do projeto original da Lei n. 13.497/2017, mas foram retirados. Porém, o critério legal adotado na definição dos crimes hediondos afasta qualquer iniciativa de analogia ou de interpretação extensiva do texto legal.

Muito embora a decisão monocrática do Ministro Jorge Mussi no HC 460.910/PR contemple argumentos respeitáveis e seja intrinsecamente coerente, outras decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive relatadas pelo próprio Ministro Jorge Mussi, a seguir colacionadas, apontam para o caminho diverso, em atenção à taxatividade do rol dos crimes hediondos.

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente previsto no rol do artigo 2º da Lei 8.072/1990. 2. Ordem concedida. (STJ, HC 130993/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro JORGE MUSSI, Data da publicação: DJ 28/06/2010). (*grifamos*).¹³

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO QUE AFASTOU O BENEFÍCIO COM BASE NA CONSTATAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS. HEDIONDEZ DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Trata-se de causa de diminuição de pena cujo objetivo inequívoco do legislador é compensar o aumento da pena mínima cominada no art. 33 da Lei 11.343/06, em determinados casos, onde estão presentes, sem qualquer dúvida, os pressupostos necessários à concessão da minorante. 2. A simples valoração das provas descritas no voto condutor do acórdão ora objurgado não permite concluir pela existência de ilegalidade patente na conclusão do Tribunal de Justiça estadual. A impetração, pedindo o restabelecimento da sentença, defende o equívoco da conclusão da Corte a quo sobre a habitualidade da atividade criminosa em questão. Todavia, concluir pela habitualidade ou não de uma conduta criminosa exige o alargamento da análise probatória, incompatível com a estreita via do writ. 3. A teor do entendimento desta Corte, o crime de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no art. 14 da Lei n.º 6.368/76, não é considerado hediondo ou equiparado. 4. Ordem parcialmente concedida para, quanto ao crime de associação para o tráfico, afastar da condenação o reconhecimento de sua hediondez. (STJ, HC 149433/SC, 5ª Turma, Relator Ministra LAURITA VAZ, Data da publicação: DJ 11/10/2010). (*grifamos*).¹⁴

No mesmo sentido de prestigiar a determinação de rol fechado para os crimes hediondos estão decisões do Supremo Tribunal Federal, dentre as quais as trazidas a seguir:

(...) *In casu*, a decisão ora combatida que indeferiu o pleito defensivo, foi fundamentada nos seguintes termos, consoante se pode ver da sua reprodução, *in verbis*: '(...) 1 - Trata-se de apenado condenado pelo delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, pretendendo o indulto, com fulcro no Decreto 2017. Existe expressa vedação legal ao benefício pleiteado, no artigo 44 da Lei 11.343/2006, e o indulto do Decreto de 2017 não faz menção ao artigo 35. Diante do exposto, em que pese o parecer favorável do Ministério Público, INDEFIRO o indulto pretendido. (...) Ressalta-se que o decreto de indulto de 2017 não veda conceder o benefício para os agentes que tenham praticado a conduta criminosa relativa ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

¹³ Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2010-04-27;130993-1030386>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2010-08-19;149433-1055327>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

Ademais, o crime de associação para o tráfico, apesar de estar intimamente ligado ao crime de tráfico de drogas, não é considerado hediondo, ou a ele equiparado, por falta de expressa previsão na Lei nº 8.072/90. Logo, as hipóteses e os requisitos para a concessão de comutação/indulto de penas é de competência privativa do Presidente da República, sendo vedado ao magistrado deixar de observar as determinações legais para a concessão da benesse, sob pena de interferir, indevidamente, em ato do chefe do Poder Executivo. (...) Ressalto, por fim, que o art. 161, parágrafo único, do RISTF, permite o julgamento monocrático da reclamação pelo relator, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. Isso posto, julgo procedente o pedido, para cassar o ato reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, com a observância da Súmula Vinculante 10. (STF, Rcl 31114/RJ, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data da publicação: DJ 14/08/2018). (*grifamos*)¹⁵

(...) Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão que possui a seguinte ementa: “EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO SIMPLES – CRIME CONSIDERADO HEDIONDO – CONDUTA SOCIAL – AUMENTO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE. 1 – Não tendo o legislador feito qualquer distinção, considera-se hediondo o crime de estupro na sua forma simples, como com violência presumida. 2 – Entendo que a personalidade e a conduta social não podem ser sopesadas de forma negativa, na medida em que inexistem nos autos elementos para aferi-las, não podendo tal análise ser realizada com base na CAC e FAC do acusado. VV. - Se as circunstâncias judiciais são reanalisadas de forma desfavorável ao réu, a pena merece majoração. VV – Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando presumida a violência, na forma do art. 224 e alíneas, do Código Penal, não estão marcados pela hediondez, sendo taxativo, em enumeração e clareza, o rol de crimes estabelecido no art. 1º, da Lei n. 8.072/90” (pág. 50 do vol. 2 dos autos eletrônicos). (...) Além do mais, com as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, passando a constar no rol de crimes hediondos o caput do art. 213 (Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso), não haverá mais discussão. (...) Ressalte-se que, por unanimidade, foi decotado o art. 9º da lei 8.072/90, com o que concordo posto que somente é aplicável ao estupro cometido com violência real que resulte lesão de natureza grave ou morte, o que não ocorreu no caso concreto. No entanto, acompanho os votos majoritários para entender que o estupro simples é hediondo, razão pela qual deve ser fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena. (...) Isto posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF), e, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF/1988 e art. 654 do CPP, concedo a ordem de habeas corpus, de ofício, para determinar que a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais redefina, de forma fundamentada, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que a adoção de regime mais severo do que o permitido pelo Código Penal para a pena de reclusão aplicada deve ser devidamente fundamentada. (STF, ARE 1072142/MG, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data da publicação: DJ 14/09/2017). (*grifamos*)¹⁶

(...) O que se debate no presente caso é se o tráfico privilegiado submete-se ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondo, enunciado pelo art. 5º, XLIII, da CF e

15 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+31114%2ENU-ME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yd5czdc2>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

16 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28107214%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8a8ras6>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/1990, pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e pelo art. 83 do CP. Sobre o tema, assevere-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada na data de 23.6.2016, finalizou o julgamento do HC 118.533/MS, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de conceder a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. (...) Não há dúvida, não estamos diante de um tipo penal novo em relação ao crime de tráfico de drogas. Nem mesmo de um tipo derivado se trata. Ninguém comete o crime do art. 33, § 4º. Comete-se o crime do art. 33, *caput*, ou de seu §1º, ainda que, na terceira fase da aplicação da pena, o agente seja beneficiado pela diminuição de pena prevista no §4º. Não há um tipo penal derivado, mas a incidência de uma causa de diminuição de pena sobre o tipo penal básico. Ainda assim, tenho que, caso o objetivo fosse tratar o tráfico privilegiado como crime hediondo, o art. 44 mencionaria o § 4º do art. 33. Ou seja, tenho que o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos. (...) Em suma, tenho que o legislador optou, de forma válida, por excluir a modalidade criminosa do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 do regime constitucional dos crimes equiparados a hediondo. (...) Ante o exposto, com fundamento no art. 192, *caput*, do RISTF, concedo a ordem, assentando que à paciente, condenada por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 (progressão de regime). (STF, HC 115159/MS, Relator Ministro GILMAR MENDES, Data da publicação: DJ 01/07/2016). (*grifamos*)¹⁷

(...) Desta forma, como delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/2006 não consta no rol taxativo da Lei 8.072/90, afasta-se a aplicação do artigo 44, da Lei 11.343/2006, conforme pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Dentro dessa lógica, considerando que o crime previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 não se encontra descrito na mencionada lei, forte no Princípio da Legalidade, o Tribunal reclamado aferiu que não há como se efetuar equiparação prejudicial sem previsão legal. Noto, portanto, que o afastamento da incidência do ato normativo se deu pelo fato de que o Juízo reclamado compreendeu que não se faziam presentes os requisitos subsuntivos, visto que, em seu entender, o artigo 44 da Lei nº. 11.343/06 rege a execução penal derivada da condenação pela prática de delitos hediondos ou equiparados. Esse é o cerne que motiva o afastamento da aplicação do dispositivo legal. De tal forma, a inaplicação da norma não tem como fundamento, explícito ou implícito, a incompatibilidade em relação à Constituição. Em verdade, tal proceder tem como lastro a não incidência em razão da conclusão no sentido de que a norma de aplicação descartada se destina a determinada espécie de delitos. Os precedentes elencados na decisão atacada dizem respeito à impossibilidade de extensão dos requisitos mais rígidos de progressão de regime aos reeducandos condenados pela prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 (e não livramento condicional, expressamente mencionado no artigo 44 da Lei nº. 11.343/06). Entretanto, a eventual incorreção da premissa decisória não se confunde com a negativa de vigência calcada no arripio da Constituição. Em outras palavras: o reconhecimento da ausência de subsunção e a solução da controvérsia sob o prisma infraconstitucional, realizada corretamente ou não, não se subordina à reserva de plenário e, portanto, não pode ser impugnada pela estreita via da reclamação que, como é cediço, não tem cunho recursal. 3. Pelo exposto, nos termos do artigo 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento à presente reclamação. (STF, Rcl 21320 MC/MS, Relator Ministro EDSON FACHIN, Data da publicação: DJ 03/09/2015). (*grifamos*)¹⁸

17 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+115159%2ENU-ME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9uq2fb4>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

18 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+21320%2ENU-ME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y76fue9g>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

Muitas outras decisões poderiam ser aqui incluídas, mas as relacionadas representam amostra suficiente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar como hediondo – ou equiparado a hediondo - apenas o crime expressamente mencionado na legislação como tal.

Conforme anuncia Giuseppe Bettiol, o bem supremo da liberdade individual deve ter preponderância sobre a possibilidade de extensão da lei.¹⁹

Portanto, dificilmente o entendimento expressado na decisão proferida no HC 460.910 se reverterá em uma virada jurisprudencial. Ao que tudo indica, trata-se, na verdade, de um posicionamento isolado, que ameaça o dogma da inexistência de analogia *in malam partem* no direito penal e que possivelmente não se repetirá.

CONCLUSÃO

A partir da análise construída é crível perceber que se trata de um problema de definição de premissas e de harmonização de princípios.

De tudo, o mais preocupante é a flexibilização da segurança jurídica. Decisões conflitantes aproximam a aplicação das leis da sorte e a afastam da previsibilidade. Respostas diversas para casos iguais ou semelhantes, em última instância, são fonte de injustiça.

Novamente, é compreensível e coerente em si mesma a decisão tomada para resolver a questão posta no HC 460.910, mas ela subverte a lógica adotada para a definição dos crimes hediondos.

Hediondo é o delito cujo dispositivo foi expressamente trazido pela Lei n. 8072/1990 e equiparado a hediondo são os três crimes afirmados pela Constituição Federal de 1988: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Qualquer entendimento além desses parâmetros não encontra guarida no direito penal brasileiro.

Há sim delitos que, por sua natureza, morbidez, motivos, modo de execução, entre outras razões, poderiam – e até deveriam – passar a compor a lista dos crimes hediondos, mas isso não pode ser feito pelo aplicador do direito ou por seus intérpretes, isso é atribuição do legislador.

Justiça sem segurança jurídica não é justiça, é caos. Segurança jurídica sem justiça é mera formalidade vazia. Não se pode buscar justiça quebrando as regras, mesmo que haja uma profunda busca por acertar, o caminho reto é sempre o melhor.

O juiz não é apenas a “boca da lei”, mas o excesso de liberdade interpretativa é uma cilada. O sistema jurídico é uno. A taxatividade que vale para um inciso do artigo primeiro da Lei dos Crimes Hediondos, vale para os demais incisos e para seu parágrafo primeiro. A casuística desconstrói o direito enquanto sistema.

¹⁹ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Tradução a partir da 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, vol. 1, p.141.

Finalmente, se as figuras equiparadas do parágrafo único do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento são hediondas, poderiam ser, mas não o são. Essa é a taxatividade do rol dos crimes hediondos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução a partir da 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, vol. 1, 414 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. **Lei dos Crimes Hediondos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. **Estatuto do Desarmamento**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e o seu caráter hediondo**. Mega Jurídico. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/o-crime-de-porte-ou-posse-ilegal-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito-e-o-seu-carater-hediondo-artigo-em-coautoria-com-francisco-sannini-neto/>> Acesso em: 3 de fevereiro de 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 13.497/2017: posse ou porte de arma de fogo de uso restrito passa a ser crime hediondo**. Dizer o Direito. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/lei-134972017-posse-ou-porte-de-arma-de.html>> Acesso em: 3 de fevereiro de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Art. 16, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento é hediondo: posição favorável**. Carta Forense. Brasil: 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/art-16-paragrafo-unico-do-estatuto-do-desarmamento-e-hediondo-posicao-favoravel/18075>> Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 399 p.

HOFFMANN, Henrique, FONTE, Eduardo. **Figura equiparada do porte de arma de uso restrito não se tornou hedionda**. Consultor Jurídico. Brasil: 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opinio-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda>> Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

LEAL, João José. **Conceito de crime hediondo e o equívoco da Lei 8.072/1990**. Senado Federal. Brasil: 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176146/000476968.pdf?sequence=3>> Acesso em: 15 de março de 2019.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos** – Texto, comentários e aspectos polêmicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, 154 p.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1993, 454 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 362 p.

TORON, Alberto Zacharias. **Toron defende mudanças urgentes na Lei de Crimes Hediondos**. Consultor Jurídico. Brasil: 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-set-13/toron_defende_mudancas_urgentes_lei_crimes_hediondos>. Acesso em: 15 de março de 2019.

EL ASILO EN SAGRADO EN LA AMÉRICA DEL SUR DEL SIGLO XVIII

Luiz Henrique Lucas Barbosa¹

RESUMO

Não poucas vezes o Estado e a Igreja Católica tiveram conflitos de ordem legal, inclusive em questões de Direito Penal. Informações históricas nos apontam momentos em que a religião impediu a imposição de penas injustas e cruéis, principalmente quando os delinquentes não se encontravam sob o palio de condições sociais favoráveis à sua defesa, como costumam existir até nossos tempos. Assim, um homem ou mulher que praticasse um delito sem dolo – mas com mera culpa – tinha muito mais oportunidade de salvar-se se fosse rico do que outro que fosse pobre. Para corrigir tais injustiças, encontramos a instituição do “asilo em sagrado”, que na América do Sul foi muito importante para o Direito Penal. O século XVIII é típico para vislumbrarmos esse fenômeno no Brasil e na Argentina. Vejamos como ocorreu e seu antecedente no direito hebreu.

Palavras-chave: Crime; Culpa; Pena; Asilo; Sagrado.

RESUMEN

No pocas veces el Estado y la Iglesia Católica tuvieron conflictos de orden legal, incluso en cuestiones de Derecho Penal. Informaciones históricas nos apuntan momentos en que la religión impidió la imposición de castigos injustos y crueles, principalmente cuando los delincuentes no se encontraban bajo el palio de condiciones sociales favorables a su defensa, como suelen existir hasta nuestros tiempos. Así, un hombre o mujer que generase un delito sin dolo – sino por mera culpa – tenía mucho más oportunidad de salvarse si fuera rico que otro que fuera pobre. Para corregir tales injusticias, encontramos la institución del “asilo en sagrado”, que en América del Sur fue muy importante para el Derecho Penal. El siglo XVIII es típico para vislumbrar ese fenómeno en Brasil y Argentina. Veamos como ocurrió y su antecedente en el derecho hebreo.

Palabras-clave: Crime; Culpa; Pena; Asilo; Sagrado.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com Especialização em Direito Público e Processual Civil pela Universidade Gama Filho e Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Ciências Religiosas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Teologia pela Faculdade de Ciências, Educação e Teologia do Norte do Brasil (reconhecimento pelo MEC). Atualmente é aluno dos cursos intensivos do Doutorado em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires. Contato: luizhlbarbosa@ig.com.br.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es investigar el asilo en sagrado en la América del Sur, durante el siglo XVIII, como manifestación real y eclesiástica de perdón judicial y de exclusión de la intencionalidad delictiva. Por eso, muy equivocado estaría el lector que no considerara la dimensión temporal y espacial del instituto y el presente texto con su enfoque histórico. Pero, en mayor ignorancia estaría aquello que juzgase que el asilo en sagrado no pudiera ocurrir en nuestro siglo XXI, por estar restringido al pasado. Ese es un desconocimiento lastimable que el operador jurídico no puede jamás tener; pero, a menudo, nos deparamos con juristas que presentan tal análisis del instituto. El asilo en sagrado atravesó los siglos y es posible existir aun hoy, mismo con la prevalencia de los Estados laicos y de la ley civil. Como prueba de eso – que lanza por tierra cualquier declaración de que el instituto es reliquia de un tiempo y lugar del pasado – citamos lo que ocurrió en los Estados Unidos de América, en nuestro siglo XXI, tan pronto el presidente Donald Trump asumió el cargo. El Instituto Humanitas Unisinos (IHU) notició en 2017 que, durante la campaña presidencial, eran 400 las denominadas *iglesias santuarios*, que son una forma moderna del asilo en sagrado. Con la victoria de Trump, el número pasó para 800 (el doble). La razón es simple: Trump amenazó deportar los inmigrantes ilegales que estuviesen en tierras estadounidenses. Como la Iglesia Católica del país y las denominaciones protestantes no estaban – y aún no están – de acuerdo con tal política de Washington, ofrecieron ayuda jurídica y tomaron medidas para proteger (en sus dominios) los inmigrantes. Para nosotros no hay razón para no comprender tal instituto como manifestación del asilo en sagrado contemporáneo.

La temática ha sido objeto de estudios de la Historia del Derecho, como podemos comprobar (en particular) en dos fuentes que a nosotros sirvieron para este texto: Abelardo Levaggi, quien en su *Las Instituciones de Clemencia en el Derecho Penal Rioplatense* trabajó las múltiples instituciones que garantían a los reos el derecho a libertad; y Martín Schwab, en su *Manual de Derecho Penal Hebreo*, donde se pudo sacar conocimientos acerca de las *ciudades de refugio*, tuteladas por el antiguo derecho de los judíos. La pretensión de este artículo no es producir una tesis; por eso, la elección por dos fuentes restrictas.

Sin embargo de las fuentes históricas y jurídicas, el autor añadió algunas cuestiones teológicas o de la ciencia de las religiones, como la autoridad eclesiástica y el sentido del sagrado para la humanidad, como trabajó Mircea Eliade en su libro *Lo Sagrado y Lo Profano*. La razón de esa opción fue la necesidad de traer una visión teológica a los debates sobre el tema. Así que el autor se propone a investigar el tema con ojos de teólogo, invitando el derecho a un nuevo diálogo con las ciencias de la religión, una charla sobre como el sagrado puede influir en la aplicación de las leyes penales.

LA INTENCIONALIDAD

La intencionalidad es considerada para fines de sancionar más o menos – con mayor o menor severidad – el reo. No se puede dar tratamiento igualitario para quienes desean producir resultados gravosos en comparación con quienes producen culpablemente (pero no dolosamente) conductas reprochables. Así es, por ejemplo, en el derecho penal brasileño: las penas de los crímenes dolosos son casi siempre mayores que de los crímenes culposos. El antiguo derecho penal hebreo también llevaba en consideración ese raciocinio a fines de preservar del derecho de venganza aquellos que sacaban por imprudencia las vidas de otras personas.

En su obra *Manual de Derecho Penal Hebreo*, Martín Schwabe (2014, pp.173-175) cita normas bíblicas que tratan de esa intencionalidad. En Números, capítulo 35, versos 20 y 21 se lee: “Si por odio lo empujó, o lanzó sobre él alguna cosa intencionalmente y muere...el que lo ha querido, morirá: es un homicida. El vengador de la víctima matará al asesino cuando encontrarlo”.

Los versos 22 a 24 prosiguen:

Pero si lo empujó casualmente y sin enemistad, o lanzó sobre él cualquier instrumento sin mala intención, o bien, sin verlo, hizo caer sobre él alguna piedra capaz de matarlo, y muere, pero él no era su enemigo ni procuraba su mal, entonces la congregación juzgará entre el que causó la muerte y el vengador de la sangre conforme a estas leyes (Nm 35,22-24).

En la ley hebrea – como veremos más debidamente a seguir –, para que el vengador de la sangre pudiera matar al asesino, era necesaria la constatación de la intencionalidad del sujeto del crimen.

EL ANTIGUO DERECHO PENAL HEBREO

Cuando hablamos de *antiguo derecho penal hebreo*, estamos operando solamente con las normas del Pentateuco², que en la Biblia Hebrea (TaNaK) es la Torá. El conjunto normativo de los judíos fue construido durante años de caminata por los desiertos, desde el Saara hasta el Neguev. Fueron cerca de cuarenta años con hambre y sed, un pueblo insatisfecho y muchos enemigos. Por supuesto, las leyes deberían ser duras y así lo fueron. Fue preciso escribirlas dos veces: una en el Monte Sinai y otra en Moab. Cualquier conflicto se cambiaba en una oportunidad de sacarse una vida. Hay muchas normas³ en la Torá, pero las diez que compusieron el decálogo de Moisés son las más famosas. Entre ellas hay una específica que trata de la sangre: “No Matarás!”.

² Pentateuco son los cinco primeros rollos o libros del Antiguo Testamento.

³ Además de las normas generales, hay 3 códigos: Código de la Alianza, Código de la Santidad y Código Deuteronomico.

El derecho de venganza

Una vez que un hebreo era víctima de un homicida, su sociedad comprendía que la sangre derramada sobre el suelo contaminaba la tierra de Israel y, por eso, se invocaba alguien de la familia del muerto para actuar como el “vengador de la sangre”. Eran tiempos de la Ley de Tali3n: “ojo por ojo, diente por diente”. Entonces, si el vengador capturaba al homicida, le sacaba la vida y vengaba el muerto, purificando la tierra de Israel contra el pecado semejante al de Ca3n. Se comprendía que el vengador actuaba dentro de la voluntad de Dios – segun la Ley (Torá) – y, en consecuencia, no lo punía por la muerte del asesino.

Las ciudades refugio

Sin embargo, cuando el homicida no deseaba la muerte y esa se consumaba sin su voluntad, la Torá garantía al autor del homicidio no doloso una posibilidad de vivir sin el asedio del vengador de la sangre. El homicida iba para una de seis ciudades de Israel, donde el derecho de venganza no podría ser ejercido. Esas ciudades eran: Bezer, Ramote, Golan, Hebron, Siquén y Quedes.

Segun Martín Schwabe (*Ibid.*, p.174), cuando había odio o enemistad, se presumía la intención de matar a la víctima. Pero cuando no había ni odio tampoco enemistad, la presunción era que la muerte fuera accidental. Entonces “El primero se llevaba a enfrentarse con la muerte y, en el segundo caso, lo llevaba a exilarse en una ciudad refugio hasta que falleciera el sumo sacerdote”.

Allí el homicida debía presentar su hecho a los ancianos (junto a la puerta de la ciudad) y debía ser recibido con hospitalidad. El juzgamiento se daba en el pórtico, para que todos pudiesen presenciarlo y así evitar que asesinos se aprovecharan que el fugitivo estaba allí y fuesen al local para matarlo. La ciudad refugio poseía jurisdicción sobre el hogar del homicidio y allí, caso probada la inocencia del homicida, dávalo el asilo contra el vengador de la sangre. Todavía, su seguridad solo era garantizada si allí permanecía para siempre o hasta la muerte del sumo sacerdote (después de esta, estaba libre para volver a su tierra).

Es curioso percibir que las ciudades refugio del derecho penal hebreo servían como una forma primitiva de perdón judicial. Así se concluye porque el homicida cometiera una acción típica, antijurídica y culpable, pero estaba libre de pena porque la sociedad judía no pretendía sancionar con la Ley de Tali3n – sangre por sangre – alguien que no tuviera intención de matar a la víctima.

Segun el magisterio del profesor Damásio de Jesus (1994, p.597), el perdón judicial es “un derecho penal publico subjetivo de libertad. No es un favor concedido por el juez. Es un derecho del reo. Si presentes las circunstancias exigidas por el tipo, el juez no puede, segun su puro arbitrio, dejar de aplicarlo”. Por lo tanto, el perdón judicial depende siempre de que sean atendidos los presupuestos exigidos por la norma. Si estuvieren presentes, el juez no puede negarse a aplicarlo. En la sociedad hebrea, la norma era la Torá

y los jueces los ancianos. Y, como se tenía también un hecho criminoso que podría no ser sancionado, se comprende claramente la posibilidad de interpretarse la concesión de libertad al reo como forma de perdón judicial.

Para Martín Schwabe, también las hipótesis de crímenes preterintencionales estarían cubiertas por el derecho penal hebreo, mismo que con penas capitales. Según el autor:

Existen ocasiones en que el autor dirige su acción hacia un resultado, sin embargo al momento de desplegarla, se origina uno más grave que el querido hacia el bien jurídico atacado. La doctrina moderna es pacífica en considerar que hubo dolo en cuanto al resultado deseado por el autor y, en atribuirle el resultado más grave en forma culposa. Y los doctores de la ley también distinguieron o detectaron las características especiales de los delitos preterintencionales (*Op. Cit.*, p.175).

Así, mismo con resultados más graves que los deseados, en estas condiciones el homicida podría dirigirse a una ciudad refugio, porque no deseó la muerte de su víctima. Pero Martín Schwabe recuerda un episodio de crimen preterdoloso, sin derecho a asilarse en una ciudad refugio, que está en el Libro de Números, capítulo 35, verso 21, comentado en el Tratado de Sanedrín:

[...] “por enemistad lo hirió con sus manos y murió, el que lo ha herido morirá, es un homicida”. La intención fue herirlo y, sin embargo, murió su enemigo. Directamente se lo consideraba un homicida y debía morir, si bien no se advierte un tratamiento especial de esta clase de delitos complejos a nivel bíblico, sí se los diferenció en el Talmud.⁴ Allí a esa clase de acciones dolosas combinadas con resultados culposos se los trataba de manera diferente y más favorable al condenado. Moría al igual que los demás asesinos pero la forma de ejecución de la pena capital era más leve o benévola (*Ibid.*)

En este episodio, la muerte no fue deseada por el sujeto del delito, que sin embargo podría imaginar esa posibilidad. Podría ser el dolo eventual del derecho penal moderno. En conclusión, respondía con su sangre, pero con pena capital ejecutada de forma más benévola.

EL SAGRADO

Sagrada es toda manifestación que conecta el hombre a una divinidad o algo exterior a él. Lo que no es objeto del sagrado llamase profano.

