



EDIÇÕES SUPERIORES
BELO HORIZONTE
NOVEMBRO | 2016

Todos os direitos reservados ao autor e Edições Superiores Ltda.

Editor Responsável
Sara M.A.G. Bernades

Conselho Editorial

Cilas B. Rosa, Sara M.A.G. Bernades, Joaquim José Miranda Junior E Sear Jasube G. Alves, Cilas Rosa, Sara Bernades, Nívea de Matos, Lacerda, Sebastião Francisco dos Santos, Liciane Faria Traverso Gonçalves, Clivia Santana da Silva, Eder Ricardo Fiorivan C. Marx, Marcio Alexandre Diniz Cabral, Rodrigo Diniz Cabral, Têndeles Antônio Alves de Barros, Francisco Vieira Chagas, Francisco de Assis Camelo Junior, Fabio Dantas de Oliveira, Thyago Avelino S. dos Santos, Alberto Jorge Souto Ferreira, Ednilda Lessa Praxedes de Melo, Vanderlei Kloos, Giane Ellen Borgio Barbosa, Marley Mendonça Alves, Paulo Sergio Coutinho de Almada, Renata Oliveira de Almeida, Salomão Lopes Teixeira, Valtenio Paes de Oliveira, Bernardo Augusto de F. Dornelas, Caroline Lameirinhas Carvalhar, Ronaldo Neves de Alvarenga, Sebastiao Everton Vieira Colen, Alessandro H. Machado De Assis, Hermann José Junqueira, Alexandre Wesley C. Barbosa, Gilmar Pereira Silva, José Cerqueira Barros Junior, José Ronaldo Veronesi Júnior, Rodrigo Marçal Pereira, Marcos José Pinto, Tiago Silva Brito, João Tavares da Costa Neto, Carolina Angelo Montolli, Denia Rodrigues Chagas Martinelli, Francely de Castro e Souza, Ricelli Endrigo Ruppel da Rocha, Danielle Santos Silva, Celso Ferreira da Cruz Victoriano, Manoel Felizardo dos Santos, Lucio Ney de Sousa, Wilson Santos, Alexandre Borges Baccarini, Luciano Machado Ferreira, Kaminsky Mello Cholodovskis, Soraya Aparecida Dias Cholodovskis.

Projeto Gráfico
Morhamed Carolino Dias

SU959 Revista Superior de Justiça

Revista Superior de Justiça / Escola Superior de Justiça. v.6.
Belo Horizonte: Edições Superiores. Novembro de 2016.

325p. 16x23cm.

1. Direito Interdisciplinar. I. Revista Acadêmica. II. Instituto de Educação Superior Latino-Americano

CDU: 34

Catálogo na Fonte: Morhamed Carolino Dias. | CRB: 3141P.



Edições Superiores

Av. Presidente Tancredo Neves, 5145 – Segundo Andar
Bairro Castelo - CEP: 31.330-430
Belo Horizonte – MG

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra, em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições se aplicam também às características gráficas da obra e a sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (Artigo 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 10.695, de 1º.07.2003), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Impresso no Brasil



Avenida Tancredo Neves, 5145 | Segundo Andar
Bairro Castelo | 31.330-430 | Belo Horizonte | MG

www.edicoessuperiores.com.br
contato@edicoessuperiores.com.br

DIRETORIA EDITORIAL

Sara M.A.G. Bernardes

Cilas Bernardes Rosa

Joaquim José Miranda Júnior

AUTORES

Ana Luiza Coutinho Da Silva Leal
Arthur Cunha da Costa Lima
Wagner de Assunção Silva Filho
Elder José Lapa Moreira
Everson Alexandre de Assumpção
Fátima Gonçalves Messias Takahashi
José de Arimatéia Barbosa
Júlio Wagner do Couto e Silva
Luiz Vitor Pereira Filho
Marcos da Silva Carrilho Rosa
Melillo Dinis do Nascimento
Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Mirza Maria Pedrosa Porto de Mendonça
Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira
Zilmar Clézio Hotti

EDITORIAL

A Escola Superior de Justiça, juntamente com seus melhores alunos, apresenta a sexta edição da Revista Superior de Justiça. Traz neste momento, diversos temas de relevante importância para os estudantes, acadêmicos e operadores do Direito. Sempre em busca das melhores pesquisas dentro deste eixo temático científico. O novo volume realiza uma busca profunda pelos mais variados temas que vêm sendo de interesse dos estudantes e pesquisadores da área. Sempre buscando conferir às pesquisas no domínio do Direito, relevância e atualidade.

Segundo João Maurício Adeodato, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, “o ensino jurídico vem atravessando mais uma grande modificação estrutural, talvez a maior na história do ensino superior no Brasil, o que vem provocando debates mais que salutares. [...] A pesquisa jurídica é das mais atrasadas do país e os investimentos governamentais na área são irrisórios, nada obstante ser o Direito, um dos cursos superiores mais importantes e procurados pelos egressos do segundo grau no país”.