⁴ Talmud es un libro sagrado de los judíos, un registro de las discusiones rabínicas que pertenecen a la Ley, ética, costumbres e historia del judaísmo.

El fenómeno sagrado

Mircea Eliade – científico de las religiones – trabajó con el fenómeno sagrado. En su obra *Lo Sagrado y Lo Profano*, construyó un término que llamó de *hierofania* o manifestación del sagrado. Para él:

El hombre toma conocimiento del sagrado porque este se manifiesta, se muestra como algo absolutamente diferente del profano. A fine de indicar el ato de la manifestación del sagrado, propusimos el término *hierofania* (énfasis original). Este término es cómodo, pues no implica ninguna precisión suplementar: exprime apenas lo que está implicado en su contenido etimológico, a saber, que *algo de sagrado se nos revela* (énfasis original). Se podría decir que la historia de las religiones – desde las más primitivas hasta las más elaboradas – es constituida por un número considerable de hierofanias, por las manifestaciones de las realidades sagradas. A partir de la más elemental hierofania – por ejemplo, la manifestación del sagrado en un objeto cualquier, una piedra o un árbol – e incluso la hierofania suprema, que es, para un cristiano, la Encarnación de Dios en Jesucristo, no existe solución de continuidad. Nos encontramos delante de lo mismo hecho misterioso: la manifestación de algo de “orden diferente” – de una realidad que no pertenece al nuestro mundo – en objetos que hacen parte integrante del nuestro mundo “natural”, “profano” (ELIADE, 1996, p.17).

Así, en su comprensión: todos conviven con realidades sagradas, pero inmersos en un mundo profano. Locales, tiempos, objetos e incluso personas pueden estar impregnados de sacralidad.

Por lo tanto, se puede ahora comprender que el sentimiento por aquello que es sagrado va allá de toda comprensión racional humana. Lo sagrado no lucha contra la razón, sino que se vale de ella. Sin embargo, es esencial afirmar que él opera case siempre en el campo de la fe. Y – por eso – la fe existente en los corazones de los hombres les impide tomar medidas que violan el sagrado. Mismo un hombre que sea de otra creencia tiene siempre miedo de violar el sagrado ajeno, justamente porque el sagrado de cualquier nombre es siempre superior a la realidad humana; lo metafísico se impone sobre el físico.

La obediencia a las leyes religiosas del Pentateuco hebreo demuestran esa realidad sagrada suprema sobre un mundo profano de leyes civiles, del derecho penal común. Sí, se reconoce que hay un derecho de las ciudades, de las congregaciones y mismo de grupos humanos. Pero, ¿Qué norma es superior? ¿El profano se podría presentar al hombre del Antiguo Testamento como superior a la voluntad de Adonay, El Eterno? Por supuesto que no. Entonces se comprende por qué el sentimiento de respeto por la Iglesia Católica fue muchas veces mayor que la obediencia a las leyes civiles. Si se comprende que los reyes eran expresiones de la voluntad de Dios en la Tierra (las teocracias), evidente que las leyes reales deberían buscar armonizarse con las leyes de aquella que era considerada la Esposa de Jesucristo: la Iglesia Católica. Esencial recordar que la hierofania en la Edad Media fue mucho más fuerte que en la modernidad.

Por lo tanto, estar en un local sagrado como en las peregrinaciones, dentro de una iglesia, monasterio o convento, tener la protección de un padre o tocar en un objeto de comunicación con lo sagrado eran

razones suficientes para sentirse protegido del odio o de la injusticia humana, porque Dios era muy superior a todo eso. Ser excomulgado por la Iglesia Católica Romana era ponerse contra el propio Dios; era estar sin un “mundo” donde vivir. Mircea Eliade trata del local sagrado al decir:

Instalarse en un territorio equivale, en última instancia, a consagrarlo. “Situarse” en un hogar, organizarlo, habitarlo – son acciones que presuponen una escolla existencial: la escolla del universo que se está pronto a asumir al “criarlo”. Ora, ese “Universo” es siempre la réplica del Universo ejemplar creado y habitado por los dioses: participa, por tanto, de la santidad de la obra de los dioses (*Ibid.*, p.36).

Las iglesias y los conventos o monasterios medievos eran la manifestación del sagrado en el espacio. Así, asilarse en una iglesia, monasterio o convento era ingresar en los límites del dominio de Dios; estar bajo Su protección. Y una autoridad que no respetase a las normas de Dios no era digna de ser obedecida.

Las instituciones de clemencia en América del Sur

Entre los siglos XVI y XIX los países de América del Sur conocieron muchas medidas que garantizaban a los reos derechos de libertad. Esas medidas se llaman, en las palabras de Abelardo Levaggi, **instituciones de clemencia** (énfasis nuestro). Para ese autor, la imagen del sistema penal anterior al siglo XIX es casi siempre llena de crueldad, pero hay otra faz oculta donde prevaleció un sistema mucho más humanitario que el imaginado. Levaggi, cita las siguientes instituciones de clemencia: el perdón real, los indultos colectivos, los indultos universales, las gracias especiales, el perdón de la parte ofendida, el primer perdón, los perdones de injurias, adulterios y otros casos de perdón, la visita del cárcel y – esencial para nosotros – el asilo en sagrado.

El asilo en sagrado

El asilo en sagrado era una ley medieval por la cual cualquier perseguido por la justicia podía acogerse a la protección de iglesias y monasterios. Esa ley se basaba en un concepto jurídico: cualquier oprimido por las leyes de su país podría ser protegido por otra autoridad, fuese civil o religiosa, y derivaba de la antigua costumbre de la hospitalidad. Entre los fundamentos del asilo en sagrado se encuentra la reverencia debida a los templos, que es una manifestación espacial del sagrado. Fueron diversos los pueblos antiguos que reconocían un derecho de asilo en sus templos. Se pueden citar los hebreos, los egipcios y los griegos. En el año 397 de la era cristiana, el imperador romano Arcadio reconoció su existencia.

Las leyes injustas y opresoras perjudicaban a los reos – notoriamente a los pobres – y, por eso, ellos clamaban por otra justicia. Sin embargo, los asilos no tornaban los reos libres de sanciones. Ellos

encontraban en el asilo una oportunidad de pagar por sus delitos dentro de criterios justos e igualitarios. Un sujeto que cometiera un homicidio culposo no estaba inmune a su pena, pero esta se convertía de capital en otra, como – por ejemplo – una restricción de la libertad o pago de una indemnización a los herederos de la víctima.

El derecho visigodo admitía el asilo en sagrado, cambiando su pena por una multa. Ya la Iglesia Católica Romana la cambiaba por una penitencia pública. En el Concilio de Orleans (año 511), se fijó que cualquier reo que se asilase en una iglesia, monasterio, sus dependencias o mismo en la casa de un obispo estaría protegido por el sagrado contra las autoridades civiles que desearan sustraerlo de allá. El solicitante del asilo, cuando posible, negociaba una indemnización con sus víctimas o con los herederos de ellas que, en aceptando, juraban sobre el Evangelio y renunciaban al derecho de venganza.

En el siglo XVI los tribunales europeos en su mayoría abolieron el derecho de asilo, por comprender que nada podría escapar al poder del rey. Pero, hasta el siglo XX, muchos fueron los asilos en sagrado concedidos a reos en América del Sur, porque en España solamente con la Constitución de 1978 se abolió completamente esa institución de clemencia.⁵

Abelardo Levaggi enseña que:

[...] los delincuentes refugiados en ellos gozaban de dos privilegios: no poder ser violentamente extraídos del lugar y, siendo debidamente extraídos, no poder ser condenados a pena capital, ni otra de sangre. El derecho a la inmunidad era doble para los canonistas, “uno del delincuente refugiado, por haberse valido de la inmunidad; y otro a la Iglesia, como protectora de aquel refugiado en su privilegio”, de donde deducían que con las extracciones violentas se ocasionaban dos injurias, “una la que hace al extraído, quitándole el privilegio de que se ha valido, por razón del lugar sagrado; y otra que se hace a la Iglesia, y lugar sagrado, despojándole de aquella inmunidad, que se le concede por derecho” (LEVAGGI, p.276).

Decía Aguilar Mendevil, citado por Levaggi, que la Iglesia no apadrinaba a los pecados de los hombres, pero solo defendía a todos que a ella acogían en su misericordia. La fuerza de los ricos podría muchas veces punir, en el calor de los acontecimientos, personas pobres y sin oportunidad de defensa adecuada.

En principio, todas las iglesias, monasterios, conventos, hospitales, cementerios y otros locales identificados con la Iglesia Católica gozaban del estatus de asilo. Levaggi cita incluso que muchos comprendían como protección de asilo las puertas, aldabas y cerrojos de los templos. Es con certeza una posición de hierofanía extremada. En el año de 1569, Felipe II de España mandó para América una cédula

⁵ Desde el siglo XVIII muchas fueron las limitaciones al ejercicio de ese derecho. Diversos concordatos firmados entre la autoridad civil española y los papas restringieron el alcance de los asilos en sagrado. Por ejemplo: los Concordatos de 1737 (Felipe V y Clemente XII), 1851 (Isabel II y Pio IX) y 1953 (Franco y Pio XII). Las penas de pérdida de miembros o de muerte eran raras y, así, se comprendió desnecesaria la protección de la Iglesia Católica en tierras españolas.

donde se leía que todas las justicias deberían tener grande y continuo cuidado con las iglesias, catedrales, parroquias y conventos. Se debería respetar sus espacios sagrados y no sacar violentamente los delincuentes en ellos asilados, temiendo y teniendo en obediencia a las autoridades eclesiásticas.


Pero después, ni todos los lugares eclesiásticos continuaron siendo considerados como asilos en sagrado. Se exceptuaban de la protección las iglesias abandonadas, caídas o profanadas, las sitas en lugares solitarios, las partes externas de las iglesias y las capillas y oratorios particulares. En el Concordato de 1737, se dividían los templos en Templos de Asilo e Iglesias Frías. En los primeros, había siempre la protección del sagrado; pero en las segundas, esa protección solo existía se estuviese expuesto el Santísimo Sacramento. En 12 de setiembre de 1772, Clemente XIV, a fines de condescender con la justicia de Carlos III, determinó a los obispos de España y de América del Sur que señalasen en las ciudades una o, a lo más, dos iglesias para asilo en sagrado, reduciendo en mucho la protección de la Iglesia faz a la jurisdicción del rey. En 2 de noviembre de 1773, fue determinada la fijación de edictos en las puertas de las iglesias diciendo cuales de ellas eran asilos. En 21 de abril de 1774 se designaron iglesias de asilo en la ciudad de Buenos Aires: las de Nuestra Señora de la Piedad y la de Nuestra Señora de la Concepción. Para las demás ciudades de la misma diócesis fueron elegidas las respectivas iglesias matrices.

En principio, todos los delitos estaban protegidos por la Iglesia en sus asilos en sagrado. Ningún delincuente podría ser sacado de ellos sin su voluntad, por más grave que fuera el delito. Posteriormente empezaron las excepciones: los ladrones públicos, los salteadores de caminos, los que cometían homicidios o mutilaciones en iglesias públicas o cementerios, los reos de herejía y de lesa majestad etc. Sacar violentamente un delincuente de un asilo en sagrado, sin el consentimiento de la autoridad eclesiástica, sancionaba a los violadores de la inmunidad local con la excomuni3n. El Fuero Juzgo (ley 4, tít. 3, lib. IX), citado por Levaggi (*Ibid.*, p.282), mandaba que “quien quería sacar a otro de la Iglesia lo requiriese al sacerdote o diácono”. Y la ley 2, tit. 11, Part. I del mismo código determinaba que “antes de la extracci3n del asilado, el eclesiástico podía tomar cauci3n juratoria o fianza de la inmunidad que no se le quitaría la vida ni ofendería en los miembros” (*Ibid.*).

Abelardo Levaggi cita también la real orden de Carlos III – de 15 de marzo de 1787 – que fue la más completa regulaci3n sobre el procedimiento de extracci3n de los asilos en sagrado:

Previa la salida inmediata del reo bajo cauci3n y su depósito en cárcel segura, y daba intervenci3n en el proceso al magistrado superior correspondiente al fuero del reo. Si el delito cometido era de los comprendidos en la inmunidad, “se le destinará por providencia y cierto tiempo, que nunca pase de diez años, a presidio, arsenales, sin aplicaci3n al trabajo de la bomba, bajelas, trabajos públicos, servicio de las armas o destierro; o se le multará o corregirá arbitrariamente, según las circunstancias del delincuente y calidad del exceso cometido” (*Ibid.*, p.283).

Veamos ahora algunos efectos de la inmunidad del asilo en sagrado en la América del Sur del siglo XVIII. Abelardo Levaggi cita diversos casos:

- 
-
- a) 11 de marzo de 1772 (Argentina) – el gobernador de Buenos Aires castigó a tres dragones por la sospecha de que uno de ellos fue autor de una muerte en la ciudad de Salta. La pena debería ser la capital, pero no se sabía cuál de los tres era el homicida. Los reos se asilaron en el sagrado y fueron extraídos de ello bajo de caución juratoria. La pena se quedó más humanitaria: un año más de servicio en el ejército.
 - b) 31 de enero de 1785 (Paraguay) – el virrey, Marqués de Loreto, hizo mérito de la inmunidad eclesiástica en favor del soldado Sebastián Cardoso que acogió al sagrado, acusado del crimen de causar heridas graves en José Delgadillo, en Asunción del Paraguay. Como no hubo consecuencias de mayor consideración a la víctima y el reo cumplió nueve meses de prisión, el virrey lo mandó poner en libertad y servir al ejército.
 - c) 20 de enero de 1789 (“Guinea Española”/Uruguay) – el virrey Loreto decidió considerar el asilo en sagrado de Gerónimo Martín (cabecilla del grupo), Antonio Borrego y Carlos Sicardt, tres reos de una sublevación en la isla de Fernando Poo (en la denominada Guinea Española) y de la ejecución de su comandante. La prisión de los tres fue dilatada y la causa sufrió notable retardación. En consideración por los cumpleaños del rey de España, el cabecilla fue condenado a servir por diez años en el presidio de Montevideo. Los otros dos reos tuvieron penas menores que las correspondientes sanciones penales.
 - d) 23 de diciembre de 1791 (Argentina) – el indio Salvador Cayuri, reo de homicidio con garrote, buscó refugio en la Iglesia Matriz de Santa Fe, después de hacer fuga de la cárcel de esa ciudad. La Audiencia de Buenos Aires lo condenó a solo un año de presidio, por cuenta de la inmunidad del asilo en sagrado. De otra forma su pena debería ser capital.

Otro autor que trabajó el tema de los asilos en sagrado fue Nelson C. Dellaferrera, en artículo de la Revista de Historia del Derecho, número 28. En su exposición sobre los procesos canónico-penales por violación del derecho de asilo, él presenta la cuestión del conflicto entre la autoridad eclesiástica y la (autoridad) civil con un ejemplo:

Era el primer día del otoño de 1757 cuando los alcaides Juan Antonio de la Bárcena y Manuel de Castro entraron estrepitosamente en el convento de San Lorenzo de Córdoba. De a caballo y con gente armada ingresaron por la puerta falsa persiguiendo a unos mulatos. Ya dentro de la clausura, arremetieron con insultos, sablazos y trabucos amartillados contra los frailes mercedarios que defendían la inmunidad de su convento. No era la primera vez ni sería la última en que iglesias, conventos, cementerios y el mismo palacio episcopal serían violados por jueces inescrupulosos o por simples cristianos violentos que pretendían hacer justicia por su propia mano (DELLAFERRERA, 2000, p.309).

Dellaferrera trae en su artículo *supra* muchos ejemplos de procesos por extracción de reos del sagrado. Muy curiosos los episodios en que esa extracción se da sin el consentimiento del juez eclesiástico y, por eso, las mismas autoridades civiles (que de forma violenta sacan los sujetos bajo inmunidad) son obligadas a conducir de vuelta los protegidos a los recintos del asilo, como forma de penitencia pública, demostrando que la Iglesia no estaba de forma absoluta despidida de sus prerrogativas y poderes, aunque no gozaba más de tanta estima por parte de los reyes.

Un caso que despierta la atención del lector en el artículo de Dellaferrera es el de Mateo Novillo Mercadillo, sobrino del difunto obispo de Córdoba de Tucumán, el fraile dominicano Juan Manuel

Mercadillo y Patiño (1698–1704). Mateo es denunciado como deudor alzado⁶ por ante la Real Justicia. El promotor fiscal de la Real Hacienda alega que Mateo debe una gran suma en dinero a diversos acreedores. Percibiendo la mala fe de lo provisor y de las máximas autoridades del gobierno de la ciudad – que parecen desear una venganza contra la memoria de su tío obispo – y aconsejado por un fraile dominicano, Mateo busca asilo en el convento de Santo Domingo. Sin embargo, el denunciado es arrancado violentamente del convento, incluso por hombres armados, por órdenes del Teniente de Gobernador y por el alcalde ordinario, con la anuencia y presencia del provisor Gabriel Ponce de León. El retraído fue conducido a la Jurisdicción Real y encarcelado sin cualquier cuestionamiento al juez eclesiástico.

Después de haber apelado al Arzobispo Metropolitano de La Plata, Mateo Mercadillo obtuvo sentencia favorable a su liberación de la cárcel. Hubo recurso al tribunal secular, pero la sentencia liberatoria fue confirmada. Las autoridades seculares de Córdoba aun intentaron no restituirlo al convento de Santo Domingo, pero – bajo pena de excomunión – los mismos que le sacaron del sagrado (incluso el Sargento Mayor, Don Amador Jerónimo Cabeza de Vaca) tuvieron que conducirlo de vuelta a los dominicanos, como en una ceremonia pública o procesión penitencial.

CONCLUSIÓN

Cuando la Ley Hebrea trataba de un homicidio doloso, garantía el derecho de venganza a través del vengador de la sangre. Eran los tiempos de la Ley de Talión. Pero, se no hubiera la intencionalidad de causar el resultado muerte, el homicida era preservado de la venganza al asilarse en una de seis ciudades hebreas, llamadas de ciudades refugio. Estas ciudades – y otros locales de Grecia y Egipto – fueron antecedentes de los asilos en sagrado de la Edad Media.

El instituto del asilo en sagrado, como forma de institución de clemencia en el siglo XVIII, se justificaba por fuerza de la autoridad moral de la Iglesia Católica. Más que un privilegio eclesiástico, los asilos en sagrado buscaron proteger los delincuentes de un juzgamiento sin la debida defensa. En el calor de los hechos o en razón de venganza política, muchas personas eran presas por las autoridades seculares y tratadas como culpables, antes mismo de averiguarse y ponderarse las pruebas colidas. Había veces en que el reo se quedaba preso años antes de ser juzgado e probada su inocencia.

El asilo en sagrado (siglo XVIII) o las iglesias santuarios (siglo XXI) son la materialización espacial de la hierofanía, que puede garantizar la protección al derecho de amplia defensa y juzgamiento imparcial al acusado por un delito no doloso. Por supuesto que lo comprendemos siempre actual y posible de ser invocado en el ámbito del Derecho Penal.

⁶ Según el *Primer diccionario general etimológico de la lengua española*, de Roque Barcia, el adjetivo **alzado** se aplica a quién quiebra maliciosamente, ocultando sus bienes para defraudar a sus acreedores.



REFERENCIAS

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, **Direito Penal – Parte Geral**, São Paulo, Saraiva, 1994.

DELLAFERRERA, Nelson C. **Procesos Canónico-Penales por Violación del Derecho de Asilo en Córdoba del Siglo XVIII**. Disponible en Internet en: <<http://inhide.com.ar/portfolio/revista-de-historia-del-derecho-no-28-ano-2000/>>. Citada em: 20 de febrero de 2017.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano: A Essência das Religiões**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEVAGGI, Abelardo. **Las Instituciones de Clemencia en el Derecho Penal Rioplatense**. Disponible en Internet en: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27013/24360>>. Citada en: 4 de febrero de 2017.

SCHWAB, Martín A. I. **Manual de Derecho Penal Hebreo**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2014.



MACONHA NO BRASIL É CRIME!

Mário Fernando Paschoal¹

RESUMO

A relativização vivenciada em todos os campos sociais na atualidade fez com que o uso da maconha se tornasse, não só difundido largamente, como também incentivado em obras literárias, filmes, músicas e mesmo no dia a dia das nossas cidades a ponto de se levantar vozes retumbantes buscando a legalização do uso do psicotrópico, falando e defendendo a sua inocência e mesmo um chamado uso recreativo. Ao oposto há inquestionável certeza jurídica, psicológica e científica: maconha é droga e usar maconha é crime.

Palavras-Chave: Maconha; Crime; Relativização; Uso recreativo; Prisão; Usuário.

RESUMEN

La relativización vivenciada en todos los campos sociales en la actualidad hizo que el uso de la marihuana se convirtiera, no sólo difundido ampliamente, como también incentivado en obras literarias, películas, músicas e incluso en el día a día de nuestras ciudades hasta el punto levantar voces resonantes buscando la legalización del uso del psicotrópico, hablando y defendiendo su inocencia e incluso un llamado uso recreativo. Al contrario hay incuestionable certeza jurídica, psicológica y científica: marihuana es droga y usar marihuana es crimen.

Palabras-Clave: Marihuana; Crimen; Relativización; Uso recreativo; Prisión; Usuario.

¹ Advogado em Porto Alegre-RS. Especialista em Direito Penal pela UFRGS e Doutorando em Direito na Universidade John F. Kennedy de Buenos Aires, Argentina.

INTRODUÇÃO

São muitas as divergências suscitadas sempre que se entra no debate sobre a legalização do uso da maconha. Há uma infinidade de opiniões reverberando em diversos sentidos: é muito bom, é muito ruim, é socialmente aceito, é inofensiva, é até mesmo salutar em muitas situações, falando-se inclusive do seu uso “recreativo”.

Não obstante as opiniões, o presente artigo tem a pretensão de demonstrar que, embora as tantas teses criadas a respeito do tema, a maconha, segue sendo proibida no Brasil, mormente seu uso tenha se popularizado de uma maneira tal que é muito comum vermos sua utilização, nas ruas, nas praças e em eventos públicos.

Certo é dizer, entretanto, que na grande maioria dos casos de viciados e usuários em tantas outras drogas, a porta de entrada do entorpecente mais viciante foi e sempre será a maconha, exatamente porque nesta relativização social e notadamente legal que vivemos se passou a aceitar passivamente sua utilização como algo normal e “inocente”.

Do site história de tudo vem o histórico da maconha: “droga derivada da planta *Cannabis sativa*, um arbusto de cerca de dois metros de altura, de origem asiática, que cresce em zonas tropicais e temperadas”, com aparecimento na China há 7000 anos e na Índia, utilizada como forma de medicamento (www.historiadetudo.com).

Mas, não só como medicamento as folhas possuem propriedades têxteis e também para ser feito o papel. Há notícias históricas de que Gregos e Romanos a utilizaram, sendo sua proliferação levada à África, à Europa e à América, sendo que no nosso continente foi introduzida inicialmente no Chile, chegando ao Brasil no século XVIII.

O ponto de interesse a este pequeno estudo diz respeito a utilização da maconha com finalidade psicotrópica, encontrando-se referência de sua utilização no final do século XIX, porém, foi a partir dos anos 60 do século XX, que sua utilização foi difundida e incentivada, até chegar nos dias atuais onde se perdeu o controle e mesmo as estatísticas sobre o número de usuários.

A QUESTÃO CIENTÍFICA

THC é a sigla dada para a principal substância psicoativa encontrada na planta *Cannabis sativa*, ou seja, na maconha. Essa sigla vem do nome tetra-hidrocarbinol ou tetra-hidro-canabinol, composto da família dos fenóis, que é o principal componente da planta da maconha, sendo responsável por seus efeitos alucinógenos.

A maconha possui outros alucinógenos, mas o THC é o mais potente. Os efeitos da maconha devem-se praticamente a esse composto, pois o THC modifica a atividade cerebral da pessoa, fazendo com que ela tenha alucinações, delírios, diminua a sua percepção de tempo e espaço, além de poder levá-la a ter acessos de ira e pânico (www.educacao.bol.uol.com.br).

Tendo em conta que o THC é um composto da família dos fenóis é importante dizer que a exposição breve a níveis elevados de fenol produz irritação das vias respiratórias e tremores musculares. A exposição prolongada de níveis elevados de fenol produz danos no coração, rins, fígado e pulmões.

Estas brevíssimas explicações de cunho científico revelam de forma absolutamente simples que ao contrário do que se difunde a maconha é altamente prejudicial a saúde humana, o que por si só justifica o combate a sua utilização, porquanto de recreativo, inocente ou de menor importância a droga não possui nada.

O THC permanece no sangue da pessoa por aproximadamente oito dias. Assim, se o indivíduo usar maconha repetidamente em intervalos menores que esse, a concentração de THC no seu sangue irá aumentar, provocando efeitos mais intensos, sendo possível, igualmente, a sua constatação por simples exame de sangue.

OS EFEITOS

Como os estudiosos do tema demonstram de maneira muito clara, os efeitos da utilização da maconha não tem nada de inocente ou de bom à saúde, tanto assim que logo após fumar o cigarro de maconha, são constatados diferentes efeitos, dependendo da quantidade de THC, porém sempre se encontrará (www.infoescola.com):

- euforia, sonolência, sentimento de felicidade;
- risos espontâneos, sem motivo algum;
- perda de noção do tempo, espaço, etc;
- perda de coordenação motora, equilíbrio, fala, etc;
- aceleração do coração (taquicardia);
- perda temporária de inteligência;
- fome, olhos vermelhos, e outras características.

O uso também faz com que a pessoa fique sem vontade de fazer mais nada, planos, projetos, ideias e ideais ficam relegados a um segundo plano, o uso repetitivo causa distúrbios no sistema reprodutivo, que é o hormônio sexual responsável pelas características masculinas, tais como voz grossa, barba, músculos e produção de espermatozoides.

Quando a quantidade de THC for mais alta, podem-se somar os efeitos:

- alucinações, ilusões
- ansiedade, angústia, pânico
- impotência sexual

Os efeitos a longo prazo são muito mais danosos:

- maior chance de desenvolver câncer de pulmão
- bronquites
- sistema imunológico fragilizado
- tosse crônica
- arritmia cardíaca

Até aqui é possível a constatação que não há nada que justifique a utilização da maconha, assim como se tem a constatação de que não existe nada de positivo, de nobre ou mesmo de razoável a garantir seu uso, ao contrário, os efeitos daninhos e os prejuízos são tremendos, possuindo efeitos na condição da pessoa.

Pondera-se que o Brasil, como diversos países vivem uma verdadeira epidemia do uso da maconha, o I Levantamento Domiciliar sobre Consumo de Drogas no Brasil (Carlini et al. ,2002), revelou que 6,9% dos 47 milhões de habitantes das 107 maiores cidades brasileiras já consumiram a planta pelo menos uma vez na vida, o que corresponde a 3.249 milhões de pessoa (A História da Maconha no Brasil, Elisaldo Araújo Carlini).

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A pesquisa na internet, indica, igualmente que coube a Napoleão Bonaparte criar a primeira lei proibindo a *cannabis*. Isso aconteceu quando o general francês conquistou o Egito em 1798, alegando que, ao consumir o produto, os egípcios ficavam mais violentos. Três décadas depois, em 1830, o Brasil também se tornaria pioneiro no assunto, quando a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, por meio do Código de Posturas Municipais, criou restrições ao comércio e ao consumo do “pito do pango”, expressão usada para definir a *cannabis* à época, relata Rowan Robinson no “*O Grande Livro da Cannabis*” (www.pragmatismopolitico.com.br).

Ao longo da História do Direito Penal Brasileiro, o legislador sempre cominou sanção penal e pena de prisão tanto para o traficante como para o usuário de drogas, notadamente a maconha e o ópio, do século passado, entretanto, se sobressai o artigo 281 do Código Penal de 1940, conforme as Leis 4451/1964 e 5726/1971, que definiu o delito nos seguintes termos:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, terem depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena-reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I- importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

II- faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

III- traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

IV- adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

A partir do ano de 1976, foi publicada a Lei 6368/1976, que definiu a conduta do traficante no artigo 12 daquele diploma legal e do usuário ou portador no artigo 16, nestes termos:

“Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

Mais recentemente sobreveio ao mundo jurídico a Lei Federal 11343/ 2006, que manteve a separação entre usuário (artigo 28) e traficante (artigo 33), definindo a situação do usuário, portador e viciado nestes termos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I - admoestação verbal;
- II - multa.

O texto da lei é muito claro ao definir que a conduta do porte e uso de substância entorpecentes é crime e como tal é tratada por parte das autoridades policiais.

Com efeito, se o indivíduo é flagrado pela polícia ostensiva ou judiciária se utilizando ou transportando maconha é presa, algemada, colocada em uma viatura policial e apresentada a Autoridade Policial (Delegado de Polícia), que decidirá, à luz daquilo que lhe for reportado pelos agentes policiais se o preso será atuado em flagrante por tráfico de drogas ou responderá a Termo Circunstanciado por ser usuário de entorpecentes, porém, responderá processo.

Insistimos em dizer que o Legislador Federal foi objetivo quando definiu quais são as penas e as hipóteses definidas no artigo 28 da Lei 11343/2006: advertência, prestação de serviços e medidas educativas. E pena é resultado da prática de um crime.

Logo aquele se utiliza de substância entorpecente comete um crime e como tal será sancionado. Mas as consequências vão além do âmbito do Direito Penal, por exemplo, a 7ª Turma do TST reconheceu a dispensa por justa causa de um fresador demitido após ser flagrado por câmeras de segurança fumando maconha nas dependências da empresa E & M Indústria Mecânica, em Betim (MG), durante o intervalo para repouso e alimentação (www.jusbrasil.com.br).

O Código de Trânsito Brasileiro, também define a suspensão da CNH em caso de uso de maconha no artigo 165:

Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

CONSEQUÊNCIAS PSIQUIÁTRICAS

Neste ponto se pode reproduzir as palavras do médico psiquiatra Ronaldo Laranjeira à jornalista Marília Gabriela, quando a repórter perguntou sobre se a maconha é “inocente ao corpo físico”?

Ronaldo Laranjeira respondeu: "A maconha vem recebendo há muitos anos uma imagem muito favorável, inofensiva. Esta é a cultura popular da maconha. Mas, do ponto de vista médico, está acontecendo o contrário. Há dez, doze anos atrás a maconha não era tão estudada. Os estudos atuais têm mostrado o quanto a maconha tem produzido bem mais transtornos mentais que a gente imaginava, a ponto de 10% dos novos casos de esquizofrenia ter ocorrido pelo uso da maconha."

Em reportagem da Revista Veja no ano de 2016, foi demonstrado de modo científico outros efeitos do uso da maconha:

- seus usuários têm duas vezes mais risco de sofrer de depressão;
- eles têm também duas vezes mais risco de desenvolver distúrbio bipolar;
- são neles, 3,5 vezes maior, a incidência de esquizofrenia;

- o risco de transtornos de ansiedade é cinco vezes maior;
- 60% dos usuários têm dificuldades com a memória recente;
- 40% têm dificuldades de ler um texto longo;
- 40% não conseguem planejar atividades de maneira eficiente e rápida;
- têm eles oito pontos a menos nos testes de QI;
- 35% ocupam cargos abaixo de sua capacidade.

POR QUE SE USA MACONHA?

É uma indagação com muitas variáveis, sobre o porquê da utilização da maconha, devendo neste contexto, ser destacado estudo realizado pela Escola Paulista de Medicina, que aponta: "... tranquilidade, pois muitos do que usam maconha se sentem mais calmos e relaxados; diversão e descontração, a pessoa ri por qualquer motivo; busca de um maior prazer sexual (isto não ocorre, na verdade); maior sensibilidade ao som (ficar curtindo uma música por exemplo), maior sensibilidade ao gosto (a famosa "larica"); ficar "morgando", que se caracteriza pela vontade de não fazer nada; ficar "viajando" em algum objeto, pois a sensibilidade visual fica aumentada.

Entretanto, por trás destes efeitos, há de se destacar a evidente aceleração e desvalorização da vida, a desvalorização da família tradicional, a dificuldade de enfrentar situações de dificuldades, o pensamento existencialista, segundo o qual nada tem sentido e tudo é um grande vazio. A desigualdade de oportunidades. A falta de definição clara sobre o que é ser feliz. A superficialidade de conceitos como realização e felicidade.

CONCLUSÃO

Todos estes dados se prestam a demonstrar o risco direto e imediato porque passam todos os usuários de maconha, que indiscutivelmente é a porta de entrada para a utilização de outros tipos de drogas e que certamente permite o afrouxamento dos nossos laços morais que mostram ao ser humano o quão é necessário resistir para não se deixar levar no vício.

A utilização da maconha não é, e nunca será inocente porque traz consequências ao usuário e a todos aqueles que convivem com o usuário e aprendemos desde a lição de um dos maiores Físicos da História humana: Isaac Newton, que somos regidos pela lei de ação e reação.

Assim, tudo o que fizermos aos outros, por dor, tristeza, decepção e sofrimento retornará a nós.

Tudo o que fizermos ao nosso corpo, retornará a nós em forma de dor e sofrimento.

Este é o momento de resistir. Este é o momento do homem de fazer despertar em cada criatura a necessidade do preenchimento do vazio desta existência, que jamais poderá ser preenchido por drogas – maconha, álcool ou qualquer outro entorpecente – lutemos contra o homem velho acostumado a buscar fora de si alternativas para resolver suas questões mais íntimas.

Diga não as drogas.

Diga não ao álcool. Diga não à maconha.

Retome agora o controle da sua vida!

Urge que definitivamente a sociedade brasileira enfrente este tema que é uma verdadeira doença e que principalmente, do mesmo modo como o álcool causa prejuízos enormes ao país, arrastando recursos financeiros, mas também seres humanos e famílias para um verdadeiro inferno em vida.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002;

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de Processo Penal Interpretado**, São Paulo, Atlas, 2000;

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997;

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Lições de Direito Penal**, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1993;

THUMNS, Gilberto, PACHECO, Vilmar, Nova Lei de Drogas – **Crimes, Investigação e Processo**, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2007;

GOMES, Hélio, **Medicina Legal**, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1997; 7 –

BRASIL, **Código Penal**, Decreto Lei 2848/40;

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988; 9 –

BRASIL, **Lei Federal** 6368/1976;

BRASIL, **Lei Federal** 11.343/2006.



A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: A ÓTICA DA CULTURA DO CONSENSO E DO LITÍGIO

Maria Aparecida Bernart Laux¹
Nícolas Kormann²

RESUMO

Faz tempo que a crise do Poder Judiciário já é motivo de pesadelos para advogados e demais profissionais do direito. Todavia, percebe-se que nos últimos anos o Poder Público vem se mostrando disposto a mudar e quebrar este paradigma. Deste modo, o presente artigo científico possui como objetivo examinar os reflexos que a cultura do litígio causa(ou) ao Poder Judiciário brasileiro, bem como trazer à tona os benefícios da cultura do consenso, visando analisar alguns métodos utilizados para esta transição e os institutos necessários. Sobretudo, as mudanças ocasionadas pelo Poder Público em prol da melhoria do Poder Judiciário sob a ótica da cultura do consenso. Para melhor compreensão do que fora apresentado, por fim, será exibido índices gráficos que representam as mudanças já ocasionadas.

Palavras-chave: Crise do Poder Judiciário; Cultura do consenso; Cultura do litígio.

RESUMEN

Hace tiempo que la crisis del Poder Judicial ya es motivo de pesadillas para abogados y demás profesionales del derecho. Sin embargo, se percibe que en los últimos años el Poder Público viene mostrándose dispuesto a cambiar y romper este paradigma. De este modo, el presente artículo científico tiene como objetivo examinar los reflejos que la cultura del litigio causa (o) al Poder Judicial brasileño, así como traer a la luz los beneficios de la cultura del consenso, buscando analizar algunos métodos utilizados para esta transición y los institutos sea necesario. Sobre todo, los cambios ocasionados por el Poder Público en favor de la mejora del Poder Judicial sobre la óptica de la cultura del consenso. Para una mejor comprensión de lo que fue presentado, por fin, se mostrarán índices gráficos que representan los cambios ya ocasionados.

Palabras-clave: Crisis del Poder Judicial; Cultura del consenso; Cultura del litigio.

1 Bacharel em Pedagogia e Direito, Especialista em Direito, Mestre em Ciência Jurídica e Doutora em Educação, Professora e Pesquisadora Titular da Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: mablaux@furb.br

2 Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: kormann.nicolas@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo científico fora realizado sob a observância de dois temas que se encontram em alta relevância – a crise do Poder Judiciário e a cultura do consenso ou da paz. Com a missão de explicar um novo horizonte para a Justiça Brasileira seguindo os ditames da cultura do consenso. Ao passo de considerar esta como um possível meio para a resolução e, sobretudo, uma incrível feramente para a pacificação social.

Para que isso fosse possível fora utilizada uma metodologia de pesquisa de abordagem dedutiva, com a observância da norma legal; dos mais renomados doutrinadores sobre os assuntos e apontamentos de dados estatísticos retirados da Justiça em Números de 2018, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Para melhor entendimento da pesquisa fora tratado o que é a Crise do Poder Judiciário e suas possíveis causas. Logo após fora apresentado as mudanças já realizadas pelo Poder Público, para a quebra do paradigma da cultura do litígio e a ascensão da cultura do consenso. Por fim, fora exposto dados estatísticos do Justiça em Números que mostra a relação entre a crise do Poder Judiciário e o que mudou desde a quebra do paradigma da cultura do litígio.

A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

A crise do Poder Judiciário causa grande incômodo dentre os operadores do direito. Considerados para muitos um pesadelo, a crise do Poder Judiciário teve sua origem na ineficácia judicial, movida pelo raciocínio de subsunção e litigiosidade, bem como pelo escasso conceito de jurisdição.

Essa implosão de litigiosidade no Poder Judiciário pode ser explicada pela liberalização política, seguida do nível de conscientização da população, que compõe a pluralista sociedade brasileira. De modo que a Justiça tradicional não possui condições de responder prontamente, tornando-se incapaz de cumprir, com a desejável regularidade, a missão que lhe é pertinente: a de compor as lides e de resolver os conflitos sociais, que aumentam com o passar do tempo (HARADA, 2003).

Ao passo que a sociedade evolui e se torna mais consciente de seus direitos, a antiga forma sistemática do Poder Judiciário já não mais se mostra eficiente para as enormes demandas de conflitos pendentes. Seja pela morosidade ou por outras razões que provoquem e auxiliem na crise deste Poder.

Neste sentido, as principais causas que acarretam na problemática do acesso à justiça e, consequentemente, na crise do Poder Judiciário são: a morosidade do tramite processual; o custo relativamente elevado; a alta burocratização; empecilhos nos procedimentais; o “*mindset*” do Juiz positivista; a falta de informação e orientação para as partes em conflito; as deficiências da defensoria pública. Ou seja, tudo isso leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre judiciário e seus usuários. (GRINOVER, 2013).

Além destas variáveis, destaca-se também como origem para a crise do Poder Judiciário: i) a crise decorrente da falta de democratização; ii) a crise de natureza estrutural; iii) a crise decorrente da atuação inadequado dos operadores do direito; iv) a crise decorrente do ensino jurídico; v) a crise política e, por fim, vi) a crise financeira. (HARADA, 2003).

Para fins desta pesquisa, foram analisadas mais a fundo as causas trazidas por Harada, por serem consideradas mais concretas e ser o entendimento majoritário doutrinário, as quais se dividem em seis:

A primeira causa indicada é a falta de democratização. Esta, por sua vez, envolve, além de outros aspectos, a maneira de recrutar seus membros e compor os tribunais superiores e, acima de tudo, a busca de nova forma de legitimidade, que não pode ser confundida com legalidade. Há a necessidade de se libertar aos poucos deste ideal de justiça monista, que é elaborada exclusivamente pelo Estado, que tende a misturar legitimidade e legalidade.

A segunda causa é a crise estrutural. O Poder Judiciário peca pelo tamanho de sua estrutura, que encimada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), não consegue mais exercer o controle sobre tantos órgãos sobrepostos. O Estado, nos dias atuais, exige uma enorme estrutura material e pessoal. Todavia, o tamanho desta estrutura pouco tem a ver com a eficiência e a produtividade. É sim necessário que os agentes públicos tenham vontade de produzir e estejam capacitados para bem produzir. Caso contrário, o maior “Parlamento do Planeta” deveria ser o mais eficiente e veloz na produção legislativa, porém é de conhecimento comum que a situação é exatamente a contrária.

O autor defende ainda uma reengenharia do Poder Judiciário:

É preciso que se faça uma reengenharia do Poder Judiciário, que é uno, com adoção de estruturas modernas e ágeis, enxugando os diferentes órgãos dispersos. A convivência de uma dupla Justiça, sem que nem uma, nem outra tenha condições de desenvolver, com regularidade, a atividade jurisdicional do Estado, está a merecer uma reflexão em termos de custo-benefício para a sociedade em geral. É claro que o mais importante é a vontade política de agilizar. O centro de toda e qualquer reforma é o homem. Não existe e jamais existirá um sistema que opere por si próprio. [...] Enfim, uma série infindável de pequeninas coisas, que não demandam custos elevados, nem exigem reformas estruturais, poderiam ser objetos de maior atenção para descongestionar o Judiciário. (2003, p. 293).

A terceira causa apresentada é a crise dos operadores do direito. É sabido que a Justiça se assenta em um tripé: juiz, promotor e advogado, considerados os principais operadores do direito. Assim, para que torne superada esta crise é necessária a união destes, como um todo, ocorrendo um esforço para se adequar à ordem jurídica dos dias atuais, seguindo as passadas de notáveis e dinâmicos operadores do direito, que não são poucos, e já encontram-se perfeitamente sintonizados com a nova ordem política, econômica, social e cultural reinantes. É preciso suplantar esse muro de separação que ainda existe, decorrente de uma cultura jurídica predominantemente legalista, assimilada ardentemente nos bancos acadêmicos, em confronto com a realidade social efervescente e em contínua mutação, não acobertada pela ordem liberal superada.

Levando em consideração também o que foi trazido por Grinover, esta função, de proporcionar uma nova visão aos operadores do direito em prol da pacificação social a fim de se adequar à nova ordem jurídica, recai, principalmente, sobre a figura do magistrado. Assim, o magistrado deve estar ciente e consciente de que está investido em novas funções, ditadas pela realidade cotidiana, para assumir o papel de árbitro das diferentes controvérsias de dimensões políticas e sociais.

Não se pode perder de vista que o juiz, queira ou não, está inserido num contexto, onde há um descompasso entre a ordem jurídica e a ordem social a exigir muita sensibilidade no enfrentamento dos desafios, que brotam no dia a dia, reclamando respostas imediatas. A administração da Justiça nos tempos atuais requer do juiz uma postura diferente daquela tradicional; requer uma sensibilidade para captar a realidade social em contínua transformação, bem como implica, necessariamente, o manuseio de instrumentos processuais antes inexistentes, como a mediação e a conciliação.

A quarta causa listada pelo autor é a crise do ensino jurídico. Segundo o autor, a reforma que ocorreu em 1971, a chamada “reforma passarinho” também é causa que aterroriza a atual crise que atinge o Poder Judiciário. Na concepção do autor, a reforma abriu um enorme leque de ampliação de instituições de ensino e de vagas, ainda que necessitando “formalmente” de critérios pré-estabelecidos. Ocorre, que tais critérios não foram obedecidos, de modo que ocorreu a proliferação das faculdades de direito. Assim, o autor defende que a “universidade de elite” foi substituída por “universidade massificada”, com sensível queda na qualidade de ensino. De modo que anualmente, milhares de formados são despejados no escasso mercado de trabalho contribuindo para engrossar o chamado “exército de bacharéis da reserva”.

Para se ter uma ideia da dimensão que essa reforma tomou, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010 o Brasil continha 1.240 cursos de direito, enquanto outras nações, incluindo Estados Unidos, toda a Europa e a China somavam a quantia 1.100.

A penúltima causa enumerada pelo autor é a crise política. Como se verifica, de tempos em tempos o Judiciário se vê afogado em uma crise político-institucional, que lhe retira a autonomia e a independência, de forma que acarreta em um enorme desprestígio.

Por último, o autor elenca como causa da crise do Poder Judiciário a problemática financeira. Totalmente compreensível, pois não há como ter autonomia administrativa do Judiciário sem a mínima autonomia financeira, o que não se confunde com autonomia orçamentária.

Como se pode verificar, diversas são as causas da crise do Poder Judiciário, envolvidos tanto os operadores do direito, em sua missão de resolver o conflito em busca da pacificação, bem como as instituições de ensino, em uma visão de direito privado, como também o Poder Público, visível em sua má administração, tanto financeira quanto administrativa. Deste modo, impossível definir um único responsável pela crise do Poder Judiciário, contudo, possível dizer de quem é a responsabilidade para a melhora: de toda a coletividade.

Dessa forma, no caso de ser adotada uma política que disponha aos jurisdicionados métodos consensuais de conflitos, o Poder Judiciário adotaria, juntamente, um poderoso filtro de litigiosidade. Deste

modo, o Poder Público asseguraria a ordem jurídica justa e ainda estaria atuando de forma eficaz na diminuição da quantidade de conflitos a serem judicializados, além do mais, contribuiria para a redução do número de sentenças, recursos e execuções judiciais.

A MUDANÇA PELO PODER PÚBLICO

Gasto com as cobranças dos cidadãos e abarrotado com a crise do Poder Judiciário, o Poder Público notou que havia necessidade de uma mudança. Uma mudança política e organizacional no Poder Judiciário. Foi então, com este pensamento, que o Poder Público voltou suas políticas à cultura da paz.

Neste sentido foram as palavras do então Ministro Peluso, em 2010, ao tomar posse da presidência do Supremo Tribunal Federal:

Donde, estou plenamente convicto de que, nessa empreitada comum, não há outro caminho ao CNJ senão o de convencer a magistratura, por ações firmes mas respeitosas, de que somos todos, cada qual nas esferas próprias de competência constitucional, aliados e parceiros na urgente tarefa de, corrigindo as graves disfunções que o acometem, repensar e reconstruir o Poder Judiciário, como portador das mais sagradas funções estatais e refúgio extremo da cidadania ameaçada. (2018, p. 74).

Em seu discurso, o então Ministro aborda, também, as transformações que vem passando o país nas últimas décadas e a importância de uma política pública voltada à diminuição da conflitualidade:

Ora, as rápidas transformações por que vem passando, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade brasileira, têm agravado o quadro lastimável, em virtude da simultânea e natural expansão da conflituosidade de interesses que, desaguando no Poder Judiciário, o confronta com sobrecarga insuportável de processos, em todas as latitudes do seu aparato burocrático. E uma das causas proeminentes desse fenômeno está, como bem acentua o Des. Kazuo Watanabe, na falta de uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses. (2010, p. 74).

Por fim, Peluso retrata o precário sistema judiciário - cuja solução é dirigida à litigiosidade - e volta a abordar a importância de políticas públicas direcionadas à cultura da paz – os métodos adequados de solução de conflitos:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafio dos órgãos judicantes e a

maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses. (2010, p. 75).

Pode-se dizer, então, que após o discurso do então Ministro Peluso, a importância do desenvolvimento da cultura do consenso como mecanismo de combate à crise do poder Judiciário se amplificou, sobretudo aos olhos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Foi posta em prática então, uma comissão junto ao referido conselho, para a elaboração de uma política pública de resolução de conflitos.

Desta feita, foi então instituída a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Inúmeras são as importâncias que vieram junto com a nominada Resolução, dentre as mais importantes se pode destacar: uma nova concepção de acesso à justiça, a qual abandona a ideia de mero acesso aos órgãos judiciais, para se dar espaço ao acesso a uma ordem jurídica justa; prevê a possibilidade da resolução através do meio mais adequado às partes, com o emprego dos mais variados métodos adequados de resolução de conflito, tais como: a mediação, a conciliação, a arbitragem, a constelação familiar, o *compliance* e a negociação; a exigência para que sejam ofertados serviços de orientação e informação dos meios adequados de solução de conflitos, bem como a cautela para a satisfatória qualidade destes métodos, realizando a apropriada capacitação, treinamento e aprimoramento dos responsáveis pela implementação destes métodos; a propagação da cultura da paz, com o devido auxílio do CNJ aos tribunais na coordenação dos serviços de tratamentos adequados de conflitos, com a busca pelo apoio dos órgãos públicos e das instituições de ensino, com o intuito de criação de disciplinas e palestras que propiciem o desenvolvimento da cultura do consenso. (WATANABE, 2011).

A referida Resolução também diferenciou ao estabelecer ao Tribunais a necessidade de criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito, justamente para o desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesse, por meio de preparação de atos voltados ao cumprimento desta política, entre os quais, destacam-se: a implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a promoção da capacitação permanente de magistrados, servidores, conciliadores, mediadores e demais agentes responsáveis pela coordenação dos métodos adequados de solução de conflitos.

A resolução abarca, em seu artigo 8º, o dever dos Tribunais de criarem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs):

Art. 8º. Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Dentre os interesses dos Cejuscs, pode-se citar o auxílio às varas com competência nas áreas como cível, fazendária, família, ou, até mesmo, os próprios Juizados Especiais - nas audiências de conciliação e mediação - que ficam a cargo dos conciliadores e mediadores, assim como no atendimento ao cidadão.

Desta feita, com a Resolução 125 do CNJ, fica claro o interesse e a preocupação do Poder Público com a essencialidade de se implementar e propagar a cultura do consenso - especialmente quanto à conciliação e à mediação - através de uma nova reformulação do Poder Judiciário brasileiro, aliado ao incentivo à mudança de mentalidade dos operadores do direito e das próprias partes, com o propósito de se alcançar a pacificação social e como meio eficaz para melhorar a situação da crise do Poder Judiciário.

Neste viés, contextualiza Valéria Luchiani:

Daí se depreende que a política pública de tratamento adequado de conflitos centra-se no acesso à Justiça qualificado ou “acesso à ordem jurídica justa”, conforme ensina o Professor Kazuo Watanabe, que é possível através da condução efetiva do processo pelo juiz (gerenciamento do processo e gestão cartorária) e da utilização do modelo de unidade judiciária (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), responsável não só pelo trabalho com os métodos consensuais de solução de conflitos (tendo como parâmetros os Setores de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Tribunal Multiportas do direito norte-americano), mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que conduzem à pacificação social, com o abrandamento da morosidade da justiça, a diminuição do número de processos e de seus custos, como consequências reflexas. E isso porque o acesso à Justiça qualificado exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma tenção do Poder Público, em especial do Poder Judiciário, a todos que busquem solução a qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses. (2011, p.229)

Compreende-se, deste modo, que o principal objetivo da Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado de conflitos é a pacificação social e o justo acesso à justiça, e não a mera diminuição dos custos judiciais e da morosidade da litigiosidade, estes considerados apenas como um reflexo daqueles.

Passada a Resolução 125, o CNJ instituiu a Resolução 198, de 01 de julho de 2014, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Esta Resolução definiu a estratégia Judiciária de 2015 até 2020, de maneira que apresentou os treze macrodesafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário neste período.

Em seu domínio na internet, o CNJ apresentou um gráfico com as tendências atuais, os treze macrodesafios para cada área do sistema judiciário brasileiro e o cenário desejado ao final do prazo proposto pela Resolução, em busca da efetividade na prestação jurisdicional.

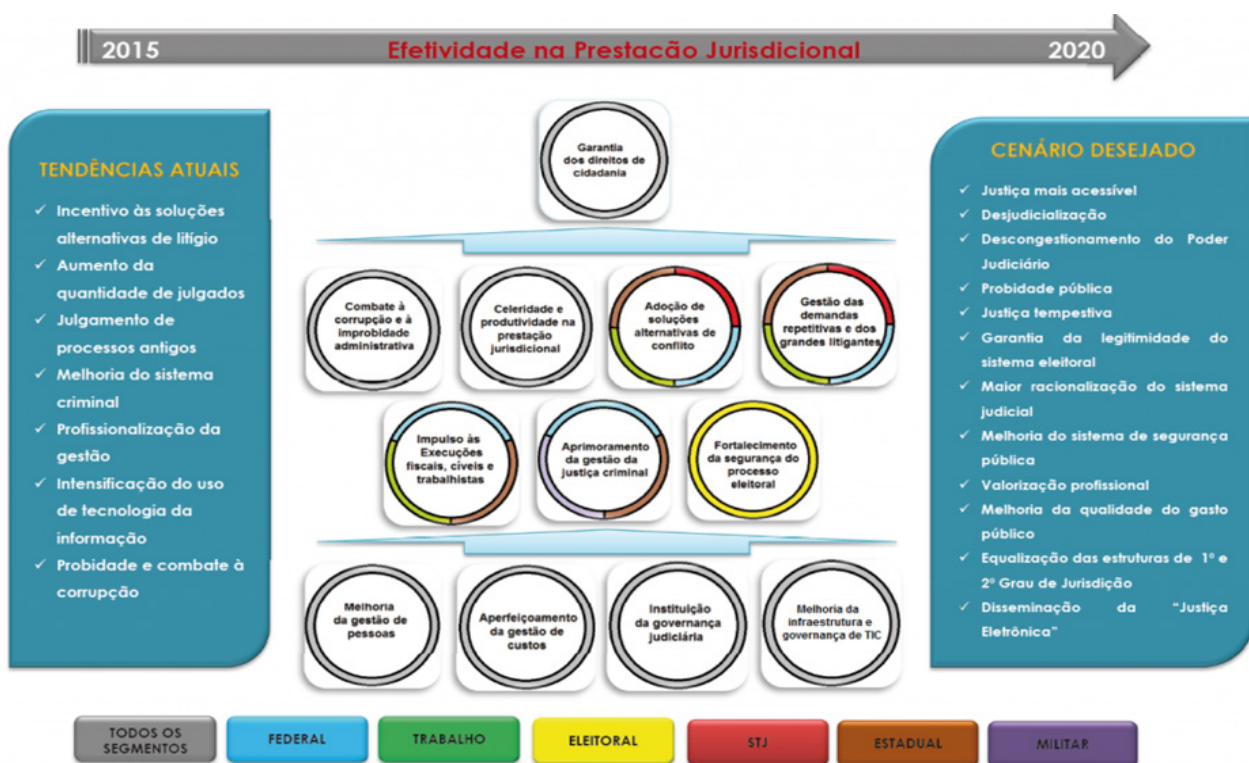


Figura 1 – Macrodesafios do Poder Judiciário

Fonte: CNJ. Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020>. Acesso em: 07 fev. 2018.