De modo a resolver este problema, a Escola Superior de Justiça como instituto de pesquisa e com a devida responsabilidade pela comunicação científica jurídica, traz, nesta edição, artigos de forte importância social, como pode se verificar no artigo da autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi. A autora analisa a aldeia Quilombola Kalunga, em Goiás. Realiza, portanto, uma importante análise a respeito dos Direitos Humanos concernentes aos negros e Quilombolas. Estes que são uma das bases étnicas que construíram a cultura nacional brasileira.

Além deste importante artigo, outro que ganha destaque por conta de seu forte aporte sociológico e é tema de importantíssimo debate, é o trabalho de Mirza Maria Pedrosa Porto de Mendonça. A autora discute a respeito do abuso sexual intrafamiliar e suas relações com o Direito e a Justiça.

Outro assunto que aparece como destaque é a questão da reforma da previdência, destaque atual nos debates e que perpassa por importantes alterações no campo das reformas legislativas perpetradas pelo Poder Legislativo e Executivo Federal. Este artigo é de autoria do Doutor Everson Alexandre Assumpção e merece boa observação, uma vez que o tema vem a impactar a vida de milhões de trabalhadores no Brasil.

Na conceituação principiológica do Direito, o trabalho de Zilmar Clésio Hotti se destaca por abordar três grandes autores da Seara do Direito: John Rawls e Robert Nozick. A principal abordagem que o autor realiza,

intercalando as ideias de Rawls e Nozick, diz respeito à fundamentação conceitual da questão da Natureza Humana. Este que é conceito complexo e de relevante instrumento para o entendimento das relações entre diversos estudos do direito. Oferece, portanto, imensas possibilidades para o entendimento ou mesmo para a problematização a respeito deste assunto.

Em termos mais técnicos, o artigo de Ana Luiza Coutinho da Silva Leal, vem a público tratar da questão da Flexibilização da Prisão Preventiva à Luz da Lei 12403 de 2011. A prisão preventiva é tema que se vincula à discussão sobre a reforma do código de processo penal.

Os temas do Direito do Trabalho e do Direito Civil são discutidos respectivamente pelos autores Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira e Júlio Wagner do Couto e Silva. Não faltam também outras análises que se vertem aos mais variados campos do Direito. Tais como a análise feita por Arthur Cunha da Costa Lima e Wagner de Assunção Silva Filho a respeito da Responsabilidade Civil do Estabelecimento Hoteleiro.

Ainda a respeito de questões do Direito, não pode-se deixar de observar o estudo relativo ao processo administrativo tratadas pelo autor Michel André Bezerra Lima Gradwohl, em face de sua crítica à Jurisprudência do STJ sobre o início do prazo decadencial para constituição de crédito de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Também foi alvo de análise, as questões relativas à presença da tecnologia como auxílio na prática jurídica A abordagem de Elder José Lapa Moreira versou sobre o processo eletrônico no judiciário em face da informação e do uso dos sistemas computadorizados nos tribunais brasileiros. Já o trabalho de Marcos da Silva Carrilho rosa sobre as inconstitucionalidades das normas de implantação do sistema público de escrituração digital – SPED.

Há por fim, as observações feitas pelo autor José de Arimateia Barbosa sobre as questões que dizem respeito à constituição originária do direito real de propriedade imóvel, através da posse. São trabalhos que vêm a colaborar com a pesquisa científica brasileira e aprimorar o conhecimento técnico e jurídicos dos operadores, cientistas e estudantes da área. A Escola Superior de Justiça realiza esta publicação anualmente e quer continuar publicando mais trabalhos sobre o tema da Justiça e na América Latina. A intenção é trazer, com qualidade, mais estudos sobre a Ciência Jurídica.

Morhamed Carolino Dias

Belo Horizonte, 18 de Outubro de 2016.

SUMÁRIO

SEÇÃO INTERNACIONAL

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ
DE LA LEY 12.403 DE 2011

Ana Luiza Coutinho Da Silva Leal 11

CORRUPCIÓN, PODER Y CRIMEN

Melillo Dinis do Nascimento 27

ARTIGOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTABELECIMENTO
HOTELEIRO PERANTE SITUAÇÕES DE FURTO E ROUBO
SOFRIDOS PELOS SEUS HÓSPEDES

Arthur Cunha da Costa Lima / Wagner de Assunção Silva Filho 75

O PROCESSO ELETRÔNICO NO JUDICIÁRIO EM FACE DA
INFORMAÇÃO E O USO DOS SISTEMAS COMPUTADORIZADOS
NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Elder José Lapa Moreira 113

REFORMA DA PREVIDÊNCIA: AVANÇO OU RETROCESSO?