Estes desafios apresentados pela Resolução demonstram, novamente, a preocupação do Poder Judiciário com a problemática crise que vem assombrando o cenário jurídico brasileiro nos últimos tempos. Pode-se dizer então, que esta Resolução vem com o intuito de fortificar as ideias da Resolução 125, com ênfase na garantia de uma prestação jurisdicional efetiva e ágil, com a obediência ao princípio constitucional da razoável duração do processo, aliada aos ideais da cultura do consenso.

Apresentadas as propostas e mudanças já realizadas pelo Poder Judiciário, importante se faz expor as mudanças realizadas pelo poder legislativo. Dado o passado primitivo do antigo Código de Processo Civil de 1973, e atendendo às vontades dos operadores do direito, os nobres legisladores criaram um novo Código de Processo Civil, por meio da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, com a principal finalidade de dar maior celeridade ao tramite processual, mediante a simplificação dos atos e procedimentos processuais. Em decorrência disso, se verificou, também, a mudança de atitude dos magistrados, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores deverão nortear as decisões dos demais Tribunais e Juízos de primeira instância.

No tocante à cultura do consenso, é oportuno se dizer que o novo Código trouxe consigo as diretrizes das Resoluções do CNJ, haja vista que a presente legislação apresentou diversas inovações, espe-

cialmente quanto aos métodos consensuais de resolução de conflitos, de modo que torna essencial o uso destes métodos, tendendo à adoção da cultura da paz.

Além do advento do Novo Código de Processo Civil, a Lei n. 13.140 também pode ser considerada como um marco no avanço e difusão da cultura do consenso. A referida Lei dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ademais, a Lei estabelece que por meio da mediação podem ser solucionados os conflitos que tratem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Outra nova se remete ao incentivo à mediação privada, com a possibilidade dos contratos inter partes preverem cláusula de mediação, o que exclui da apreciação do judiciário a demanda.

Todas essas medidas e propostas apresentadas pelo Poder Público servem para tornar nítida a preocupação deste com a crise do Poder judiciário brasileiro, herança de um deficitário acesso à justiça, com um procedimento processual extremamente moroso. Como reflexo desta crise, tem-se os quase 100 milhões de processos que tramitam em todas as varas da justiça brasileira. Resta agora, trabalhar ainda mais severamente para melhorar e aprimorar os índices apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, após a adoção à cultura do consenso.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA CULTURA DA PAZ NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Até agora fora apresentada as propostas fornecidas pelo Poder Público, bem como as reformas já realizadas, em prol do desenvolvimento da cultura do consenso, mas, até então, parece tudo muito abstrato, de modo que pode restar dúvidas sobre a real efetividade da adoção de tais medidas para a melhora do desempenho do Poder Judiciário. Será mesmo que todos esses investimentos e recursos aplicados pelo Poder Público em busca da conscientização da cultura do consenso surtiram o efeito desejado?

É verdade que a sociedade como um todo, mas em especial os Juízes e os Promotores, devem se preocupar menos com as estatísticas e passar a se preocupar mais com o resultado efetivo de cada caso (avaliado segundo a postura dos envolvidos quanto à disposição e aproximação do entendimento) (PÉRES, 2018). Todavia, importante se faz a análise para verificar o impacto que a adoção da cultura do consenso está provocando no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro.

Deste modo, válido se faz analisar o Relatório Justiça em Números. O Relatório traz dados de 90 tribunais sobre o funcionamento da Justiça referente ao ano de 2017. O estudo retrata toda a atividade da Justiça brasileira do aludido ano, com exceção do STF.

Tal levantamento, realizado pelo CNJ, é considerado a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário brasileiro. O Relatório apresenta, de forma detalhada, a estrutura e a litigiosidade do Poder Judiciário, além de apresentar os indicadores e análises fundamentais para subsidiar a Gestão Judiciária

brasileira. Entre os indicadores apontados no estudo, pode-se citar: o índice de produtividade dos magistrados e servidores, a taxa de congestionamento de processos, bem como a despesa do poder Judiciário e o custo por habitante.

Um dos principais pontos levantados pelo estudo é o que apetece à análise dos casos novos e processos baixados. Segundo os estudos, verificou-se que ao final do ano de 2017 o Poder Judiciário brasileiro constava com 80,1 milhões de processos pendentes de decisão judicial. Considerado assim um marco histórico para a Justiça brasileira, haja vista que o ano de 2017 foi o de menor crescimento no número de processos desde o ano de 2009.

Este impacto fica aparente ao analisar o gráfico disponibilizado pelo CNJ na apresentação da Justiça em Números de 2018:

Série histórica dos casos novos e processos baixados

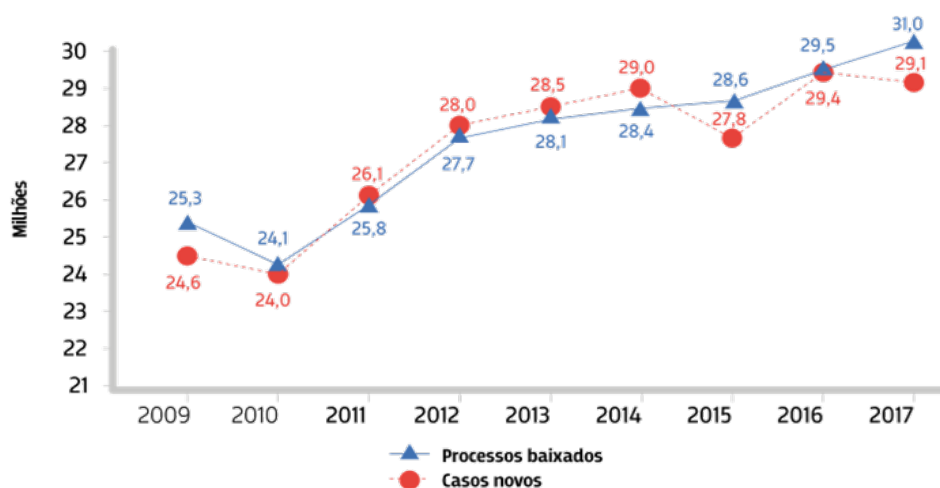


Figura 2: Casos novos e processos baixados

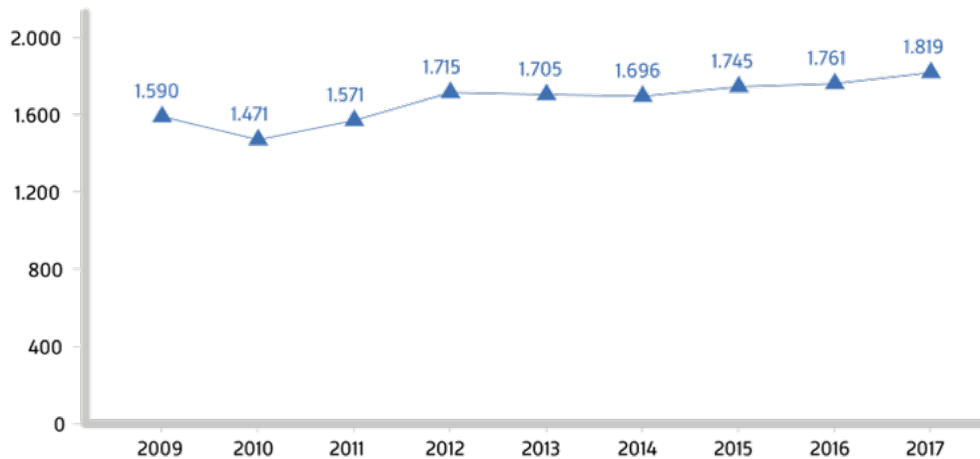
Fonte: CNJ. Série histórica dos casos novos e processos baixados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Como se pode perceber na análise do gráfico acima, de 2009 a 2017 houve um acréscimo médio ao estoque de 4% ao ano. Ou seja, ao decorrer destes anos ocorreu um acréscimo de aproximadamente 32%, que, por sua vez, corresponde a um acúmulo por volta de 19,4 milhões de processos.

Todavia, ao se examinar o ano de 2017, em toda a Justiça brasileira, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões, o que representa um decréscimo de novos casos que equivale a 1%, se comparado ao ano de 2016, e um aumento dos casos solucionados em 5,2%. Considerado assim um marco histórico, pois além de registrar uma diminuição de casos no acervo judiciário, o Poder Judiciário reduziu 6,5% a mais de processos do que a demanda de casos novos, bem como foi o primeiro ano em que o volume de baixas superou o índice de 30 milhões de casos solucionados.

Em outra análise realizada é possível verificar a produtividade dos magistrados. Para a averiguação deste índice foi levado em conta a média de casos que cada Juiz julgou no Brasil, no ano de 2017. Para tanto, fora disponibilizado pelo CNJ a trajetória de tal índice desde o ano de 2009.

Série histórica do índice de produtividade dos magistrados



Fonte: CNJ

Arte CNJ

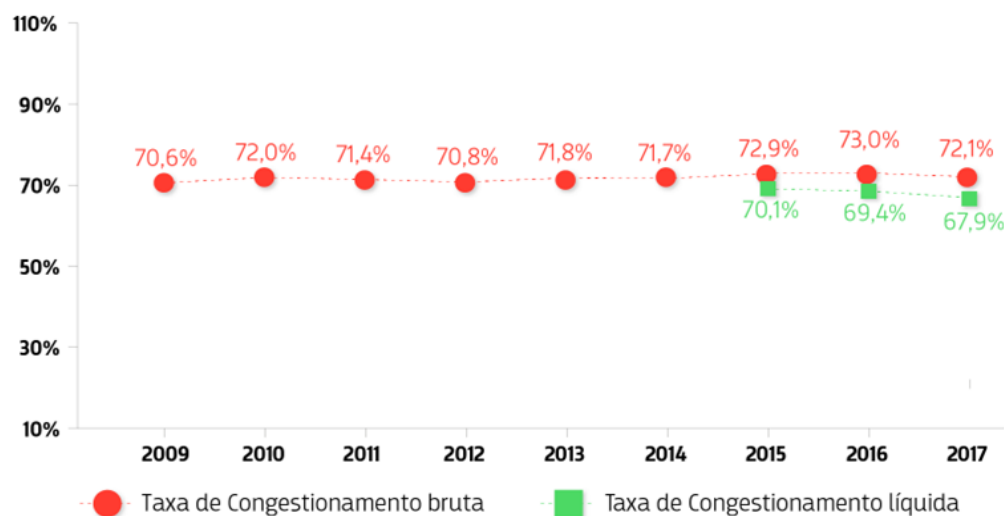
Figura 3: Índice de produtividade dos magistrados
Fonte: CNJ. Série histórica do índice de produtividade dos magistrados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em: 20 fev. 2018

Pela análise gráfica, conclui-se que cada Juiz brasileiro julgou 1819 processos, no ano de 2017. Essa quantia consiste em aproximadamente 7,2 casos por dia útil, de modo a ser considerado o maior índice de produtividade desde o ano de 2009. O Índice de Produtividade do Magistrados (IPM) leva em conta a relação entre o volume de casos baixados e o números de magistrados que atuaram durante o ano do levantamento.

Com a verificação dos levantamentos apresentados até então, constata-se uma significativa melhora na taxa de congestionamento do Poder Judiciário. A taxa é responsável por medir a porcentagem de processos que padecem de solução, em comparativo ao total que tramita no período determinado de um ano. Assim, quanto maior for o índice, mais corresponde a dificuldade do determinado Tribunal em lidar com seu acervo de processos.

Série histórica da taxa de congestionamento

Taxa bruta e líquida



Fonte: Justiça em Números 2018

Arte CNJ

Figura 3: Taxa de congestionamento
Fonte: CNJ. Série histórica da taxa de congestionamento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87856-congestionamento-do-judiciario-cai-para-72-em-2017>. Acesso em: 22 nov. 2018.

Desta forma, é possível se perceber que a taxa de congestionamento bruta do Poder Judiciário caiu de 73% em 2016 para 72,1% em 2017. A diferença que praticamente alcança um ponto percentual é a maior já registrada desde 2009, ou seja, em todos os levantamentos do Relatório Justiça em Números nunca houve tamanha diferença positiva registrada quanto ao índice de congestionamento. Conforme consta no Relatório:

Em toda a série histórica, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário se manteve em patamares elevados, sempre acima de 70%. As variações anuais são sutis e, em 2017, houve redução de um ponto percentual, fato até então nunca observado. Ao longo de 8 anos, a taxa de congestionamento variou em apenas 1,5 ponto percentual. (2018, p.89)

Depois de todas essas averiguações, é possível afirmar que em todos os levantamentos do Relatório Justiça em Números nunca houve tamanha diferença positiva registrada quanto ao índice de congestionamento.

Tendo por base todos os levantamentos aqui apontados é fatídico de se afirmar que nunca houve tamanha diferença positiva registrada. Os índices apontam que se percebeu uma quantitativa baixa de processos, um aumento significativo no índice de produtividade de magistrados e também uma expressiva diminuição na taxa de congestionamento, se comparadas ao demais anos de estudos do relatório.

Como principal causa dessas mudanças positivas no Poder Judiciário, tem-se o trabalho do Poder Público em disseminar a cultura do consenso em todo solo brasileiro. Muito este fez para difundir tal ideia na sociedade, desde 2010, com o advento da Resolução 125 do CNJ, e até vem fazendo, focado cada vez mais na divulgação e no aprimoramento de mecanismo que operem em prol da cultura do consenso.

Deste modo, conclui-se que a busca pela paz é condicionalmente favorável à melhora dos índices e estatísticas do Poder Judiciário. Uma vez que o conflito é resolvido em prol da pacificação social. Assim, não apenas as partes ganham com esta conduta, mas também o Poder Judiciário e a coletividade, como um todo.

CONCLUSÃO

Ante a problemática passada pelo Poder Judiciário, submerso em uma crise a qual já perdura por décadas, avistou-se pelo Poder Público que a adoção de uma política que despenha aos jurisdicionados métodos adequados de solução de conflitos (cultura do consenso), ocasionaria um poderoso filtro de litigiosidade ao Poder Judiciário.

Para a quebra do paradigma da cultura do litígio e a ascensão da cultura do consenso, o Poder público novamente se viu obrigado a realizar mudanças. Tais transformações foram de vital importância para o desenvolvimento da cultura do consenso, dentre elas, destaca-se: instituída a Resolução n. 125 do CNJ, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário e a Resolução 198 também do CNJ, que dispõe sobre planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário, além das Resoluções, o CNJ se ressaltou pelas constantes propostas em prol da cultura do consenso. De igual importância, ocorreram mudanças realizadas pelo Legislativo, sobretudo quanto à criação do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e a Lei da mediação (Lei n. 13.140/2015).

Para análise de efetividade da aplicação da cultura do consenso no solo brasileiro foi então observados os índices apresentados pelo CNJ, em seu planejamento anual, Justiça em Números 2018. Percebeu-se então diferenças positivas que até então jamais tinham sido apontadas. Como o aumento significativo no índice de produtividade de magistrados e também uma expressiva diminuição na taxa de congestionamento, se comparadas aos demais anos de estudos do relatório.

Tais índices positivos são frutos de muito esforço e dedicação, sobretudo, do Poder Público para a implantação da cultura do consenso em solo brasileiro. O que mostra que a busca pela paz é condicionalmente favorável à melhoria dos índices do Poder Judiciário e, de mesmo modo, para a crise que este vem passando.

Todavia, para que continuem sendo registrados índices positivos e para que ocorra a erradicação da crise do Poder Judiciário, há, ainda, muito o que se fazer. Faz-se necessária uma constante evolução, agora, não apenas do Poder Público, mas das Instituições de Ensino Jurídico, para que estas priorizem, adotem e incentivem as práticas que levam a mecanismos ensejadores à cultura da paz, bem como a mudanças de mentalidade dos operadores do direito, principais propagadores de conteúdo jurídico da nação.



REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, ago. 2002b.

BRASIL. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, publicada em 1º de dezembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

BRASIL. Resolução n. 198 do Conselho Nacional de Justiça, de 01 de julho de 2014, publicada em 3 de julho de 2014. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

CNJ. Relatório Justiça em Números 2018. P . 89. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 3ª reimp. São Paulo : Atlas, 2013. p. 2.

HARADA, Kiyoshi. **Poder Judiciário em Crise**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol 12/2003, p. 292 – 299. Jul – Dez / 2003.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense

PELUSO, Cezar. Posse na presidência do supremo tribunal federal. p. 74-75. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Posse-presidencial_CezarPeluso_NOVACAPA.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos conciliar?**. Santa Catarina: Habitus Editora, 2018

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



OS ABORTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Petrus Carvalho Frota e Silva¹

Deyvison Emanuel Lima de Menezes²

Denival Dias de Souza³

RESUMO

O presente artigo abordará acerca do excessivo ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário, em especial pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao “criarem” duas novas hipóteses de aborto legal no país, não previstas em nosso ordenamento jurídico, interferindo indevidamente na área de competência do Poder Legislativo, em nítida violação ao princípio da separação dos poderes e por consequência ao estado democrático, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: ativismo judicial; Aborto; Excludente de ilicitude; Poder Judiciário; Poder Legislativo; Separação dos poderes; Estado Democrático de Direito.

RESUMEN

El presente artículo abordará el excesivo activismo judicial practicado por el Poder Judicial, en especial por los Ministros del Supremo Tribunal Federal, al “crear” dos nuevas hipótesis de aborto legal en el país, usurpando así la competencia del Poder Legislativo, en una violación violenta principio de la separación de los poderes y en consecuencia al estado democrático, ambos consagrados en la Constitución Federal de 1988.

Palabras-clave: activismo judicial. Aborto. excluyente de ilicitud. Poder Judicial. Poder Legislativo. separación de los poderes. Estado Democrático de Derecho.

1 Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA; Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

E-mail: petrusfrota@hotmail.com

2 Advogado e doutorando em direito pela Universidade Nacional de Mar del Plata - Argentina, especialista em Direito e Processo Civil, Direito e Processo do Trabalho e Direito Administrativo. E-mail: deyvison.menezes@hotmail.com.

3 Bacharel em Direito e Licenciatura Plena em Educação Física, pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE; Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIT/SE. Especialista em Segurança Pública e Democracia pela RENAESP/UFS/SENASP/MJ; Especialista em Políticas Públicas em Segurança Pública e em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Atlântico - FA/SE; Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. E-mail: denivalef@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

Primeiramente cumpre observar que o presente artigo não terá como objetivo abordar acerca da necessidade de se modificar ou não a legislação penal brasileira em vigor, em relação a criminalização ou descriminalização do aborto no Brasil, muito menos tecer comentários a respeito do seu aspecto moral, filosófico e religioso acerca do assunto. O que se discutirá no presente artigo é a competência do Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em adentrar na análise de mérito e “criar”, por conta própria, novas hipóteses de exclusão de ilicitude para o crime de aborto no Brasil, enfatizando a legitimidade de tais decisões em um Estado Democrático de Direito, frente ao princípio da separação dos poderes.

DESENVOLVIMENTO

O Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, tipifica a interrupção da gestação como crime de aborto, nos seguintes termos:

“Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.”

“Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos.”

“Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

“Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

“Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

A nossa Constituição Federal de 1988, consagrou em seu bojo, circunstâncias que impedem qualquer tentativa de mudança em seu texto, são as chamadas cláusulas pétreas estabelecidas em seu art. 60 § 4º, “*in verbis*”:

“Art. 60.

§ 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.” (grifo nosso)

Por sua vez, a Carta Magna, logo em seu preâmbulo, estabelece:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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”.

E nos arts. 1º e 2º, afirma “*in verbis*”:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** (...).

“Art. 2º - São Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário**”

Pois bem, ultrapassada a fase normativa, é importante agora, observar que em um Estado Democrático de Direito, para que haja independência e harmonia entre os três poderes da União, ou seja, entre o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário, a nossa Constituição Federal de 1988 delimitou qual seria o papel principal que cada um desses poderes dentro da sociedade brasileira, que, muito embora não sejam papéis totalmente rígidos, são bem delimitados pela nossa Carta Magna de 1988.

Contudo, nos últimos anos, o Poder Judiciário brasileiro, como um todo, mais especificadamente, a nossa Suprema Corte de Justiça, vem decidindo questões de grande relevância para o país, sejam elas de cunho social, político e até mesmo religioso, que afetam diretamente a vida de todos nós brasileiros, como por exemplo, o direito à vida, saúde, a liberdade, a igualdade, integridade física, família, dentre outros, enveredando, outrora, cada vez mais, em área que não é de sua competência e desrespeitando os limites impostos pela separação de poderes, consagrado na Constituição Federal de 1988.

O objetivo central deste artigo, não é criticar o importante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, onde com base na hierarquia da Constituição, retira do nosso ordenamento jurídico lei ou ato normativo contrários ao texto constitucional.

Ultrapassada a fase introdutória, vamos nos ater, em primeiro lugar, à questão de análise do julgamento proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* nº 124.306, pelo qual, por maioria de votos, os Ministros da referida Turma, firmaram o entendimento de que a interrupção da gravidez praticada até o terceiro mês de gestação, não pode ser considerado mais crime, afastando assim a aplicação dos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro e “criando”, hipótese de excludente de ilicitude não prevista no rol taxativo do Art. 128 deste mesmo diploma legal.

Antes de adentrar mais afundo na referida decisão, é importante observar que no referido *habeas corpus* 124.306, em nenhum momento estava discutindo a descriminalização ou não do aborto, tinha apenas como objetivo a análise pelos Ministros da referida Turma, da revogação da prisão das pessoas envolvidas em um caso de aborto. Todavia, o que se observou foi o voto mais “ampliado”, em especial do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso, adentrando na esfera da tipicidade do referido crime, passando da análise exigida no caso, que era, repito, de conteúdo apenas formal ou processual, para adentrar na tipicidade ou não do crime de aborto na conduta envolvida, como se o Poder Judiciário pudesse, a seu livre arbítrio, interferir no papel do Poder Legislativo, afastando a aplicação dos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro e “criar” uma excludente de ilicitude para o crime de aborto não prevista no Art. 128 desse mesmo diploma legal e “legalizando” o aborto até o terceiro mês de gravidez.

O que se viu no julgamento do *habeas corpus* 124.306, foi uma verdadeira violação à separação dos poderes, inclusive porque no caso, repito, o referido *habeas corpus* não tinha como objeto descriminalizar ou não o aborto. Transcrevo abaixo um trecho da conclusão do voto do Ministro Barroso:

[...] “A interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos Artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.”

Como já dito acima, sem pretender adentrar à discussão se o aborto deve ou não ser descriminalizado no Brasil, fato é que tal conduta atualmente é considerada crime pelo Código Penal Brasileiro, com exceção, é claro, daquelas situações estabelecidas no Art. 128, qual seja: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Ao que me parece, o nosso legislador deixou bem claro que o bem jurídico protegido no crime de aborto é a vida humana do feto.

Em um Estado Democrático, o poder de legislar, seja ele de criação ou modificação legislativa, é atribuído pela Carta Constitucional, exclusivamente, ao Poder Legislativo, cuja representantes, deputados e senadores, são eleitos pelo povo, através do voto direto, secreto, universal e periódico, para elaborar leis que disciplinam a vida de toda a sociedade, ou seja, jamais membros do Poder Judiciário, poderiam inovar criando uma excludente de ilicitude não prevista em lei, já que não foram eleitos pelo povo.

Os argumentos defendidos pelo Ministro Barroso, ao proferir seu voto favorável à interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, não mais seria considerado crime, podem servir para discussões doutrinárias; acadêmicas e quem sabe dos próprios membros do Poder Legislativo, quando, porventura, vierem a decidir a respeito da descriminalização ou não do aborto no Brasil em determinadas situações, mas nunca como fundamento para aplicação em nosso ordenamento jurídico de algo que não está previsto em lei, principalmente quando claramente contrário à nossa legislação vigente.

Criou-se, ainda que com validade apenas para as partes em litígio, como já dito acima, uma excludente de ilicitude não prevista em nosso ordenamento jurídico para o crime de aborto, mas especificadamente, ampliando as hipóteses estipuladas no art. 128 do Código Penal, tendo o nosso pretório excelso, sob o subterfúgio de interpretar conforme a Constituição, inovado substancialmente no ordenamento jurídico “criando” hipóteses não estabelecidas de excludente de ilicitude no texto legal, ao entender que tanto o aborto de fetos anencéfalos, como a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, não podem mais ser considerados crimes de aborto no Brasil, como se pudessem legislar.

É óbvio que, no presente caso, o Supremo Tribunal Federal quando realizou o controle de constitucionalidade, na sua forma difusa não “descriminalizou” o aborto até o terceiro mês de gravidez, mesmo porque não o poderia, já que somente uma lei posterior revoga lei anterior vigente, conforme estabelecido no art. 2º § 1 da Lei nº 12.376 de 2010 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro). Contudo, o impacto de uma decisão proferida por uma Turma da nossa Suprema Corte de Justiça, como foi o caso do habeas corpus 124.306, gerará muitas decisões de primeiro e segundo grau nela baseadas.

Na realidade, o nosso Pretório Excelso ao “criar” excludente de ilicitude não prevista em lei, desrespeitou a separação dos poderes, principio este basilar em uma sociedade democrática de direito e, desta forma, de maneira totalmente descabida, contrariou o estabelecido na Constituição Federal de 1988, a qual deveria defender.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal e nem ao Poder Judiciário como um todo, desconsiderar a legislação à qual está atrelado e agindo, com sob a égide do chamado ativismo judicial, adentrar na seara da competência de outro Poder, detentor da legitimidade popular, que é o Poder Legislativo.

Reforçando o já dito alhures, os membros do Judiciário não são eleitos, não são representantes da sociedade, não se submetem ao voto popular, seu papel, na verdade, é garantir a aplicação da lei e, garantindo a defesa da ordem constitucional ao verificar questões que contrariam o texto constitucional.

Vale ressaltar que, em outro caso, o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF de nº 54, também inovou e o fez também mediante interpretação conforme a Constituição, onde no ano de 2012, onde despenalizou o aborto de fetos com anencefalia, “criando” mais uma vez, uma nova excludente de ilicitude não prevista em nosso arcabouço legislativo. Na ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (hoje aposentado), firmaram seus votos contrários a referida intromissão do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo, conforme, respectivamente transcrevo:

“Caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.”

[...]

“ Não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.”

Por sua vez, ex-ministro do STF, Néri da Silveira, afirmou em relação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que:

“Assim sendo, não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional. Não tenho como possível, desse modo, o Poder Judiciário fixar juízo, de *natureza normativa*, antecipando-se à deliberação dos outros Poderes Políticos, a tanto competentes, excluindo em decisão, com eficácia *erga omnes* e *efeito vinculante*, do âmbito de incidência de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição *vigente*, a situação em foco que, de resto, em princípio, está envolta em questões de fato pendentes de comprovação técnica complexa.”

Observa-se com isso, que a nossa Corte Suprema de Justiça, assim como todo o Poder Judiciário, a pretexto de realizar uma interpretação conforme a Constituição tem, cada vez mais, atribuído sentidos e alcances maiores e diversos daqueles previstos pelo nosso legislador ordinário. A respeito disso, Carlos Alexandre afirma:

“Tem restado ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre questões cruciais e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado a função de definir a vontade da constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas, desde a Reforma da Previdência até guerra fiscal entre os estados, desde a união homoafetiva até a licitude do aborto de anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedade de economia mista.

E a Corte tem resolvido muito desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansiva de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirmam direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e aplicação de políticas públicas.”

O nosso Pretório Excelso, por conta própria criou duas novas hipóteses de abortos legais no país nos últimos tempos, além daquelas autorizadas pelo Poder Legislativo, passando, por cima do processo legislativo e, conseqüentemente, da Constituição Federal. E, conforme tudo indica, em julgamentos futuros, “criará” outras hipóteses ampliativas as já estabelecidas no art, 128 do Código Penal Brasileiro, como será o caso de se permitir o aborto em gestantes infectadas pelo vírus da zika, o que acarretará, mais uma vez, uma afronta direta à competência do Poder Legislativo. Fato é que os únicos abortos legais previstos atualmente na legislação brasileira estão elencados no artigo 128, I e II, CP (para salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro). Os demais casos são criações teratológicas do Supremo Tribunal Federal, sob o ponto de vista da separação de poderes e do estado democrático de direito.

Em face do até aqui exposto, fica claro compreender o ativismo judicial realizado pela maior instância do Poder Judiciário brasileiro, quando ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional e “legisla” “criando” novas hipóteses, como nos casos ao norte referido, de excludentes de ilicitude ainda não previstos em nossa legislação.

Desta forma, é inaceitável, sob a exigência de um Estado Democrático de Direito e do princípio da separação dos poderes, a maior instância do Poder Judiciário de um país enveredar por área que não é de sua competência, desrespeitando os limites que lhe são impostos pela separação de poderes, invadindo de maneira abusiva a função típica do Poder Legislativo, que é a de elaborar as leis e alterá-las.



O ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, afirmou em seu artigo intitulado: “Juízes que fazem as suas próprias leis” o seguinte: “A Constituição do Brasil afirma, em seu artigo 2º., a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o que supõe que cada um dos três poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo. Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é, atualmente, alarmante”.

Grau esclarece: “ Passamos a viver não mais sob um Estado de direito, porém submissos a um Estado de juízes. A absurda apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las é estarrecedora. Ninguém nega que os juízes devem ser independentes, mas — em uma democracia — hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação”. Acrescenta, por fim, que “Desafortunadamente, no entanto, juízes de primeira instância — e, sobretudo, os tribunais — em nossos dias seguidamente se apropriam da função de legislar.

CONCLUSÃO

Desta forma, o Poder Judiciário como um todo, mais especificadamente, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem, cada vez mais, adentrado em área de competência do Poder Legislativo, ao “criar”, por exemplo, novas hipóteses de abortos legais não previstas em nosso ordenamento jurídico e, por consequência, ampliando, de maneira arbitrária, o rol das excludentes de ilicitude para o crime de aborto no Brasil, utilizando de métodos ativistas e a pretexto de interpretar conforme à Constituição, violando o princípio da separação de poder e o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art226%C2%A78>. Acesso em: 27/02/2019.

BRASIL, **Decreto nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27/02/2019

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, Rio de Janeiro, RJ, **Disponível em:** <

www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>. Acesso em: 27/02/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, Distrito Federal, DF, **Disponível em:** <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 27/02/2019.

GRAU, Eros Roberto. Juízes que fazem as próprias leis. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 26.02.2019.

http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez. acesso em 20.02.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014., acesso em 21.02.2019



PROCEDIMENTOS PRÉVIOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA NATUREZA JURÍDICA

Paula Siqueira Lima¹

Wesley Roberto Mariano da Silva²

RESUMO

Um dos aspectos do contrato mais relevantes é sua função como norma jurídica entre as partes, algo que pode ser usado para tratar nuances de situações particulares e previsões que mitiguem riscos, incertezas. Cede-se que uma particularidade das relações contratuais é a possibilidade de que se criem previsões específicas, particulares e mais adequadas ao caso concreto. Este instituto, típico de direito privado, pode, todavia, ser utilizado quando a administração pública é parte, situação em que ganha a denominação de contrato administrativo. Nessa senda, um ponto que se destaca na harmonização dos interesses e nos procedimentos prévios, que geram expectativas que são formalizados nos contratos, é que mesmo que a administração pública possa se valer de certos privilégios, seu uso implica em consequências que devem ser suportadas pelo poder público. Ressalte-se que um dos aspectos cruciais para a qualidade da execução contratual é que os aspectos preliminares sejam feitos adequadamente, procurando atender as diversas dimensões do interesse público e propiciando um contrato que seja exequível e claro, em grau adequado.

Palavras-Chave: contrato administrativo; procedimento prévio; cadastros.

RESUMEN

Uno de los aspectos del contrato más relevantes es su función como norma jurídica entre las partes, algo que puede ser usado para tratar matices de situaciones particulares y previsiones que mitiguen riesgos, incertidumbres. Una particularidad de las relaciones contractuales es la posibilidad de que se creen previsiones específicas, particulares y más adecuadas al caso concreto. Este instituto, típico de Derecho privado, puede, sin embargo, ser utilizado cuando la administración pública es parte, situación en que gana la denominación de contrato administrativo. En esta senda, un punto que se destaca en la armonización de los intereses y en los procedimientos previos, que generan expectativas que se formalizan en los contratos, es que aunque la administración pública pueda valerse de ciertos privilegios, su uso implica consecuencias que deben soportarse puede público. Se resalta que uno de los aspectos cruciales para la calidad de la ejecución contractual es que los aspectos preliminares sean hechos adecuadamente, buscando atender las diversas dimensiones del interés público y propiciando un contrato que sea factible y claro, en grado adecuado.

PALAVRAS CLAVE: contrato administrativo; procedimiento previo; catastros.

1 LIMA, PAULA SIQUEIRA; coautora; doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad do Museo Social Argentino – UMSA; especialista em direito administrativo, direito imobiliário e direito de família; graduada em Direito; Tabeliã; paulasiqlima@hotmail.com.

2 MARIANO SILVA, WESLEY ROBERTO; autor; doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad do Museo Social Argentino – UMSA; especialista em Direito Processual de Universidade de Rio Verde-GO; graduado em Direito; analista judiciário – assessor técnico de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás; wesleyjurista@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Uma das questões-chave em contratos administrativos é sua relação com o interesse público e a possibilidade de mutação de cláusulas contratuais, que podem ser tratadas como um risco. Nesse sentido o artigo busca analisar alguns elementos de etapas prévias ao contrato, e sua relação com elementos que impliquem invalidades, causas de responsabilização e relação com a administração pública. Algumas questões importantes são destacadas em relação às alterações, especialmente considerando as possíveis diferenças entre esta modalidade de contratos e os contratos do direito civil.

Para esclarecer essas questões este texto adota uma sequência lógica em que primeiro se investiga elementos da natureza jurídica desses contratos, sua eventual distinção com contratos do direito civil e autonomia da categoria. Além disso, elementos da legislação pátria são destacados, o que permite uma verificação da pertinência ou não dos conceitos apontados e os efeitos dos procedimentos prévios em contratos administrativos.

Na sequência se analisam alguns aspectos de procedimentos prévios, destacando aspecto que impactariam em redução de riscos da contratação, previsibilidade e cadastro de inidoneidade.

EXISTÊNCIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUTO AUTÔNOMO E ADEQUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CIVILISTAS

Uma pergunta inicial se refere à existência de um conceito de “contrato administrativo”, e se este seria substancialmente diferente da categoria contratual do direito civil³. Algumas conceituações de contrato enfatizam o aspecto volitivo da reunião de vontades em sua formação, a questão da criação de normas mais específicas de direito que atendam a particularidades e interesses específicos e, por fim, sua relação com situações econômicas. Um dos aspectos do contrato mais relevantes é sua função como norma jurídica entre as partes, algo que pode ser usada para tratar nuances de situações particulares e previsões que mitiguem riscos, incertezas:

«Contrato» é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa.⁴

3 CASSAGNE (1999, p. 12) El problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta que punto su construcción se independiza de las normas y principios de derecho civil.

4 ROPPO (1998, p.7)

O mesmo autor do texto retrotranscrito mostra que outras conceituações para o instituto envolvem sua relação como operação econômica e circulação de riquezas e a criação de normas específicas. Uma particularidade das relações contratuais é a possibilidade de que se criem previsões específicas, particulares e mais adequadas ao caso concreto⁶. Este instituto, típico de direito privado, pode, todavia, ser utilizado quando a administração pública é parte, situação em que ganha a denominação de contrato administrativo. Acerca o tema:

BRANDÃO CAVALCINTÍ, o autor brasileiro que deu maior desenvolvimento ao tema, em obra geral, de caráter sistemático, esclarece que “contratos administrativos são contratos públicos, cujo âmbito de ação é mais restrito à esfera administrativa; é um contrato público e, portanto, aquele em que o Estado intervém como parte; são, assim, uma espécie de contrato de âmbito de ação específico destinado à execução ou exploração de serviços públicos;⁷

A administração ser parte do contrato não é algo que por si não desnatura o contrato administrativo de sua natureza contratual, pois os elementos básicos do tipo persistem, a saber:

O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. Nas contratações administrativas vislumbram-se três elementos básicos de origem e constituição: (i) o Poder Público, a Administração ou a pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviços públicos; (ii) o particular, a pessoa física ou jurídica com capacidade para contratar; (iii) o serviço que, pelas suas peculiaridades, integra-se às esferas de competência administrativa e submete-se ao regime jurídico administrativo.⁸

O que se discute é se tal diferença subjetiva é mera classificação ou implica em consequências jurídicas que não podem ser abordadas na forma de contração comum. Existe também a discussão se o contrato administrativo seria contrato apenas na nomenclatura. Uma das questões que a doutrina se debate é sobre a autonomia de vontade da administração pública na celebração de contratos, ou da possibilidade da vontade do particular que é parte de um contrato público:

A resposta que dá (FLEINER, 1933:169) é a de que se pode falar de contrato somente se a vontade de cada uma das partes possuir a mesma força jurídica para a formação e relação jurídica; e isso “geralmente não ocorre nas relações de Direito público, porque estão reguladas unilateralmente pela vontade do Estado”⁹

5 ROPPO (1998, p.11) Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato

6 CRETELLA JUNIOR (p. 24) JÉZE entende o contrato como operação jurídica bem determinada, cujos elementos essenciais são em número de quatro: 1.º — acordo de vontades; 2.º — acordo bilateral de vontades; 3.º — em vista de criar uma situação jurídica; 4.º — a situação jurídica criada é individual e não geral

7 CRETELLA JUNIOR (p. 46)

8 BACELAR FILHO (2009, p. 157)

9 MENEZES DE ALMEIDA (2010, p. 135)

É importante se mencionar a posição contrária de Estorninho, para quem a possibilidade de imposição unilateral da vontade não é algo que seja uma especificidade dos contratos administrativos e, nesse sentido, não seria um traço distintivo. De qualquer modo é interessante notar que a possibilidade parece ser a regra nos contratos com ente público, o que não ocorreria nos contratos de direito privado. Confira-se:

Todos estes autores partem da ideia de que quanto ao conteúdo, os poderes da Administração não diferem do particulares e que o que é específico é o facto de ela os poder exercer de forma unilateral e executória. Na minha opinião, e como já provei anteriormente, julgo que é perfeitamente compatível com o Direito Privado o exercício unilateral destes poderes por um dos contraentes, impondo a sua vontade ao seu parceiro contratual. Há normas de Direito Civil que especificamente contemplam esta possibilidade. (p. 147)¹⁰

De qualquer forma, é forçoso admitir que o dogma da igualdade das partes nas relações de direito privado foi há muito superado, o que é evidenciado em exemplos de contratos de adesão e na cada vez maior interpenetração do direito público e privado¹¹. Nesse sentido, parece que a posição de Cretella Júnior guarda bastante coerência com o sistema de direito como um todo, em que se torna difícil se encontrar tipos puros:

Numerosos autores não estão convencidos da existência do contrato de direito público porque, para esses autores,» todo contrato deve reunir os elementos tradicionais que o caracterizam, sendo, pois, “forçoso reconhecer que um contrato que se despoja de seus elementos tradicionais é bem pouco um contrato, se é que não deixa de sê-lo totalmente” (p. 33)¹²

Outra possibilidade de distinção seria a questão de a administração estar vinculada ao princípio da legalidade e ao interesse público. Neste ponto se destaca que justamente a figura contratual é uma das formas de flexibilizar o modo de atuação estatal e a relação com particulares, ou seja, o viés da autonomia do particular é de certa forma incorporado ao rito de procedimentos públicos:

A autoridade está sujeita aos princípios da legalidade e da oportunidade do interesse público, e não é raro que procure conseguir, por um convênio de direito privado, a liberdade que o direito público denega, para obter dos cidadãos prestações que não se podem obter de pronto com as formalidades do direito público. (p. 180)¹³

¹⁰ ESTORNINHO (1990, p. 147)

¹¹ ESTORNINHO (1990, p. 142) Esta crescente intervenção do Estado na vida contratual tomou-se, aliás, tanto mais necessária quanto é certo que começaram a proliferar situações absolutamente avessas à ideia clássica do equilíbrio contratual. Exemplo típico destas situações “bem próprias dos tempos modernos e bem distanciadas do modelo clássico da época liberal” (ANTUNES VARELA) são, sem dúvida, os contratos de adesão, nos quais é apenas deixada a um dos contraentes a liberdade - quantas vezes artificial e precária de aceitar ou recusar a celebração do contrato.

¹² CRETELLA JUNIOR (p. 33)

¹³ ARAUJO (1992, p. 180)

O interesse público deve ser de certa forma cristalizado no contrato, mas também justifica a possibilidade de a administração impor unilateralmente alterações ou aplicar sanções. Tal medida se justifica pela necessidade de que o interesse público seja continuamente atendido e, talvez essa característica seja a principal distinção apontada para justificar a categoria de contrato administrativo. Acerca do assunto, infere-se:

Así, la finalidad sustantiva o de interés público relevante del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por u un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa³², lo cual se conduce a la institución de un régimen jurídico específico y exorbitante [átl derecho privado (en materia'éspecialmente de ejecución y extinción)].¹⁴

Também se destaca a ideia de que a administração persegue o interesse público mas em regra está vinculada ao direito privado e, nesse sentido, a igualdade das partes ocorre pela estipulação prévia de regras, ajustadas ao caso concreto:

A submissão da Administração ao Direito Público é considerada não apenas como uma solução excepcional, mas sim como uma solução que deve ser excepcional e que se espera poder reduzir ao mínimo possível. O Direito Privado é visto como a regra geral e só em casos excepcionais e na estrita medida do necessário é que se aceita a aplicação de um direito especial.¹⁵

Tais possibilidades são tratadas por meio da viabilidade de aplicação de cláusulas exorbitantes¹⁶ no âmbito dos contratos administrativos. De qualquer forma, a própria definição de contrato administrativo envolve situações díspares, em que não se aplicam as cláusulas exorbitantes, ao menos de maneira simplista, por existirem diversos interesses públicos contrapostos¹⁷, a exemplo do que ocorre com contratos entre entes públicos. Um exemplo ocorreu com contrato pelo qual a União assumiu dívidas dos estados e, posteriormente, um deles, o estado de Minas Gerais, suspendeu pagamentos e entrou com ação no Supremo Tribunal Federal para que não fosse responsabilizado por sua ação unilateral (*Supremo Tribunal Federal, Pet 1665 AgR-QO /MINAS GERAIS, Relator Min. Moreira Alves, Julgamento em 16/03/2000, Publicação no Diário da Justiça em 06/10/2000*).

14 CASSAGNE (1999, p. 22)

15 ESTORNINHO (1990, p. 142)

16 CASSAGNE (1999, p. 19) Así, se consideraron cláusulas exorbitantes las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, etcétera

17 CASSAGNE (1999, p. 13) Lo primero que cabe observar es la presencia de dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública: contratos administrativos e interadministrativos —por un lado—y contratos parcialmente regidos por el derecho civil o comercial —por el otro—.

No voto proferido no aludido processo, o Ministro relator entendeu que deveria haver composição de interesses públicos, mas que a atitude do estado, em suspender o pagamento de dívidas, já trazia por si só um prejuízo. Dessa forma não se vislumbrava violação do interesse público se o contrato fosse mantido e entendeu que a posição do Estado em querer alterá-lo era arbitrária, não se colimando com um interesse mais amplo. Na sequência, este pediu desistência da ação.

Contudo, este texto cinge-se nas relações entre administração e particulares, nas quais, em princípio, tenderia a existir uma visão mais coerente da possibilidade da alteração unilateral dos contratos que, por essa peculiaridade, podem ser enquadradas de forma específica¹⁸. Outro motivo que é explorado a seguir, é a existência no direito pátrio de conceito positivado para contrato administrativo.

CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO: LEIS ESPECIAIS E PROCEDIMENTO PRÉVIO.

O direito brasileiro já contou com diversas normas de direito administrativo acerca de contratações, mas com pouca sistematicidade. A alteração desse quadro é recente e remonta a alteração por decreto, conforme se destaca. Pela origem normativa, a esfera de abrangência restringia-se à administração pública federal.

Em termos de regras gerais, os Decretos de 1922 terão seu regime revogado somente em 1986, com o Decreto-lei n. 2.300 — inaugurando-se, pela primeira vez no Brasil, segundo as palavras de Hely Lopes MEIRELLES (1993:193), um “tratamento orgânico e sistemático” do contrato administrativo.¹⁹

Com a Constituição de 1988 (CF/88) houve a inclusão de vários conceitos de direito administrativo numa norma de hierarquia superior, algo que corrobora com a maior sistematização do direito. O texto, no entanto, não estabelece um significado final ou único para os conceitos, algo que deve ser explorado no caso concreto. Confira-se:

Direito Público da Universidade de Freiburg - RDA, os conceitos legais indeterminados²⁰ - “serviço adequado”, “modicidade das tarifas”, “interesse público”, “bem comum”, “aptidão”, “idoneidade” - surgem com maior frequência no Direito Administrativo, dada a natureza das funções de administração, sobretudo em razão do fato de a administração orientar-se à satisfação de necessidades sociais.²⁰

18 ESTORNINHO (1990, p. 121) Neste capítulo, vou analisar apenas aquelas que foram sempre consideradas como “as mais exorbitantes” de todas as cláusulas exorbitantes - as prerrogativas de autoridade da Administração. Foi verdadeiramente com base nelas e no seu pretense carácter incompatível com o Direito contratual comum que a doutrina construiu o regime exorbitante do contrato administrativo e justificou a sua autonomia face aos contratos privados.

19 MENEZES DE ALMEIDA (2010, p.161)

20 BACELAR FILHO (2009, p. 160)

Além disso, devido ao caráter dialético do texto e a constante inclusão de valores que podem resultar em antinomias ou necessidade de ponderações no caso concreto, a Carta Magma afasta soluções de certa forma simplórias que, por exemplo, afastam a responsabilidade da administração em contratações. Sobre o assunto, infere-se:

No direito brasileiro, o Decreto-Lei n. 2.300, de 21.11.86, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, enunciava, no parágrafo único do seu art. 49, a regra de que a invalidação do contrato pela autoridade estatal não exonerava a Administração “do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado, até a data em que ela (a nulidade) for declarada, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. E, no § 1º do art. 39, prescrevia que “a anulação do procedimento licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 49”.²¹

Nesse cenário de ponderação de interesses e sistematização, também se destaca a lei de licitação. Uma característica a ser ressaltada nessa norma é a existência de um conceito legal para o instituto (contrato administrativo), a saber:

Art. 2º (*omissis*)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.²²

A referida lei destaca o imperativo da formalização das avenças por contratos (Seção II - Da Formalização dos Contratos), assim como prevê a aplicação de regras exorbitantes nas demais formas de contratação pública:

Os “privilégios” reconhecidos pelo conjunto normativo afetam as contratações da Administração Pública, deixando de ser uma imposição/característica exclusiva das “contratações administrativas” e passando a estigmatizar todas as avenças do Poder Público (§ 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/1993).²³

Com tal previsão, mesmo que seja defensável que a administração segue, em regra, o contrato civil, deve-se ponderar que existem normas mais específicas, em muitas situações, o que demonstra que devem existir diferenças no tratamento das contratações feitas entre particulares e naquelas em que participa o ente público. A respeito do tema, vejamos:

21 COUTO E SILVA (1993, p. 165)

22 Lei 8.666, de 21 de junho de 1993

23 BACELAR FILHO (2009, p. 158)

Os contratos privados da administração regem-se pelo Código Civil ou Comercial, os contratos públicos da administração, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revestem, estão sujeitos a regime autônomo, típico, que ultrapassa ou exorbita as normas do direito comum, o que é evidente, porque as pessoas administrativas, quando contratam, não se encontram na mesma situação que os simples particulares.²⁴

Além da tendência a sistematizar houve a criação de normas que tratam situações específicas de contratações públicas, o que também aumenta a autonomia contratual. São exemplos a Lei de Concessões (Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1985), parceiras público-privadas (Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004) e a Lei que aplicou o regime diferenciado de contratação a várias situações regidas pela Lei n. 8.666/1993 (Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011). Essas normas apontam para uma tendência de negociação de elementos do contrato, ou administração pública concertada. Nesse sentido, o contrato tem a feição de um ato negocial, que visa a um fim próprio, definido em lei. Enfeixando:

Cabe ainda, rápida menção ao termo ato administrativo negocial, que vários autores utilizam, mas principalmente Lopes Meirelles, que o conceitua como o que contém “uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando a concretização de negócios jurídicos públicos ou a atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado”, o”, afirmando que “embora unilaterais, encerram conteúdo tipicamente negocial”²⁵

Se negócio jurídico é um affaire jurídico (que também quer dizer negócio) isto é, no qual a vontade do agente é sempre direcionada à realização de um seu interesse, protegido pelo ordenamento jurídico, também o ato administrativo negocial deverá ser aquele no qual a vontade da Administração tem em mira a atuação de um fim próprio, protegido pela lei. E geralmente uma declaração de vontade.²⁶

Uma diferença de relevo é que as contratações públicas devem seguir a lei e especialmente procedimentos prévios, que permitem escolher os proponentes em igualdade de condições. Nesse sentido, segue a regra de vários países em que o contrato não se trata de um ato isolado, ou seja, possui limites e vinculações aos atos anteriores, sendo este um dos principais meios de desconstituição ou invalidação de contratos.

Outra ideia generalizada na doutrina francesa, a propósito da actividade de direito privado da Administração Pública é a da existência de actos destacáveis, defendendo-se que, antes de negociar e celebrar um contrato de direito privado, a autoridade competente deve, geralmente, tomar uma decisão prévia. (p. 137)²⁷

24 CRETELLA JÚNIOR (p. 16)

25 ARAUJO (1992, p. 205)

26 ARAUJO (1992, p. 196)

27 ESTORNINHO (1996, p.137)

Os procedimentos prévios como licitações e editais atuam como limitações e balizas à vontade de contratar da administração. Deve haver adstrição às propostas apresentadas e às condições e, por exemplo, não se pode justificar qualquer alteração posterior, sob o argumento de que o interesse público foi alterado sem levar em conta que tal medida pode burlar a competição e aos interesses de terceiros.

As limitações à autonomia pública contratual decorrentes da canalização da formação da vontade de contratar através de um procedimento pontuado por atos administrativos que balizam os vários estádios da concretização dessa vontade são cindíveis em limitações incidentes sobre o órgão competente para contratar e limitações que afetam a Administração no seu todo. (p. 589)²⁸

Um ponto que se destaca na harmonização dos interesses e nos procedimentos prévios, que geram expectativas que são formalizadas nos contratos, é que mesmo que a administração pública possa se valer de certos privilégios, seu uso implica em consequências que devem ser suportadas pelo poder público. Ao contrário do que já foi praxe na cultura jurídica²⁹, o contrato administrativo gera obrigações para o poder público, especialmente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a possibilidade de responsabilização que, em regra, são formas de que o ente público suporte impactos econômicos de suas escolhas. Vejamos:

Percebe-se, assim, que a aplicação do princípio da boa fé e da noção de culpa *in contrahendo* às relações pré-contratuais do Estado, interpretados dentro da moldura do § 6a do art. 37 da Constituição Federal, alarga consideravelmente a responsabilidade das entidades da Administração Pública, fato que tem passado despercebido à maioria de nossos doutrinadores, mesmo dos que escreveram comentários à Lei na 8.660/93 (p. 170)³⁰

Não só as partes são atingidas pelas avenças, mas os atos administrativos, e os contratos inclusive, podem gerar repercussão na esfera jurídica de outros, algo que deve ser levado em conta na definição e verificação da satisfação de interesse público.

O relevo assumido pela noção de interesse difuso e coletivo no sistema jurídico nacional transformou, também, o conceito que se tinha de relação jurídica de Direito Administrativo, ampliando o número dos sujeitos que nela intervêm. Na concepção tradicional a relação de Direito Administrativo era predominantemente bilateral, vinculando o Estado e o destinatário imediato do ato administrativo ou, na hipótese de contrato administrativo, o outro contratante. O ato administrativo que beneficia alguém pode prejudicar outra pessoa ou outras pessoas. A licença para instalação e funcionamento de uma fábrica não estabelece relação de Direito Administrativo apenas entre a entidade pública que outorga a licença e o particular que a obtém. (p. 70)³¹

28 CORREIA (1987, p. 589)

29 MARQUES NETO (2009, p.77) Em suma, durante muito tempo nossa cultura jurídica sustentou que a Administração não deveria estar submetida ao contrato se e quando isso contrariasse o interesse público. Como essa é uma dicção dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida ao alvedrio do administrador (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002), o contrato administrativo transformou-se num conjunto de obrigações vinculantes apenas do privado

30 COUTO E SILVA (1993, p. 170)

31 COUTO E SILVA (2004, p. 70)

PROCEDIMENTOS PRÉVIOS AO CONTRATO E QUALIDADE DA CONTRATAÇÃO

Um dos aspectos cruciais para a qualidade da execução contratual é que os aspectos preliminares sejam feitos adequadamente, procurando atender as diversas dimensões do interesse público e procurando um contrato que seja exequível e claro, em grau adequado, a saber:

A racionalidade que deve orientar a elaboração das contratações em geral (e isso vale ainda mais para as contratações de longo prazo e que envolvam grandes valores) deve ser a de eliminar focos de problemas futuros entre as partes. A clareza do contrato em relação às responsabilidades e garantias por ele não contempladas, evita discussões futuras em torno de questões que não têm relevância ou repercussão econômica significativa. (p. 147)³²

Uma situação extremada ocorre quando o contrato em si é fulminado de nulidade, o que implica que a avença não pode ser considerada uma fonte de responsabilização para as partes³³, especialmente aquele que não podia definir as cláusulas. Considerando a natureza jurídica dos contratos há que se considerar que os procedimentos prévios à formalização são mandatórios e a sua omissão, ou execução inadequada, tendem a viciar as etapas subsequentes. A decisão a seguir pondera sobre a responsabilidade da administração e da contratada, num contexto em que o objeto de contratação não logrou bons resultados, em virtude da má especificação das cláusulas. Confira-se:

Pelo que ficou constatado, a nulidade do contrato e o insucesso do empreendimento são efeito de condutas de ambas as partes, com origem na celebração de ajuste destoante dos termos do edital de licitação e contendo cláusulas dúbias. Mesmo colocando-se francamente do lado do particular que contrata com a Administração, em razão dos princípios da confiança legítima e da presunção de legitimidade do ato administrativo, reconhece Marçal Justen Filho que AI 764.133 AGR / DF ‘a boa-fé do terceiro se caracteriza quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. **O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade.** Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar a boa-fé para o fim de obter indenização ampla” (fls.2.014-2.017). Dessa forma, para dissentir do acórdão recorrido seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a interpretação de cláusulas contratuais, o que inviabiliza o recurso extraordinário, nos termos das Súmulas 279 e 454 do STF. Por fim, reitero que este Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636 do STF). AI 764133 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL, Voto - MIN. RICARDO LEWANDOWSKI de 04/12/2012 Data: 04/12/2012 Publicação: 2012-12-17 Diário da Justiça Eletrônico. 17/12/2012. p. Autor: Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, Voto - MIN. RICARDO LEWANDOWSKI (Relator)

³² PEREZ (2006, p. 147)

³³ COUTO e SILVA (1993, p. 164) Sendo nulo ou inexistente o contrato seria incoerente falar-se em responsabilidade contratual. Fundar-se-ia, então, em ato ilícito? Tal indenização, entretanto, estaria restrita ao interesse negativo, ou seja, deveria recompor-se para o prejudicado apenas o *status quo ante*, como se as negociações e o contrato nulo nunca tivessem existido”

Além da ponderação, há decisões mais favoráveis ao direito da contratante, como se exemplifica por meio da discussão no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre nulidades contratuais, proferida no julgamento do REsp 876.140³⁴, que adota conceitos do direito civil como o enriquecimento sem causa,

Na mesma linha se encontram julgados que enfatizam a responsabilidade da administração pública em fiscalizar os contratos e promover aceitação de etapas contratuais, bem como não pode cobrar algo que tinha dado como aceito, com qualidade, como é o caso do REsp 158.203, de 01/03/2001 (STJ).

Por outro lado, a jurisprudência tem apontado que a inépcia da administração pública em fiscalizar verbas trabalhistas pagas não implica na transferência da obrigação do pagamento destas para administração, de forma automática, como por exemplo o julgamento do Agravo Regimental na Reclamação (Rcl) nº 12926 AgR/PR, Min. Carmem Lúcia/STF.

Outro ponto ligado aos procedimentos prévios é a necessidade de que estes sejam isonômicos entre os possíveis pretendentes. A isonomia e igualdade de condições são fortes indicativos de que houve atendimento de interesse público ou, a contrário senso, seu descumprimento indica que faltam condições essenciais à licitação e a eventual contrato, conforme restou decidido no julgamento do Rp 1177 / RS, pelo Relator Min. FRANCISCO REZEK/STF, Data: 10/04/1986

Na mesma linha também gera polêmica na doutrina os efeitos de eventual declaração de inidoneidade³⁵, que é uma sanção pelo cumprimento irregular do contrato. Ao menos dois aspectos são controversos, um deles é se a declaração atinge os contratos em andamento, o outro é se as declarações de um ente federativo devem ter efeitos em outros. Nesse sentido é paradigmática a decisão do TRF1 de 2010 que entendeu que a administração pública deveria ser tomada no contexto de todos entes e poderes (TRF/1ª Região, REOMS 0034710-27.2004.4.01.3400/DF, 13/08/2010).

Tal escolha reforça o papel de um bom contrato para avaliar as causas de eventual inexecução e a questão da moralidade administrativa. Assim, mesmo que se observe uma certa tendência de ampliar os efeitos da declaração no espaço administrativo, o entendimento é pela produção de efeitos *ex-nunc*, consoante se infere dos julgados proferidos pelo STJ no Mandado de Segurança n. 13041/DF, pelo Relator: Min. José Delgado, DJe, 16 jun. 2008 e nos EDcl no MS n. 13101, Relatora: Min. Eliana Calmon, DJe, 25 maio 2009.

34 Notícia STJ de 09/07/2009, referente ao REsp 876.140.

35 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Mesmo que a declaração tenha efeitos para o futuro, isso não impede a administração pública de exercer seu poder de autotutela, rescindindo um contrato, assim como, salvo melhor juízo, parece repercutir nos aditivos contratuais, por terem natureza de novo contrato, como decidido pelo STJ, no MS n. 13964, DJe, 25 maio 2009.

Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos efeitos para toda administração resvala problemas cadastrais e de publicidade. Do ponto de vista cadastral ainda se adota a visão formal de que empresa se confunde com número de inscrição fiscal (CNPJ). Além disso, falta a sistematização e centralização eficaz dos dados. Em consulta ao Portal da CGU, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que é um banco de dados alimentado de forma reativa pelo órgão, evidencia-se 9.878³⁶ entradas de empresas ou pessoas declaradas inidôneas, em alguma das punições da Lei n. 8.666/1993 (Licitações), da Lei nº 8429/92 (Improbidade Administrativa) ou da Lei nº 10.520 (Pregão). Para que se tenha ideia da falta de abrangência pode-se tomar o lado reverso da moeda, que são gestores condenados por improbidade. Sob a ótica da administração e gestores, destaca-se um portal do Tribunal de Contas da União (TCU)³⁷ que reúne gestores, apontando que pessoas físicas apresentam 11.453 entradas, sendo que o Tribunal de Contas da União conta com 6.845 entradas, mas tribunais como os de Contas dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro apresentam apenas 9 e 4 entradas, respectivamente³⁸. Tal discrepância indica que, no mínimo, há falta de preocupação por parte de algumas instâncias administrativas. Em outro passo, foi criado um outro cadastro pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2013, a partir da Resolução CNJ 44/2013, com cerca de 16 mil entradas, o que demonstra a importância dada à sistematização de dados improbidade. Deve-se ter em mente que a condenação por improbidade é uma das causas de impedimento de contratar com a administração pública. Nesse sentido, pontua-se que a existência de cadastros amplos e confiáveis tenderiam a diminuir a complexidade na elaboração dos contratos e que, eventualmente, houvesse maior qualidade no contrato em si.

Outra dimensão que mostra que os dados das contratações e situações são mal trabalhados na esfera pública é a falta de identificadores nas publicações oficiais. A publicação dos extratos de contratos em diário oficial é uma obrigação³⁹, mas uma análise dos extratos publicados mostra dificuldade em encontrar elementos básicos como a identificação subjetiva precisa das partes⁴⁰, a exemplo do número do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

36 Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis/>, acesso em 10/09/2014.

37 Improbidade administrativa e ineligibilidade. Disponível em http://cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php, acesso em 10/09/2014. São 16.502 registros, em que o número do processo judicial é indicado

38 Cadastro integrado de condenações por ilícito administrativo, Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/cadicon/Web/busca/cadicon.jspm>, acesso em 10/09/2014.

39 Lei 8.666/1993

Art. 61(...)

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

40 Site Dados Públicos Oficiais, Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/results.jsp>, acesso em 10/09/2014. Possibilita a buscas de dados do Diário Oficial dividido em matéria, o que possibilita contagens melhores. Pesquisa de extratos de contrato com CNPJ traz apenas 4.389 resultados, já sem tal dado (consulta: <https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/results.jsp>) retorna 32.959 resultados, em cerca de 10 anos.

CONCLUSÃO

O artigo tratou algumas questões sobre a definição e natureza jurídica de contratos administrativos, questionando sua autonomia e possibilidade de usos de institutos de direito civil. Destacou-se a questão da sistematização do direito administrativo brasileiro, a possibilidade de se admitir alguns elementos específicos em contratos administrativos e sua base positiva. Para refinar a discussão se escolheu especificamente os contratos entre administração pública e particulares.

A constitucionalização do direito administrativo e o aumento da sua complexidade ressaltam a importância do contrato como algo que permite a criação de normas individuais e que garante direitos eventualmente contra a administração pública. O próprio interesse público deve ser buscado num contexto mais amplo, algo que se relaciona com a qualidade do contrato, boa especificação do seu conteúdo e mitigação ou redução de riscos.

A falta de bons dados, ou pequena abrangência dos cadastros, evidencia a falta de sistematicidade da administração pública, algo que tem impacto nas contratações, e especialmente em questões que envolvem a invalidação dos contratos ou a responsabilidade por inexecução. Destacou-se os cadastros de empresas e gestores condenados por inidoneidade e sua abrangência reduzida, assim como a falta de qualidade em termos de dados específicos nos extratos de contratos publicados pela administração pública.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *O contrato administrativo no Brasil*. Revista do Advogado (AASP), ano XXIX, n. 107, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 11-39.
- CASSESE, Sabino. “*Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*”. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2000.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro*. Revista da PGE - Cadernos de Direito Público (Porto Alegre), n. 57, 1993, Disponível em http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf, acesso em 12/01.2019

_____. Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas*. Revista da PGE - Cadernos de Direito Público (Porto Alegre), n. 57. 1993.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, s.d., p. 13-49.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2009. 864

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 863 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. Revista do Advogado (AASP), ano XXIX, n. 107, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*, Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988.

DIREITO HUMANITÁRIO INTERNACIONAL E ALGUMAS SITUAÇÕES DE CUNHO MUNDIAL

Valdeci Ataíde Capua¹
Margareth Brandina Barbosa²

RESUMO

Sabe-se que os Direitos Humanos difundiram-se pouco antes da primeira Grande Guerra Mundial, vindo a se consolidar definitivamente como ramo do Direito Internacional Público, após a segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU em 1945. Atualmente, em razão do forte desenvolvimento da disciplina na comunidade internacional, é impossível pensar em Direito Internacional, sem passar pela temática dos Direitos Humanos. Desta feita, no presente trabalho, procuramos identificar/discorrer sobre a temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abarcando suas inúmeras legislações que visam a promoção e proteção dos aludidos Direitos na órbita internacional, sob o prisma da revolução provocada pelos Direitos Humanos no Direito Internacional Público, com a admissão do Homem como sujeito de direito internacional donde acabou por acarretar profundas mudanças em um conceito fundamental da ordem jurídica internacional que é o da soberania com inúmeras consequências. Vamos a elas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sujeito de Direitos.

ABSTRACT

It is known that human rights spread shortly before the first World War, and became definitively consolidated as a branch of Public International Law after the Second World War, with the creation of the UN in 1945. Currently, because of the strong development of the discipline in the international community, it is impossible to think about international law without going through the theme of human rights. In this paper, we seek to identify / discuss the theme of International Human Rights Law, including its numerous laws aimed at the promotion and protection of human rights in the international sphere, under the prism of the revolution provoked by Human Rights in International Law Public, with the admission of Man as subject of international law where it ended up entailing profound changes in a fundamental concept of the international legal order that is that of sovereignty with countless consequences. Let's go to them.

Keywords: Human Rights; International Law of Human Rights and Subject of Rights.

1 Mestre em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes-RJ; Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes-RJ; Pós graduado em Direito Privado pela Faculdade São João Batista; Pós graduado em Direito Previdenciário pelo Instituto Luiz Flávio Gomes; Professor da Faculdade São Carlos – Famesc; Professor da Escola da Magistratura do TJ/ES; Professor de Pós graduação da Faculdade São Camilo; Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do TJ/ES, lotado na comarca de Guaçuí-ES.

2 Pós-graduada em manipulação magistral. Pós-graduada em atenção primária a saúde. Pós-graduada em auditoria, regulação e monitoramento a saúde. Servidora efetiva da prefeitura municipal de Muniz Freire-ES como farmacêutica.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que o estudo do tema acima descrito tem como paradoxo diversas nuances no direito comparado, onde o cerne do presente estudo tem como base a focalização dos inúmeros problemas que enfocam diretamente a disciplina da tutela e da efetividade dos direitos humanos, sendo estes fundamentalmente vinculados à dignidade da pessoa humana, por muitos denominados protoprincípio, pois, como veremos no decorrer do presente estudo, direitos humanos e dignidade da pessoa são indissociáveis.

No entanto, não é tarefa fácil tratar deste tema, considerando sua complexidade; para tanto, examinou-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo um cotejo com os diversos diplomas internacionais que direcionam as interpretações para os dispositivos que entendemos tratar desse assunto, especialmente algumas das decisões normativas das declarações e dos documentos aprovados em Convenções e Tratados Internacionais, entendendo que a incorporação dessas matérias ao direito brasileiro, embora passível de algumas “adaptações” à nossa realidade, não deixa de ser recurso fundamental para prevenir e reprimir determinadas violações dos direitos humanos, ocorrendo que na ausência desses, poderiam resultar em problemas sem solução, principalmente com o advento do parágrafo terceiro do artigo quinto da Carta Magna de 1988.

Diante disto, procuramos narrar alguns problemas atinentes à violação dos Direitos Humanos, com ênfase na dignidade da pessoa humana na seara do direito internacional, bem como os mecanismos pertinentes à sua proteção internacional, vistos sob a ótica da garantia dos direitos fundamentais internacionais.

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

A expressão “direitos humanos” tem servido para abrigar distintos conteúdos, variando o seu emprego de acordo com a área do conhecimento (direito, filosofia, ciências sociais e suas vertentes, economia etc) ou o contexto geopolítico (relações internacionais ou nacionais).

Bobbio recomenda que seja conferida preocupação mais ao efetivo desfrute desses direitos do que à sua mera definição (BOBBIO, 2004, p. 35-36).

Observamos que diante das diversas terminologias utilizadas sobre o tema ora proposto, indiscriminadamente, para designação desses direitos e de suas derivações (para quem as admita), como p. ex., direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais, direitos do cidadão, liberdades públicas, liberdades individuais, direitos e garantias fundamentais e direitos fundamentais do homem, entre outras (NETO, 2016, p.27).

J.J. Canotilho envidou esforços para distinguir várias dessas expressões, examinando-as aos pares e chegando, entre outras, as conclusões que são importantes no tema ora atinente, apesar de muitas serem empregadas como sinônimas, onde, na visão do ilustre doutrinador, direitos do homem ou direitos humanos se dividem em Direitos Humanos Internacionais ou Direitos Humanos em Sentido Estrito e Direitos Humanos Fundamentais ou Direitos Fundamentais (J.J. CANOTILHO, 2003, p. 243).

O direito internacional dos direitos humanos pode ser compreendido como conjunto de normas e medidas internacionais voltadas à proteção dos direitos humanos, pois ele denota que os direitos humanos, além da proteção interna, prevista no ordenamento jurídico nacional de cada Estado, também possuem uma proteção internacional, consagrada em normas jurídicas internacionais.

O direito internacional dos direitos humanos possui como característica central o aspecto protetivo; ele é, essencialmente, um direito de proteção, direito de proteção do ser humano e, não, de proteção dos Estados (BARRETO, 2017, p. 113).

A preocupação com a proteção dos direitos humanos no cenário internacional – algo que se iniciou pouco antes da Primeira Guerra Mundial e se consolidou após a Segunda Guerra Mundial - representou um novo paradigma para o direito internacional e propiciou uma mudança na modelação do próprio direito internacional, que doravante, teve de ser repensado, a partir da lógica protetiva dos direitos humanos.

A admissão do Homem como sujeito de Direito Internacional acabou por acarretar profundas mudanças em um conceito fundamental da ordem jurídica internacional que é o da soberania com inúmeras consequências, conforme discorre Celso de Albuquerque Mello em seu artigo alocado no Compêndio de Arquivos de Direitos Humanos (MELLO, 2003, p. 27).

Alguns outros autores clássicos como Vitória, Suarez e Grotius não negavam a personalidade internacional do indivíduo e que o DIP deveria protegê-los, onde, esta visão está em consonância da visão favorável ao Direito Natural por parte de diversos doutrinadores da seara do tema ora proposto.

Esta visão é compartilhada a partir do final século XIX por outros autores onde sustentavam ser o homem sujeito do DI, dentre eles podemos destacar Fiore, Bonfils, Westlake, etc, de onde vislumbramos que o precursor deles foi Heffter cuja obra já continha tal afirmação.

A proteção internacional dos direitos humanos estrutura-se ao redor de sistemas, ou seja, de esquemas compostos por tratados e órgãos encarregados de aplicá-los, sendo estes sistemas de dupla natureza. O primeiro deles é o sistema global ou universal de proteção, comandado pela ONU. Ao lado deste, existem implementados os sistemas regionais de proteção, mais especificamente os sistemas europeu (âmbito do Conselho da Europa), americano (âmbito da OEA) e o africano (âmbito da União Africana).

| SISTEMA GLOBAL | SISTEMAS REGIONAIS |
|--|---|
| É conhecido como o sistema “internacional” ou “universal” e visa abranger o mundo inteiro. É administrado fundamentalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU) e seu principal órgão é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. | Visam a promover os direitos humanos em determinadas regiões do mundo, atentando para as respectivas especificidades e beneficiando-se da maior facilidade de promover o consenso entre Estados. Os mais conhecidos são o Europeu, o Africano e o Interamericano, do qual o Brasil faz parte. |
| <p>Seus documentos mais importantes são:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; • Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e; • Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 | <p>O sistema interamericano é organizado pela OEA – Organização dos Estados Americanos.</p> <p>Seu principal órgão é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.</p> |

Sob a ótica de multiplicidade, dá-se o nome de processo internacional de direitos humanos o conjunto de mecanismos em vigor, passíveis de serem acionados com vistas à supervisão dos Estados no que tange à proteção e a promoção dos direitos humanos, em caso de violação desses direitos, onde esta adversidade admite instrumentos de supervisão e de apuração de distintas naturezas, os quais, na maioria dos casos, articulam-se.

FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Entende-se como Direitos Humanos Internacionais a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional (FILHO, 2011, p. 24). Deste conceito extraem-se as principais fontes formais do DIDH, quais sejam: os tratados internacionais e o costume internacional – os princípios também são considerados como fonte formal primária. Há, ainda, as fontes auxiliares, tais como a doutrina e decisões judiciais.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz as fontes do Direito Internacional.

Artigo 38

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
5. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA UNIVERSALIZAÇÃO

O sistema global (ou internacional) de proteção dos direitos humanos é composto por tratados abertos à adesão de todos os Estados, independentemente de sua localização geográfica e de órgãos voltados a promover a dignidade humana em todo o mundo, sendo administrado principalmente pela ONU. Passamos a citar alguns deles:

a) Carta das Nações Unidas (Carta da ONU): Trata-se do tratado que criou a Organização das Nações Unidas, firmado em São Francisco, através do Decreto 19.841, de 22/10/1945. Não consagra direitos, nem cria órgãos especificadamente voltados a promover a observância dos direitos humanos no plano internacional. Define que a proteção da dignidade humana é um dos fundamentos da paz e do bem estar do mundo e atribui, portanto, à promoção dos direitos humanos o caráter de tema prioritário da sociedade internacional.

Nessa seara, impende transcrever o que preconiza Comparato em sua obra, *verbis*:

Os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e, conseqüentemente, para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes, foram lançados no centro do chamado “Período Axial da História” (séculos VIII a II a.C.)m quando nasce a filosofia, tanto na Ásia, quanto na Grécia, substituindo-se, pela primeira vez, o saber religioso-mitológico pela crítica racional. É neste momento que o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais (COMPARATO, 2010, p. 24).

b) Declaração Universal dos Direitos Humanos: também chamada informalmente de ‘**Carta Internacional dos Direitos Humanos**’, foi proclamada em 1948, por meio de resolução da Assembleia Geral da ONU. No preâmbulo da Declaração Universal, de 1948, encontra-se a motivação para a elaboração de um documento universal sobre os direitos humanos, sendo a mesma motivação que levou a criação da ONU.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

c) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Também conhecido como Pacto Civil, cujos preceitos são juridicamente vinculantes e cujo objetivo principal é detalhar direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e contribuir com sua aplicação. Cuida dos direitos humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência estatal em sua órbita privada, bem como à participação popular na gestão da sociedade.

d) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Também conhecido como Pacto Social, foi firmado em 1966 e promulgado pelo Decreto 591 de 06/07/1992. Visa a promover e proteger os direitos econômicos, sociais e culturais, que também deverão ser objeto da atenção dos Estados, os quais deverão progressivamente assegurar seu gozo, por esforços próprios ou pela cooperação internacional, com o auxílio de todos os meios apropriados nos planos econômicos e técnicos até o Máximo de seus recursos disponíveis.

e) Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio: Foi firmada em 1948 (Decreto 30.822, de 06/05/1952). Celebrada após a II Guerra Mundial, a Convenção denota a preocupação da comunidade internacional em evitar a repetição de determinados atos de violência ocorridos durante aquele

conflito, que foram dirigidos especificamente a certos grupos nacionais, raciais e religiosos. A Convenção parte da percepção de que o genocídio é algo ‘odioso’, que causou grandes perdas para a humanidade no decorrer da história, e cujo enfrentamento requer a cooperação internacional.

A palavra genocídio vem da junção dos termos: *génos* (grega) que significa raça, povo, tribo, grupo, nação com a palavra *caedere* (latim) que quer dizer destruição, aniquilamento, ruína, matança etc.

Na doutrina é definido como ‘aquele crime perpetrado com a intenção de destruir grupos sociais, étnicos ou religiosos.

Carlos Eduardo Adriano Jupiassú observa que:

essa categoria de delito surgiu com os processos de Nuremberg, embora o termo crimes contra a humanidade seja conhecido, desde a IV Convenção de Haia de 1907, referente às leis e aos costumes da guerra terrestre por meio da chamada cláusula *Martens* (JUPIASSU, 2004, p. 221).

f) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (Convenção CEDAW). Foi firmada em 1979 e promulgada pelo Decreto 86.460, de 20/03/1984, posteriormente revogado pelo Decreto 4377, de 13/09/2002, que, mantendo a validade do acordo em território nacional, consolidou a retirada, ocorrida em 1994, das reservas que o Brasil tinha formulado em relação ao tratado no momento em que o firmou.

g) Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes: Foi celebrada em 1984 (Decreto 40, 15/02/1991).

Destaca que não configuram tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas ou que sejam inerentes a tais sanções ou ainda, que delas decorram.

O repúdio à tortura é tal que a Convenção determina que os Estados também punam a tentativa de tortura, a cumplicidade ou a participação em atos de tortura.

h) Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos: Podem ser encontrados nos tratados de direitos humanos elaborados sob a égide da ONU, partindo do princípio da não incriminação.

A ONU adotou uma resolução referente às Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, proferida em 1955 e atualizada em 1957 e 1977 e secundada por um ‘Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão, de 1988, e por “Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990”.

i) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo: Também chamada de Convenção de Nova Iorque. Foi assinado pelo Brasil em 2007 (Decreto 6949, de 25/08/2009). Hoje o emprego do termo ‘pessoa com deficiência’ é o mais apropriado. Trata de Tratado com *status* de emenda constitucional no Brasil.

A Convenção de Nova Iorque deve ser aplicada de acordo com os seguintes princípios: respeito pela dignidade inerente a todas as pessoas com deficiência; autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas; a independência das pessoas; a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade dentre outros.

DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO (DIREITO DOS CONFLITOS ARMADOS)

Suas regras estão contidas em Tratados os quais os Estados aderem voluntariamente, comprometendo-se a respeitá-los e fazê-los respeitar; ou têm origem no costume internacional, pela repetição de determinadas condutas com a convicção de que devem ser respeitadas e de que sua violação é rejeitada por todos. Como exemplo temos o caso de atacar o inimigo que se rende ou violar uma trégua.

O D.I.H.(Direito Internacional Humanitário) é universal. Praticamente toda a comunidade internacional reconhece a vigência do DIH: 188 Estados foram partes nas Convenções de Genebra; 146 no Protocolo I e 138 no Protocolo II.

A propósito, a Conferência de Direitos Humanos convocada pelas Nações Unidas em Teerã em 1968 é especialmente representativa da relação entre Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.

Na sua resolução XXIII, a Conferência destacou que “a paz é condição primordial para o pleno respeito aos direitos humanos, e que a guerra é a negação desse direito” e que, por conseguinte, é muito importante fazer com que as regras humanitárias aplicáveis em situações de conflitos armados sejam consideradas como parte integrante dos Direitos Humanos. A aplicação das Convenções ocorre mesmo quando não houver declaração de guerra.

O D.I.H. reconhece que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)³, organismo humanitário independente e imparcial, onde tem o direito de livre acesso às vítimas de conflitos armados internacionais, para conhecer suas necessidades e intervir em seu favor. É outorgado em particular ao CICV o direito de visitar prisioneiros de guerra, os internados civis, os feridos, em geral a população civil afetada pelo conflito. Também lhe é reconhecida à possibilidade de adotar iniciativas em favor das vítimas dos conflitos armados.

O direito de iniciativa do CICV também permite oferecer seus serviços às partes em conflito nas situações de violência interna com fundamentos em seus próprios estatutos. Suas regras essenciais são:

- Distinguir entre os objetivos militares e civis;
- Somente podem ser atacados os objetivos militares;
- Recolher e dar assistência aos feridos, aos doentes e aos náufragos, sem discriminação alguma;
- Tratar com humanidade o adversário que se rende ou é capturado, assim como aos prisioneiros ou detidos. Não devem ser atacados ou maltratados;
- Respeitar os civis e seus bens;
- Não causar sofrimento ou danos excessivos;
- Não atacar o pessoal médico ou sanitário nem suas instalações e permitir que eles façam seu trabalho;
- Não colocar obstáculos ao pessoal da Cruz Vermelha no desempenho de suas funções.

Portanto, devemos concluir que o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos são complementares do ponto de vista do respectivo âmbito de aplicação. Também não se deve esquecer, na perspectiva mais ampla, da finalidade primordial comum desses dois conjuntos de regras, que ambos nascem de uma mesma preocupação da comunidade humana: o respeito à dignidade humana.

A finalidade primordial do Direito Internacional Humanitário é tentar fazer ouvir a voz da razão em situações em que as armas obscurecem a consciência dos homens e lembrar-lhes que um ser humano, mesmo um inimigo, continua sendo uma pessoa digna de respeito e de compaixão.

³ O Comitê Internacional da Cruz Vermelha é um órgão humanitário independente e imparcial com mandato determinado com fulcro no direito humanitário internacional, em particular as quatro Convenções de Genebra. É um órgão ativo que fornece várias formas de proteção e ajuda às vítimas de conflitos armados, bem como de situações de conflitos internos. Em casos de conflito armado internacional entre Estados Partes das Convenções de Genebra, o CICV recebe autorização para visitar todos os locais de internação, prisão e trabalho onde são mantidos prisioneiros de guerra ou detentos civis. Em casos de conflitos armados não-internacionais ou situações de tensão e conflito interno, o CICV pode oferecer serviços às partes em conflito e, com seu consentimento, ter acesso aos locais de detenção. Os delegados visitam os detidos para avaliar e, se necessário, melhorar as condições materiais e psicológicas de detenção, além de prevenir a tortura e os maus tratos. Os processos de visita exigem acesso a todos as pessoas detidas e aos locais de detenção e também que não sejam estabelecidos limites sobre a duração e a frequência das visitas e que os delegados possam conversar livremente, e em particular, com qualquer um dos detentos. O acompanhamento individual do paradeiro de detentos também faz parte dos procedimentos normais de visitas do CICV. As visitas e os relatórios são confidenciais – embora o CICV possa publicar seus comentários, caso o Estado comente publicamente o relatório ou a visita.

TRÁFICO DE MULHERES E DE CRIANÇAS

Em 18 de maio de 1904 foi firmado um acordo para a repressão do tráfico de mulheres brancas e em 4 de maio de 1910, foi assinada a Convenção Internacional relativo à repressão do Tráfico de Mulheres Brancas.

No programa da Sociedade das Nações (SDN), previa o combate ao tráfico de mulheres e crianças. Foi elaborada a “Convenção Internacional de Genebra para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças” em 30/09/1921, complementada em 11/10/33 relativa a mulheres maiores.

Em 1949, os documentos e Tratados anteriores, foram juntados numa só Convenção para o Combate do Tráfico de Mulheres e Crianças.

Destarte, ao longo dos anos, vejamos os principais textos internacionais relativos aos direitos das mulheres:

- Carta das Nações Unidas (1945)- artigo 1º, nº3, e artigo 55º, alínea c;
- Declaração Universal dos Direitos do Homem - artigos 2º, 16º e 25º;
- Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição (Nações Unidas, 1949);
- Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Conselho da Europa, 1950)- artigo 14º ;
- Convenção nº100- sobre Igualdade de Remuneração (OIT, 1951) ;
- Convenção sobre Direitos Políticos das Mulheres (Nações Unidas, 1952);
- Convenção Suplementar para a Abolição da Escravatura (Nações Unidas, 1956)- artigo 1º, alínea c), e artigo 2º ;
- Convenção nº111- sobre Discriminação em matéria de Emprego e Profissão (OIT, 1958);
- Convenção contra a Discriminação no Ensino (UNESCO, 1960);
- Carta Social Européia (Conselho da Europa, 1961)- Parte 1, nºs 1, 8 e 17, Parte II, artigos 8º e 17º;
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Nações Unidas, 1966)- artigos 2º, nº2, 3º e 10º, nº2 ;
- Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Nações Unidas, 1966)- artigos 2º, 3º, 23º e 26º ;
- Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (Nações Unidas, 1979) ;
- Convenção nº156- sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares (OIT, 1981) ;
- Protocolo nº 7 da Convenção Européia (Conselho da Europa, 1984)- artigo 5º e respectivo memorandum explicativo;
- Protocolo Adicional à Carta Social Européia (Conselho da Europa, 1988).⁴

⁴ Disponível em: http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/efemerides/mulher/direito_internacional.htm. Acesso em 12.12.2005 às 20:05h.

O tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas, e está previsto no art. 6º, § 1º, do Pacto de S. José, onde diz que “ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o tráfico dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”. Como casos concretos temos a prostituição forçada e pedofilia.

CONDIÇÕES DE TRABALHO EQUITATIVAS E HUMANAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estipula no artigo XXIII, § 1º: “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego”. No art. § 3º: “o direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana”. Como exemplos temos os seguintes casos, dentre outros:

- O tratamento dado aos trabalhadores estrangeiros para o reerguimento da Europa ocidental, especialmente na Alemanha. -Trabalhadores dos Países europeus mais pobres, principalmente procedentes da Turquia, reergueram a Alemanha, mas o direito de permanência não era reconhecido, onde os que permanecem, contentam-se com empregos desprezados pelos nacionais;
- A França com relação aos nacionais do antigo Império Colonial Francês, especialmente Argelinos, Marroquinos e Tunisianos;
- A Inglaterra reconhecia a qualidade de cidadão britânico (isto é, distinto do súdito inglês), aos nacionais dos países que integram a Comunidade Britânica (British Commonwealth of Nations). Depois, deixou de reconhecer as regalias que eram asseguradas, tanto que a imigração de Jamaicanos, Indianos e Paquistaneses é severamente controlada.

O CRIME DE GENOCÍDIO

A par dos progressos tecnológicos, o século XX pode ser conhecido como “O SÉCULO DO GENOCÍDIO”⁵.

Temos inúmeros exemplos estarrecedores dessa prática cruel, principalmente decorrentes no século XX, onde destacamos:

⁵ O crime de genocídio coloca-se como uma das questões principais no direito internacional porque é, sem dúvida, a maior violação aos direitos humanos. É um crime que ataca um direito fundamental de qualquer ser humano: o direito de ser diferente. Professar uma religião diferente, pertencer a uma outra raça, etnia ou grupo nacional, defender ideias políticas contrárias ou ter uma cultura diversa são os motivos que levam um grupo a querer exterminar outro. Esse tipo de prática se baseia numa atribuição arbitrária de traços de inferioridade e repúdio, baseados em razões que pouco têm a ver com o comportamento real das pessoas que são objeto da discriminação. Pelo contrário, se dava pelo simples fato de uma pessoa ser diferente, em seus aspectos mais fundamentais.

- Massacre dos Armênios pela Turquia moderna (1915-16); Os militares turcos foram responsáveis pelo massacre de 600.000 (seiscentos mil) Armênios, segundo a comissão que investigou as violações das leis e costumes da guerra;
- Extermínio, pela fome de milhões de camponeses ucranianos pelo regime stalinista (1923-1933);
- O aniquilamento da população de Nanquim e seus arredores pelos ocupantes japoneses (1937-38);
- O holocausto da população judia da Europa perpetrado pelos nazistas (1941-45);
- O assassinato de milhões de indianos muçulmanos e hindus por ocasião da secessão da Índia (1947-48);
- Milhões de vítimas da chamada revolução cultural realizada na China pelo regime de Mao Tse-Tung (décadas de 50- 60);
- Destruição da população cambojana (1975-78);
- Extermínio de parte da população do Timor-Leste pelo exército indonésio e pelas milícias pró-Indonésia a partir de 1975;
- Liquidação da comunidade Tutsi pelo regime Hutus em Ruanda, 1994.

PROIBIÇÃO DA GUERRA NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Esse debate acabou, não obstante, com a adoção, em 1945, da Carta das Nações Unidas, que declara a ilegalidade da guerra, salvo em contadas e conhecidas situações:

- As **“ações militares de segurança coletiva”**, previstas no capítulo VII da Carta, nas quais se preveem medidas de força contra Estados que representem uma ameaça para a paz ou a segurança internacional (situação que cobrou muita atualidade nos últimos anos, com o entendimento unânime dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU).
- As **“guerras de legítima defesa”**, nas quais os Estados têm o direito de se defender contra uma agressão armada.
- As **“guerras de libertação nacional”**, no âmbito do direito consagrado de autodeterminação dos povos, sendo excluídas desta categoria as guerras internas de tipo revolucionário.

As guerras entre os povos sempre foram motivo de preocupação para o Direito Internacional, porque a guerra vem sempre acompanhada com altos índices de atos bárbaros, cometidos contra as populações envolvidas, principalmente no que concerne à população civil, não combatentes, onde nos narra Husek:

O Direito Internacional surgiu, inicialmente, como um direito de guerra, tido como uma espécie de sanção possível a que todos os Estados recorriam na área internacional para a solução de litígios. De solução ela passou a ser um ato ilícito internacional para seus de flagradores, e o Direito Internacional passou a ser um Direito de paz, de entendimento, de cooperação entre as nações, de solidariedade (HUSEK, 1995, p.168).

A guerra deve ser o último recurso a ser empregado para resolver qualquer impasse entre dois países, e neste sentido, a Carta das Nações Unidas, documento básico organizacional do mundo, estabelece explicitamente a regra, no seu capítulo I, artigo 20, parágrafos 3.º e 4.º, *verbis*:

§ 20- «Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacional».

§ 40-»Todos os membros deverão evitar em suas relações a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas».

No mesmo sentido, a Carta propõe a solução pacífica para controvérsias em seu Capítulo VI, artigo 33 § 10:


“As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e a segurança internacionais procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”.

Disciplinar a guerra e enquadrá-la no estudo jurídico, é defender a sobrevivência da raça humana e minorar o sofrimento dos povos atingidos pelos efeitos desta árdua tragédia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre os direitos fundamentais, ressalta-se importante não apenas positivizar os direitos fundamentais, mas dotá-los de meios capazes de se tornarem efetivos no mundo jurídico, e, com isso, que não venham a ser passíveis de constantes violações. Considerando que a expressão ‘Direitos Humanos’, por excelência diz de maneira bastante clara, o seu significado.

Entendemos que Direitos Humanos são todos os direitos inerentes ao homem. Completando, acredita-se que são direitos que visam resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, em outras palavras, são direitos que visam resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana. No entanto, definição, não é uma tarefa fácil, em razão da amplitude e complexidade do tema.



Entretanto, ressalvados os conflitos entre Estados no que diz respeito a aplicação dos conteúdos das Declarações, Convenções, Pactos entre outros instrumentos normativos internacionais, entendemos que ainda está longe de uma efetivação plena dessas “normas”, haja vista o perfil dos povos que vivem em plena miséria, ou em condições de pobreza – em áreas de risco – buscando exemplo no Brasil, que detém um índice elevado de criminalidade, de fome, de desemprego, de abuso sexual, de tráfico de mulheres e crianças entre outros.

A Organização das Nações Unidas em sua Declaração de Direitos Humanos, versa sobre todos os tipos de agressões ao ser humano, coibindo de maneira enfática todos eles, mas, ao que parece, não basta textos ilustrados, escritos por exímios doutrinadores e juristas internacionais, sendo preciso criar mecanismos que façam valer tudo aquilo que dispõe todos os Tratados e Pactos Internacionais, que por excelência visam a proteção integral do homem.

Há que se referendar também, que as nações integrantes da O.N.U., como o Brasil, por exemplo, que frequentemente tem um de seus representantes legais discursando para o resto do mundo sobre o tema, mas nada ou quase nada faz efetivamente para minimizar os problemas sociais do nosso País.

Outro ponto controverso que identificamos neste estudo são as desigualdades (nacionais) sendo discutidas de maneira global, ou seja, como um todo. Entendemos ser necessário respeitar, antes de tudo, a soberania nacional de cada Estado. Não há que dar tratamento igual a Países literalmente diferentes em sua cultura, em seus problemas sociais, bem como em seus problemas políticos e econômicos.

É de ser forma injusta, discutir a igualdade (dentro de uma clara desigualdade), por exemplo, América do Sul – América do Norte – Europa. É entendido dentro de uma máxima – “tratar igualmente os desiguais, dentro de suas desigualdades”. É o mesmo que dizer que cada um é cada um.

Partindo desse princípio básico, não podemos conceber que as normas internacionais vigentes, legislem em nossa Constituição soberana, mesmo sabendo que em seu texto vigora partes idênticas extraídas das Declarações e Tratadas Internacionais.

É preciso impor limites de efetivação de tais normas em nosso ordenamento jurídico, ou pelo menos, trazer tais textos à nossa realidade, que via de regra é tão dura e literalmente desumana, e que falta o respeito à dignidade humana, pelos próprios governantes.

São problemas sérios e complexos. Não obstante, ocorre que se o Poder Central se empenhar é possível inclusive, com cooperação internacional, conforme dispõe as “normas internacionais” coibir, por exemplo, o tráfico de mulheres, de crianças (adoções clandestinas) dentre outros.

Aspiramos a cada dia por um mundo melhor e mais equânime, tentando dar um tratamento mais digno ao Ser Humano, seja ele do norte, do sul ou de qualquer outra região do globo terrestre. Isso é o que humildemente pleiteamos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. (Trad. De Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. trad. Maria Celeste C.J.Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. Salvador. 6 ed. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.
- CASSESE, Antônio. **I Diritti Umani nel Mondo Contemporaneo**. Laterza, Roma-Bari: 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira: **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010..
- CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE WEIMAR (1919)**- Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães (inclui o direito da vida social, da vida religiosa, da educação e escola, e uma vida econômica mais estável. Esta Constituição influenciou o constitucionalismo do pós-Primeira Guerra Mundial, inclusive a Constituição Brasileira de 1934.
- DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 10 DE DEZEMBRO DE 1948**.
- De MARCO, Anelise et. al. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos. O Ser Humano acima do Estado**. Passo Fundo: Just. do Direito, v. 2. nº. 16, 2002.
- DUSSEL, Enrique. **O Encobrimento do Outro. A Origem do Mito da Modernidade**. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.
- FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Direitos Humanos – Doutrina e Legislação**. São Paulo. 4 ed. 2011.
- GUERRA, Sidney (coord). **Direitos Humanos: uma Abordagem Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- HERKENHOFF, João Batista. **Direitos Humanos uma Idéia, Muitas Vozes**. Aparecida, SP: Editora Santuário. 1998.
- HUSEK, Carlos Roberto. *In* **Elementos de Direito Internacional Público**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- J.J.CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- JUPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira: **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. **O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. Arquivos do Ministério da Justiça. v. 46.nº 182. Brasília-DF. jul/dez. 1993.

MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral**. Comentários 1º. a 5º. da CR.” São Paulo: Atlas, 2001.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador. 3 ed. 2016.

PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966.

PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, TAMBÉM DE 1966.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e AGAZZI Anna Carla. **Integração, Eficácia e Aplicabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro: Interpretação do Artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988**. In *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 223.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Federalização de Crimes Contra os Direitos Humanos: o que temer?** IBCCrim: São Paulo, Boletim IBCCRIM nº 150 - Maio / 2005.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2ª. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 70. in: De MARCO, Anelise et. al. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. O Ser Humano acima do Estado*. Passo Fundo: Just. do Direito, v. 2. n. 16, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. In: Revista Interesse Público, nº 04, 1999.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SEMINÁRIO REALIZADO NA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS-RJ, no dia 25 de outubro de 2005, com o tema **”Seminário de Direitos Humanos”**, tendo como palestrante a Prof. Drª Ana Cristina Pereira, dentre outros, onde fora abordado a questão do indivíduo ser um sujeito de direitos internacional.

TRINDADE, C. A.A. **O Resgate do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional na Doutrina Jurídica do Século XX**. In: De MARCO, Anelise et. al. *Proteção internacional dos direitos humanos. O ser humano acima do Estado*. Passo Fundo: Just. Do Direito, v. 2. n. 16, 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003

_____. **A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional**. in: ANNONI, Danielle. *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional – Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora América Jurídica, 2002.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. **Construção Conceitual dos Direitos Humanos**. In. **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2001.

Disponível em www.dhnet.org.br. Acesso em 12.12.2005 às 15:31h.

Disponível em: http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/efemerides/mulher/direito_internacional.htm. Acesso em 12.12.2005 às 20:05h.

A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO HORIZONTAL PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Verônica Patrícia Oliveira de Sousa¹

RESUMO

A eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais consiste na obrigação do particular respeitar os direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo de várias batalhas históricas. Antes esses direitos destinavam-se apenas ao Poder Público, por esse ser o único capaz de infringi-los, contudo, como o poder que os particulares, especialmente grandes empresas, sindicatos e associações conquistaram com o aumento da desigualdade social, poder esse capaz de intervir na aplicação desses direitos, eles também, os particulares, passaram a deter a obrigação de observância aos direitos fundamentais para preservação dessa conquista social. Esse instituto começou a ser discutido notadamente com a dimensão objetiva que tornou globalizada no mundo jurídico a importância da extensão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No Brasil a observância da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais tende a ser através da teoria da aplicação direta e imediata, que consiste em os direitos fundamentais estarem aptos a produzirem seus efeitos desde a sua criação nas relações entre particulares, independente de legislação infraconstitucional, segundo a maioria da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como dos demais Tribunais Superiores Pátrios.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais; Aplicação horizontal dos direitos; Proteção dos direitos fundamentais.

RESUMEN

La efectividad horizontal de los derechos y garantías fundamentales es la obligación del particular de respetar los derechos y garantías fundamentales conquistados a lo largo de diversas batallas históricas. Antes de que estos derechos fueran destinados solamente al gobierno, pues éste era el único capaz de infrusarlos, sin embargo, como el poder que los individuos privados, especialmente las grandes corporaciones, los sindicatos y las asociaciones conquistaron con el aumento de la desigualdad social, el poder Esto, capaz de intervenir en la aplicación de estos derechos, ellos también, los individuos, comenzaron a tener la obligación de observar los derechos fundamentales para preservar este logro de los socios. Este Instituto comenzó a discutirse notablemente con la dimensión objetiva que ha hecho globalizado en el mundo legal la importancia de extender los derechos fundamentales en las relaciones entre individuos. En Brasil, la observancia de la eficacia horizontal de los derechos y garantías fundamentales tiende a ser a través de la teoría de la aplicación directa e inmediata, que consiste en que los derechos fundamentales puedan producir sus efectos desde su creación en las relaciones entre Independiente de la legislación infraconstitucional, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como de los otros tribunales superiores de los Pátrios.

Palabras-clave: derechos y garantías fundamentales; Aplicación horizontal de los derechos; Protección de los derechos fundamentales.

¹ Advogada (Bacharel em Direito pela Faculdade de Tecnologia do Piauí – FATEPI) e Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. E-mail: ve_pos@hotmail.com.

Os direitos e garantias fundamentais são conquistas da civilização marcada por lutas políticas das classes populares ao longo da história.

Isso porque, a sociedade em sua gênese usava os bens de forma coletiva, todos possuindo o mesmo direito, não existindo hierarquia entre as pessoas, seu único desafio era controlar a natureza.

No entanto, com o avanço da apropriação privada, que concedeu poder a quem a detinha, passou a existir as desigualdades, até que esse Poder Externo tornou-se político para se valer eficazmente. Nesse momento o Estado passou a exercer poder ilimitado, os demais, aqueles que estavam de fora do Estado, passaram a sofrer interferência em todos os aspectos de sua vida.

Diante dessa situação, o homem viu-se ameaçado pelas opressões naturais e pelas de seus semelhantes que detinham poder, aumentando, assim, a luta pela sua liberdade.

Em decorrência dessas lutas surgiram os direitos fundamentais, inicialmente para limitar o poder do Estado perante seus destinatários, regular as relações que envolvem o ente estatal e o particular.

Porém, com o aumento das desigualdades entre os seres humanos que tornou complexa as relações sociais, o Estado passou a não ser único capaz de infringir esses direitos fundamentais, os particulares, especialmente organizações privadas poderosas, também detinham poder para tanto, assim é necessária a discussão da extensão desses direitos fundamentais às relações privadas.

Os doutrinadores Dimioulis e Martins (2004 *apud* LIMA, 2008, p. 15) dispõem que:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

É importante destacar que alguns direitos fundamentais possuem como principal destinatário as Instituições privadas, como é o caso dos direitos descritos no art. 7º da Constituição Federal, outros a Constituição Federal já destina exclusivamente ao Estado, sendo exemplo o art. 5º, inciso XXXIII, da CF, porém antes do início da aplicação dos direitos fundamentais na forma horizontal uns direitos fundamentais não estavam sendo totalmente concretizados, pois embora respeitados pelo Estado, particulares constantemente os descumpriam.

Portanto, para que as lutas sociais pela conquista dos direitos e garantias fundamentais não tenham sido de balde e esses direitos continuem tendo aplicação plena, é necessário que sejam oponíveis tanto nas relações entre Poder Público e o particular, como nas relações entre os particulares, especialmente levando em consideração o poder das grandes entidades privadas.

Embora a maioria dos doutrinadores e jurisprudência entenda pela aplicação dessa teoria, como será melhor detalhado adiante, ainda existem divergências sobre sua aplicação ou não e especialmente a forma como merece ser concretizada.

Portanto, a aplicação horizontal não é aceita de forma unânime pelo Poder Judiciário alienígena, os Estados Unidos da América – EUA adota a Teoria Negativa ou *State Action*, essa teoria defende que os direitos fundamentais vinculam somente o Poder Público não se estendendo aos particulares. Nesse país a carta magna atribui expressamente no topo dos direitos fundamentais de seu texto limitação apenas aos Poderes Públicos, sendo que a única ressalva desse texto é a 13ª Emenda, responsável por proibir a escravidão que se destina a todos, Poder Público e particular.

A teoria *State action* sustenta que os direitos fundamentais não poderiam se estender aos particulares porque desde sua gênese foram destinados somente ao Poder Público, bem como que iria acabar com a autonomia privada e que conferiria ao juiz um alto grau de poder, haja vista a abstração das normas.

Entretanto, no que tange aos direitos fundamentais terem sido direcionados ao poder público, isso aconteceu porque como vimos nos primórdios históricos ele era à única ameaça aos direitos dos cidadãos, porém o direito não é algo estático, ao invés disso deve evoluir junto com os avanços sociais, assim se com o passar do tempo o particular representa um risco à ineficácia dos citados direitos, eles também devem deter a obrigação de respeitá-los.

Já argumentação de que os direitos fundamentais restringem a autonomia privada é rebatida com a ideia de que esses direitos não vão ser aplicados demasiadamente, vai existir uma ponderação na sua aplicação.

Sobre isso nos ensina os doutrinadores Mendes e Branco (2014, p. 12):

Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia privada e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a ideia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade – o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.

Por fim, a abstração das normas não vai conferir um poder demasiado para o juiz porque suas decisões devem ser pautadas no princípio do livre convencimento motivado, melhor dizendo, o juiz não pode aplicar uma norma ao caso concreto sem expor os motivos pelos quais ela está sendo usada.

Por todo o exposto essa teoria não é aceita no Brasil, sendo criticada abertamente pelo sublime doutrinador Sarmento. Vejamos o que diz o autor:

Enfim, parece-nos que a doutrina da state action, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral do Estados Unidos [...] (SARMENTO, 2008, p. 13).

Destarte, que a teoria negativa vem sendo relativizada nos casos em que o particular realiza atividades típicas do Estado ou recebem algum benefício ou subsídio do Estado.

Outra teoria é a da eficácia indireta ou mediata, que foi desenvolvida nos anos 50 (cinquenta) principalmente por Günther Dürig, na Alemanha, funciona como intermediária da teoria negativa vista logo acima e da teoria da eficácia direta, pois nesse caso é defendido que o legislador é o responsável por delimitar os limites de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido é o posicionamento de Professor Mendes (2012, p. 46):

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante a fixação de limitações diversas. Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seria as cláusulas gerais (Generalklauseln), que serviriam de porta de entrada (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.

Para Hesse (1995 *apud* SARMENTO, 2006): [...] competiria ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, no qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época.

Restando ao juiz completar as cláusulas criadas pelo Poder Legislativo, assim como interpretar conceitos indeterminados levando em consideração os direitos fundamentais diante do caso concreto.

Essa teoria é criticada por conceder uma grande liberdade de atuação ao juiz, lhe outorgando poderes de realizar excessos ou interpretações que o legislador não almejou ao criar a lei, consequência disso é a transformação do Estado de Direito para o Estado Judicial.

E a terceira forma de aplicação é a aceita no Brasil, a Teoria da Eficácia Direta ou Imediata, essa teoria foi desenvolvida na metade do século XX na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey², contudo hoje é pouco utilizada nesse País, atualmente prevalecendo em parte dos países Europeus, também há predisposição para ser aplicada no Brasil, conforme será visto adiante.

² Surgiu em uma decisão trabalhista em que era rogado igualdade salarial para homens e mulheres, como a legislação da Alemanha não tinha essa previsão foi aplicado o artigo 3º da Constituição daquele País, que defendia o direito fundamental à igualdade.

Tal teoria defende que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta nas relações privadas, independentemente de intervenção do legislador infraconstitucional, isso porque os particulares com seu alto poder social e econômico também são capazes de infringir os direitos fundamentais.

Desse modo nos preleciona Cunha Júnior (2016): “Assim, não só o Estado como também os particulares estão vinculados à Constituição”.

Essa teoria também esbarra na crítica de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas iria suprimir a autonomia privada, contudo Sarmiento despona em sua defesa alegando que:

Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado (SARMENTO, 2008, p. 68).

Portanto, para seu defensor a autonomia privada não seria simplesmente sacrificada em detrimento dos direitos fundamentais porque deveria ser feita uma ponderação de valores no momento de sua aplicação.

Atualmente, a maior discussão quanto ao tema fica entre aplicação na forma das duas últimas teorias, a maneira com que esses direitos fundamentais devem ser observados na sua horizontalidade, pois, como foi exposto, a maioria da doutrina e jurisprudência já aceitam sua aplicação.

Entre os doutrinadores brasileiros é inegável que prevalece a teoria da aplicação direta e imediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entretanto a aplicação dessa teoria não é feita de forma homogênea, pois grande parte dos estudiosos aplicam a teoria com suas peculiaridades específicas.

Nesse passo, Sarmiento se pauta na questão existencial e na dicotomia simetria/assimetria entre as partes para defender a aplicação das normas constitucionais nas relações privadas.

A questão existencial é usada em oposição à questão material, assim a autonomia privada deverá ser usada com menos intensidade nos casos, em que envolvam questões econômicas, ainda é avaliada a função essencial do bem envolvido.

Quanto à dicotomia simetria/assimetria Sarmiento analisa as partes envolvidas, quanto maior a desigualdade maior deve ser a proteção do direito em jogo sendo sacrificada de forma mais intensa a autonomia privada e no caso contrário, onde a igualdade entre as partes é maior a autonomia da vontade será menos sacrificada, senão vejamos:

[...] quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao

inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. (SARMENTO, 2008, p. 75).

Por sua vez, Wilson Steinmetz dispõe que a aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto deve ser feita com o auxílio do princípio da proporcionalidade:

Na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser Matizada (modulada ou graduada) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes (STEINMETZ, 2005, p. 11).

Por último faz-se necessário frisar que doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet (2010), Luis Roberto Barroso (2005), bem com a maioria da doutrina defendem que para aplicação horizontal dos direitos fundamentais através da teoria direta e imediata deve ser feita a ponderação entre o direito fundamental em análise e o princípio da autonomia privada no caso concreto.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, isso pode ser verificado no caso julgado pelo Tribunal ainda na década de 1990, que proferiu decisão defendendo que uma associação de cooperativa deveria ter observado o devido processo legal e a ampla defesa antes de excluir um associado:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (1996).

Quase dez anos depois o Supremo voltou a proferir acórdão no Recurso Extraordinário nº 201.819³ do Estado do Rio de Janeiro no mesmo sentido, desta vez tornando inválida a exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores – UBC do Estado do Rio de Janeiro porque a entidade não havia respeitado o princípio da ampla defesa. Vejamos:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃOESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das ga-

³ O Tribunal do Rio de Janeiro invalidou exclusão de associado da União Brasileira de Compositores – UBC com o argumento de que a Recorrente não teria observado o princípio da ampla defesa. Inconformada a UBC interpôs Recurso Extraordinário pleiteando a reforma da decisão. A Ministra Relatora do caso Ellen Gracie votou pela reforma do acórdão proferido pelo TJ-RJ ao argumento de que a Recorrente possuía autonomia privada para elaborar suas regras. Porém o Ministro Gilmar Mendes pediu vista votando no sentido contrário ao defendido pela Relatora, defendendo que no caso em pauta deveria ser aplicada a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais com aplicação da teoria direta e imediata, posição foi a que prevaleceu por maioria dos votos.

rantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88) IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (2006).

Em outra oportunidade, o STF decidiu pela aplicação do princípio da igualdade em uma negativa de equiparação de direitos pelo motivo de ser de um empregado de origem francesa (mesma da empresa “Air France”) e o outro empregado ser de nacionalidade brasileira, aplicando, assim novamente a extensão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, observemos a própria ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)- PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido (1996).

Na mesma vertente, a inobservância do instituto constitucional do constrangimento ilegal por uma empresa privada foi outro momento em que o Tribunal Supremo apontou sua adesão à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas com base na teoria da aplicação direta e imediata. Nesse momento ficou decidido que a submissão de empregadas à revista íntima sob pena de demissão por uma empresa particular causaria constrangimento ilegal:

I – Recurso Extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Súms. 210 e 448). II – Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho, questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância, e jamais interrompida desde então (1995).

O Tribunal Superior do Trabalho também já aplicou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no caso em que uma empresa estava dispensando de forma arbitrária seus empregados ao completarem 60 (sessenta) anos, pois embora a legislação brasileira admitisse essa dispensa sem motivação, nesse caso o motivo era discriminatório porque os empregados só estavam sendo dispensados por conta da sua idade avançada e isso ofende a igualdade defendida pelo texto constitucional.

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO.

Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do poder potestativo, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei nº 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema (2003).

Portanto está mais que provado que a doutrina e jurisprudência brasileira defendem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma direta e imediata, resguardando os direitos do seu povo contra os arbítrios tanto do Poder Público como dos particulares de forma geral.

O que podemos concluir é que a doutrina e jurisprudência brasileira avançam pelo caminho mais recomendado para preservação dos direitos fundamentais, pois, os direitos fundamentais devem ser respeitados por todos para sua preservação, se instituições privadas hodiernamente possuem o mesmo poder econômico do Poder Público merece tratamento igualitário na preservação dos direitos.

Se não houvesse esse entendimento, nos casos acima, direitos primordiais como devido processo legal estariam sendo fragilizados e desrespeitados sem qualquer objeção.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v, 240, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**: julgado em 11.04.1995. DJ de 01.09.1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**: julgado em 30.04.1996. DJ de 07.06.1996. p. 19830. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**: julgado em 29.10.1996. DJ de 19.12.1997. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**: julgado em 11.10.2005. DJ de 27.10.2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Recurso de revista nº 462888/1998-0**: julgado em 10.09.2003. DJ de 26.09.2003. Disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 27 fev. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2016.

DIMIOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. *In*: LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. 2008.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11392/efeitos-horizontais-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 27 fev. 2019.

HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. 1995. *In*: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DAS VÍTIMAS DO DESASTRE DE BRUMADINHO NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Yasmin Gonçalves Faria¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar os reflexos da Reforma Trabalhista sobre a indenização por dano moral e, conseqüentemente, no caso dos trabalhadores vítimas do rompimento da barragem de rejeitos de minério da empresa Vale, em Brumadinho (MG). Além disso, busca discutir a limitação dos danos extrapatrimoniais inseridos pela referida reforma, bem como a violação do princípio da isonomia previsto na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a disparidade de valores nas indenizações por dano moral, de um mesmo fato, tanto na Justiça Comum, quanto na Justiça Trabalhista por conta do teto estabelecido pela lei nº 13.467/2017 e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017.

Palavras-chave: Indenização; Dano moral; Reforma trabalhista.

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar los reflejos de la Reforma Laboral sobre la indemnización por daño moral y, conseqüentemente, en el caso de los trabajadores víctimas de la ruptura de la represa de desechos de mineral de la empresa Vale, en Brumadinho (MG). Además, busca discutir la limitación de los daños fuera de balance insertados por dicha reforma, así como la violación del principio de la isonomía previsto en la Constitución Federal de 1988, teniendo en cuenta la disparidad de valores en las indemnizaciones por daño moral, de un mismo hecho, En el marco de la Ley Orgánica del Poder Legislativo.

Palabras-clave: Indemnización; Daño moral; Reforma laboral.

¹ Sócia fundadora da sociedade Gonçalves & Duarte Advogados. Membro da Comissão de Direito Tributária da OAB/MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada (MBA) em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direito Tributário pela Universidade Católica de Argentina (UCA). E-mail: yasmin.ygf@gmail.com

INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial sempre foi um tema de grandes controvérsias, vez que é o produto do desenvolvimento do próprio espírito humano.

Dentro desse contexto, o presente artigo pretende analisar a impossibilidade de se limitar ou restringir a aplicação deste instituto a apenas alguns casos específicos, conforme dispõe a Reforma Trabalhista no artigo 223-B, da CLT.

Art. 223-B, CLT. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Não restam dúvidas que desde a mudança aprovada na lei nº 13.467/2017 (mais conhecida como “Reforma Trabalhista”) e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017, os quais determinaram que as indenizações por danos morais seriam limitadas ao teto de 50 (cinquenta) vezes o salário mínimo que os empregados recebiam, muito se tem discutido na comunidade jurídica, já que os reflexos para a comunidade são extensos e graves.

Isso porque, as ações ajuizadas na Justiça Comum, não possuem nenhum tipo de teto indenizatório. Todavia, as ações ajuizadas pelos familiares das vítimas que possuíam vínculo empregatício com a mineradora e que foram mortos na tragédia, terão uma limitação de valores referente a indenização por danos morais.

Tudo isso por conta de uma mudança aprovada na lei nº 13.467/2017 (mais conhecida como “Reforma Trabalhista”) e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017, os quais determinaram que as indenizações por danos morais seriam limitadas ao teto de 50 (cinquenta) vezes o salário mínimo que os empregados recebiam.

O artigo 223-G da lei 13.467/2017, que trata da reforma, determinou que haveria uma gradação para a concessão do dano moral, levando em conta uma série de fatores com base em uma escala de gravidade.

Em outras palavras, para danos morais gravíssimos, o teto foi fixado em 50 (cinquenta) salários do último salário do trabalhador.

Sendo assim, para aqueles que, hipoteticamente, recebiam o salário mínimo (R\$ 998,00), o teto da indenização seria de R\$ 49.900,00.

Ora, é notório que o rompimento da barragem de rejeitos de minério da empresa Vale, na cidade de Brumadinho (MG) ocasionou em inúmeros impactos ambientais, econômicos e sociais às vítimas, bem como causaram comoção no cenário nacional e internacional.

Contudo, tendo em vista as limitações estabelecidas pela Reforma Trabalhista para as indenizações extrapatrimoniais, verifica-se um cenário de grande injustiça para aqueles que se enquadram nos casos que envolvem danos morais gravíssimos, como ocorreu na tragédia na cidade de Brumadinho (MG).

Isso porque os familiares das vítimas que não possuem nenhum tipo de vínculo empregatício com a empresa, poderão receber indenizações por danos morais em valores extremamente superiores, em casos menos gravíssimos se comparados com as indenizações pleiteadas pelos familiares das vítimas que possuíam um vínculo empregatício com a mineradora Vale.

Para tanto, nesse horrível quadro que se encontra a cidade de Brumadinho (MG), por conta do rompimento da barragem de rejeitos de minério, a Reforma Trabalhista passa a representar um contexto de desigualdade e iniquidade às famílias que pretendem reclamar em juízo, as indenizações de seus entes, vez que terão que pleiteá-las somente na Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, ficando submetidas ao teto de 50 (cinquenta) salários mínimos do empregado.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INSERIDOS PELA REFORMA TRABALHISTA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal tratou de estabelecer em seu art. 5º, *caput*, o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, o qual determina um tratamento justo para os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Além disso, por meio desse princípio, a Constituição Federal de 1988 garante igualdade de aptidões e de possibilidade dos cidadãos de gozarem de um tratamento isonômico pela lei.

Sendo assim, o princípio da igualdade veda qualquer tipo de distinção, que seja arbitrária, não limitada e não justificável pelos valores norteadores da Constituição Federal e, que por consequência, possam inviabilizar a atuação do legislador, do intérprete ou de qualquer outra autoridade pública ou privada que seja aplicadora da lei.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.²

² MORAES, 2012, p. 65.

A violação que a tarifação implica ao princípio da isonomia se revela pelas consequências que a interpretação e aplicação dos enunciados normativos pertinentes apresentam.

Porém, muito mais grave e inconstitucional do que a instituição em si de um sistema de tarifação do dano moral é a sistemática de 'cálculo' adotada na Reforma Trabalhista. Ainda que venham a ser superados os precedentes acima referidos [Súmula 281/STJ] e acórdão da ADPF 130/STF] e considerada constitucional a tarifação de danos morais, (...) há outros óbices constitucionais insuperáveis para a manutenção do sistema instituído pelo legislador, pois a utilização do salário do empregado como parâmetro para a fixação do montante indenizatório colide com diversas normas da Constituição, especialmente aquelas que decorrem do princípio da isonomia.³

Nesse sentido, vale transcrever a lição do Dr. Enoque Ribeiro dos Santos:

Na sociedade reurbanizada, globalizada, consumerista, politizada e altamente cibernética em que vivemos, não há possibilidade de estancar ou de represar a ocorrência de um instituto tão amplo como o dano não patrimonial. Portanto, entendemos que uma legislação, por mais avançada e moderna que seja, não tem o condão de albergar todos os casos de incidência na contemporaneidade, como se extrai do dispositivo legal acima mencionado. Além disso, em sua evolução, a sublimidade e nobreza do instituto do dano extrapatrimonial, longe de levar à sua banalização, como muitos já quiseram fazer crer, cada nova hipótese de ocorrência ou novidade jurídica o enobrece, pois é produto do desenvolvimento do próprio espírito humano. Isto provém exatamente do fato de que o dano moral segue a mesma trajetória do ser humano, pois um é corolário do outro. Dentro deste contexto, entendemos que não há como limitar ou restringir a aplicação deste instituto do dano extrapatrimonial a apenas aos casos especificados neste estreito limite legal, como dispõe este novel artigo.

(...) É de sabença comum que a honra, dignidade, intimidade, vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas são monetizadas, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza ou duplo patrimônio, um de índole material e outro imaterial ou extrapatrimonial. Da mesma forma, podemos dizer que tanto o dano moral individual, como o dano moral coletivo ou transindividual (metaindividual) foram albergados, de forma definitiva, em nosso ordenamento jurídico, de forma que ocorrendo o ilícito, ou abusividade, e preenchidos os seus elementos caracterizados em juízo de ponderação, e não apenas de subsunção do fato à norma, a regra geral será pela procedência da justa e devida reparação.

³ CASAGRANDE, C. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Curitiba, a. 2, n. 3, pp. 91-103, dez de 2017, p. 93.

Sendo assim, ocorrendo um vilipêndio a esta especial natureza do ser humano, que deveria ser indevassável, por ato ilícito ou abusivo por outrem e a devida reparação se faz necessária, havendo a movimentação da máquina judiciária neste sentido, não será permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito (princípio do non liquet), na fixação da justa reparação. Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles, a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extra patrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente.⁴

Em outras palavras, o legislador não tem a prerrogativa de editar normas, tal como ocorreu na edição da lei nº 13.467/2017 e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017, as quais sejam responsáveis pelo afastamento do princípio da isonomia, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade da referida norma jurídica.

Cabe ao legislador, ao intérprete e às autoridades, resguardarem esse princípio; não fomentando desigualdades, por meio da aplicação de leis que sejam pautadas em condutas discriminatórias, preconceituosas, etc.

Sendo assim, percebe-se que a Reforma Trabalhista, ao determinar um teto de 50 (cinquenta) vezes o salário do empregador, para fins de indenização por dano moral, viola frontalmente o princípio da isonomia e, por sua vez, infringe uma importante cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988. Ou seja, qualquer norma que seja pautada em requisitos discriminatórios e injustos é considerada inconstitucional.

Aliás, não há a possibilidade de nenhuma aplicação do teto estabelecido no artigo 223-G da lei 13.467/2017, vez que proclama uma grande injustiça não somente no cenário da tragédia do rompimento da barragem de rejeitos da Vale, na cidade de Brumadinho (MG), como também no cenário jurídico brasileiro.

O que a lei faz é exatamente isto: embora os trabalhadores sejam merecedores de igual tratamento digno, eles devem ser separados de acordo com seus salários, para fins de mensuração de seu patrimônio moral. Quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador; Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho.⁵

Nesse sentido, existem duas ADIs que discutem a inconstitucionalidade da limitação da CLT no que tange a quantificação da indenização dos danos morais perante o Supremo Tribunal Federal. À título de exemplo, podem ser citadas: a ADI 5870, proposta pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, e a ADI 6069, pela OAB após o incidente ocorrido em Minas Gerais.

4 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007 [i.e] 2017, da reforma trabalhista. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 14, n. 211, p. 60-67, mar. 2018.

5 CASAGRANDE, C. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado..., pp. 93-96.

Ambas ADIs questionam a inconstitucionalidade dos dispositivos (incisos I a IV do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT) introduzidos em decorrência da Reforma Trabalhista (lei nº 13.467/2017) e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017, os quais determinam limites para a fixação de valores da indenização por dano moral, em razão de vínculo empregatício.

No que tange a fundamentação, as referidas ADIs, argumentam que a lei não teria o condão de impor nenhum tipo de limitação ao Poder Judiciário para fins de fixação por dano moral, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição.

Além disso, vale ressaltar que ao tarifar a indenização moral, nos termos da nova legislação, o Poder Judiciário estaria impedido de fixar uma indenização superior à efetivamente devida para reparar o dano causado ao empregado e, conseqüentemente, estaria aplicando indenizações distintas para o mesmo dano moral, haja vista que levaria em conta tão somente o salário do trabalhador para calculá-lo.

Em outras palavras, se a família de um funcionário da mineradora que recebia um salário mínimo pleitear indenização por dano moral, a referida indenização será extremamente inferior à de um CEO da empresa, vez que essa seria fixada de acordo com o salário de cada um respectivamente, sendo observado o teto de 50 (cinquenta) salários mínimos.

Ora, tal discrepância entre as referidas indenizações, seriam uma ofensa ao princípio da isonomia, na medida que a base de cálculo passou a ser o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, implicando em aumento significativo do valor das indenizações por dano moral aos empregados de menor renda.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

Segundo o princípio do livre convencimento motivado, o juiz não deve ficar preso ao formalismo da lei, mas sim decidir conforme as provas apresentadas nos autos, os quais serão utilizados como forma de embasamento da sua decisão.

Ao limitar os parâmetros de indenização por danos morais na Justiça do Trabalho, a Reforma Trabalhista viola a liberdade do juiz trabalhista de decidir sobre o montante que considerar o mais adequado para ressarcir às vítimas e às suas famílias que possuíam vínculo empregatício com a mineradora Vale e que sofreram inimagináveis danos por conta do rompimento da barragem de rejeitos de minério em Brumadinho (MG).

Além disso, tal limitação viola o artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, o qual determina que será garantido ao empregado uma indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.

Ora, ao restringir de ofício o poder do juiz aplicar a indenização por dano moral que entender ser adequada aos casos, estaria a Reforma Trabalhista violando a independência dos juízes de julgarem as causas e aplicarem a lei de acordo com o texto constitucional e com as suas devidas convicções.

DA INAPLICABILIDADE DO TETO POR DANO MORAL NA INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS E ÀS SUAS FAMÍLIAS QUE POSSUÍAM VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A MINERADORA VALE EM CASO DE MORTE

Ainda que brevemente, cumpre tecer algumas considerações pelas quais a limitação da indenização por dano moral na Justiça do Trabalho seria inconstitucional.

Conforme já explanado, diante da inexistência do vínculo empregatício, os danos morais sofridos pelas vítimas do rompimento da barragem de rejeitos de minério na cidade de Brumadinho (MG), serão regidos pelas normas estabelecidas no Código Civil (arts. 186, 927 a 954).

Nesses casos, não existe qualquer tipo de tarifação do valor da indenização pleiteada e os juízes da Justiça Comum estarão aptos a determinar o montante ideal à título de indenização, conforme o seu livre convencimento motivado.

Todavia, os danos sofridos pelos empregados da mineradora Vale, serão considerados acidentes do trabalho; razão pela qual, as indenizações por dano material e moral deverão ser pleiteadas na Justiça do Trabalho.

Ocorre que, nesses casos, os juízes trabalhistas não poderão estabelecer indenizações superiores ao montante de 50 (cinquenta) vezes o salário dos empregados, vez que a Reforma Trabalhista elaborou um sistema de tarifação do dano extrapatrimonial, decorrente da relação de trabalho, de acordo com a gravidade do dano.

A respeito da tarifação da indenização por dano trabalhista extrapatrimonial, SOUTO MAIOR assim se posiciona:

Muito menos ainda se justifica a fixação de eventuais condenações de reparação em função do valor do salário do trabalhador, o que representa dizer que a dignidade humana pode ser valorada em conformidade com o poder econômico de cada um, o que, por certo não está agasalhado nas concepções do Direito Social, que rechaçam qualquer tipo de discriminação. (2011, p. 677)

Similar é a dicção de MENEZES:

Com efeito, o respeito à proporcionalidade na reparação dos danos de índole extrapatrimonial, preconizada expressamente pelo art. 5º inciso V, da Constituição Federal, torna inviável a imposição de limites máximos para cada modalidade de dano. Acaso prevalecesse a tarifação, o resultado não poderia ser outro senão a erosão da capacidade dissuasória das indenizações e o cálculo frio do quantum financeiro necessário para a transgressão premeditada. Enfim: a subversão completa do sistema de tutela dos direitos da personalidade estruturado pela Constituição e pelo Código Civil, o que seria intolerável. Fica patente, assim, a rematada inconstitucionalidade de todas as normas de tarifação prévia dos valores indenizatórios, (...) (2017, p. 220)

No mesmo rumo o entendimento de GARCIA:

Na realidade, a reparação de danos extrapatrimoniais tem fundamento constitucional (art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República), por decorrer da violação de direitos inerentes ao ser humano, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). Desse modo, não se pode considerar válida a tarifação da indenização de danos extrapatrimoniais, em contrariedade ao direito constitucional à sua ampla e justa indenização. (2017, p. 112)

Ora, além de tal distinção ser inconstitucional, violando o princípio da isonomia, bem como o do livre convencimento motivado dos juízes, vale ressaltar que a tarifação extrapatrimonial não poderia ser aplicada nos casos de morte do empregador, vez que o art. 223-C da CLT não traz expressamente a aplicação dos dispositivos da Reforma Trabalhista sobre tal hipótese.

CONCLUSÃO

A fixação de valores referentes ao dano moral sempre foi um assunto extremamente polêmico na Justiça Comum, como na Justiça do Trabalho, haja vista ser delicada a apuração do dano sofrido com a indenização.

Contudo, com a Reforma Trabalhista, esse tema se tornou mais frágil, haja vista que determinou a tarifação e, conseqüentemente a limitação das indenizações por dano moral.

Ora, é muito difícil qualificar a perda de uma pessoa que teve privada a vida de um familiar, principalmente, em casos como no rompimento da barragem de rejeitos de minério na cidade de Brumadinho (MG), em que inúmeras vidas foram soterradas pela lama e tiveram o seu fim de forma tão trágica.

Ademais, vale ressaltar que ao estabelecer um teto para as indenizações na Justiça do Trabalho, o legislador estaria violando o princípio da isonomia, vez que haveriam indenizações de montantes distintos pleiteadas na Justiça do Trabalho, já que a valoração seria realizada de acordo com o salário do empregado; bem como se comparadas com a Justiça Comum, pois, nesses casos, caberiam aos juízes estabelecerem a indenização por dano extrapatrimonial de acordo com o seu livre convencimento motivado.

Nota-se que a regra em vigor, prevista na nova lei trabalhista é inconstitucional. As alterações realizadas pela lei nº 13.467/2017 e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória nº 808/2017, são prejudiciais ao trabalhador e não sintetizam o dever constitucional de reparação integral do dano.

A Constituição Federal de 1988 tem como princípio basilar a isonomia. Ora, a fixação da indenização do dano extrapatrimonial é realizada de acordo com o salário do empregado e não de acordo com o dano sofrido. A indenização deve se dar pelo dano e não pelo salário.

Ora, fato é que a tarifação, qualquer que seja o parâmetro escolhido, é incompatível com o tratamento dado pelos incisos V e X do artigo 5º da Constituição ao dano moral, os quais asseguram ao ofendido a reparação ao dano mais ampla possível.

A verdade é que independente da natureza do dano, seja ele trabalhista ou cível, toda limitação de valor, é incompatível com os princípios norteadores da Constituição Federal.

O reparo para ser justo e adequado ao dano extrapatrimonial sofrido deverá ser analisado pelo julgador, o qual observará a natureza, a gravidade e a repercussão do dano, além de outros critérios importantes para a aferição da indenização.

Logo, ao tarifar o dano moral, conforme dito pelo Ministro Peluso, a parametrização torna nula ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade moral. O reparo, para ser proporcional e justo, deve ser fixado caso por caso, segundo as condições das pessoas, sem limitações abstratas e capazes de inutilizar o sentido reparatório, intrínseco à indenização.

Por essa razão, não restam dúvidas de que as alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista no que tange às indenizações extrapatrimoniais seriam inconstitucionais e, por consequência do rompimento da barragem de rejeitos de minério na cidade de Brumadinho (MG), deveriam ser repensadas.

REFERÊNCIAS

FLEURY, Renata. **O dano moral na reforma trabalhista**. Inconformidade constitucional. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042-O+dano+moral+na+reforma+trabalhista+Inconformidade+constitucional>>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

FRAGA, Marianna. **Reforma trabalhista: indenização por dano moral será limitada e baseada no salário da vítima**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://mariannafraga.jusbrasil.com.br/noticias/479852587/>>

reforma-trabalhista-indenizacao-por-dano-moral-sera-limitada-e-baseada-no-salario-da-vitima>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

D'AGOSTINO, Rosanne. **OAB pede ao STF para suspender trecho sobre indenizações na nova lei trabalhista**. GLOBO, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/06/oab-pede-ao-supremo-para-suspender-trecho-da-nova-lei-trabalhista-sobre-indenizacoes.ghtml>>. Acesso em: 11 de fev. de 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista** – análise crítica da Lei 13.467/2017, 2ª ed., rev., ampl. e atual, Salvador: Juspodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

ALTHEIM, R. **Direito de Danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2012.

ARNT RAMOS, A. L. **Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica**: Legislação e Jurisdição nos contextos alemão e brasileiro. Curitiba: Juruá, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007 [i.e] 2017, da reforma trabalhista**. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 14, n. 211, p. 60-67, mar. 2018.

BEZERRA DE MENEZES, J. e GONÇALVES, C. F. O. **A construção da dignidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade**: expressão do direito geral de personalidade. *Direitos fundamentais e Justiça*, a.6, n.21, pp.105-123, out-dez/2012

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Danos extrapatrimoniais na Lei n. 13.467/2017**: o mesquinho cerceio da dignidade, p. 203-222 in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho, vol. I – Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

CASAGRANDE, C. **A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado**. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba, a. 2, n. 3, pp. 91-103, dez de 2017, p. 93.





Esta obra foi composta em papel Avena 80g e fonte Adobe Garamond Pro em agosto de 2019 pela Editora Edições Superiores Impressa pela gráfica Laser Plus.