Everson Alexandre de Assumpção 129

OS DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE QUILOMBOLA
KALUNGA EM GOIÁS

Fátima Gonçalves Messias Takahashi 157

CONSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO REAL
DE PROPRIEDADE IMÓVEL, ATRAVÉS DA POSSE

José de Arimatéia Barbosa 179

PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: MECANISMOS DISSUASÓRIOS À UTILIZAÇÃO DA VIA RECURSAL COM CUNHO MERAMENTE PROCRASTINATÓRIOS PELAS PARTES E SEUS PROCURADORES E O EXPEDIENTE DA LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ COMO DESVIRTUAMENTO DA AMPLA DEFESA <i>Júlio Wagner do Couto e Silva</i>	209
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL: NORMAS JURÍDICAS <i>Luiz Vitor Pereira Filho</i>	241
INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS DE IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED <i>Marcos da Silva Carrilho Rosa</i>	253
ANÁLISE E CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO DE TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO <i>Michel André Bezerra Lima Gradvohl</i>	277
A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO <i>Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira</i>	305
PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA: RAWLS, NOZICK E A NATUREZA HUMANA <i>Zilmar Clézio Hotti</i>	315

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA LEY 12.403 DE 2011

Ana Luiza Coutinho Da Silva Leal¹

RESUMEN

Esta investigación trata de la reforma del Código de Proceso Penal con el apareamiento de la Ley 12.403/2011 y tiene como objetivo general analizar los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre el derecho procesal penal brasileño y como algunos de los objetivos específicos, analizar la evolución histórica del derecho penal; estudiar e identificar la crisis del sistema carcelario brasileño y investigar las repercusiones de esa ley en la sociedad brasileña. La cuestión a la que pretendemos responder es: ¿cuáles son los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre la óptica del derecho procesal penal brasileño a través de la reforma del Código de Proceso Penal? La metodología utilizada consiste en la revisión bibliográfica y se constató que la ley en cuestión trajo beneficios al respetar preceptos de la Constitución Federal e instaurar un sistema punitivo que privilegia la dignidad de la persona humana.

Palabras-claves: Garantismo Penal; Código de Proceso Penal; Ley 12.403/2011.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la humanidad se hace la valoración, positiva o negativa, de las conductas sociales puesto que, para que se pueda convivir armónicamente en sociedad, es necesario crear reglas básicas de comportamiento.

Actualmente el acusado debería contar con amplias garantías reconocidas constitucionalmente que limitasen el poder punitivo del Estado para hacer que los derechos fundamentales de los individuos no sean transgredidos, puesto el Estado debería siempre preservar los derechos inherentes a la persona humana, principalmente el de la dignidad de la persona humana.

En ese contexto y con la intención de adecuar la legislación penal brasileña a los tiempos actuales, hubo recientemente una reforma del Código de Proceso Penal con la aprobación de la Ley nº 12.403, de 4 de mayo de 2011 que, entre otros cambios, coloca las medidas cautelares como alternativas a la

¹Abogada, Maestría en Educación por la Universidade da Amazônia (Belém-PA, Brasil) y Doctorado en Educación por la Universidad Autónoma de Asunción, en Paraguay. E-mail: analuiza@ufpa.br.

prisión preventiva y a la prisión provisional y como mecanismos de flexibilización de la aplicación de la ley, con vistas a garantizar la efectividad del proceso penal.

Los objetivos específicos son: analizar la evolución histórica del derecho penal, la sanción penal y las teorías de la pena; estudiar los sistemas penitenciarios e identificar la crisis del sistema penitenciario brasileño; presentar los movimientos ideológicos, que son el abolicionismo, el Derecho Penal Máximo y el Derecho Penal Mínimo o Garantismo Penal y su importancia para el Derecho Penal; analizar las reformas legislativas con el advenimiento de la Ley 12.403/2011 e investigar las repercusiones de esa ley en el Poder Judicial y en la sociedad brasileña.

Siguiendo en esa perspectiva, nuestro problema de pesquisa es investigar algunas cuestiones como ¿Cuáles son los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre la óptica del derecho procesal penal brasileño a través de la reforma del Código de Proceso Penal hecha por la Ley 12.403/2011? ¿Cómo se dio la evolución histórica del Derecho Penal, de la sanción y de las teorías de la pena? ¿Cómo la evolución fue recibida y cómo se dio la crisis del sistema carcelario? ¿Qué son los movimientos ideológicos y cuál su importancia para el Derecho Penal? ¿Cuáles son las reformas y las repercusiones de la Ley 12.403/2011 en el Poder Legislativo, en el Poder Judicial y en la sociedad brasileña?

La metodología de la investigación consiste en la revisión bibliográfica sobre el tema, así como en el análisis de los datos sobre el resultado de la ley en cuestión en el sistema carcelario brasileño actual y está fundamentada sobre la base de las teorías y concepciones de algunos autores que nos sirvieron de referenciales teóricos como Cesare Beccaria, Norberto Bobbio, César Roberto Bitencourt, Guilherme Nucci, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni y Rogério Greco, además de las contribuciones de otros autores brasileños y extranjeros.

1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL

La historia de la pena y del Derecho Penal se confunden con la historia de la propia humanidad y, de acuerdo con Bitencourt (2012, p. 70), “la historia del Derecho Penal consiste en el análisis del derecho represivo de otros periodos de la civilización, comparándolo con el Derecho Penal vigente”. De ese modo, en este apartado presentaremos la evolución histórica del Derecho Penal, la historia del Derecho Penal en Brasil y las Escuelas y tendencias penales.

1.1. El Derecho penal en el mundo

Empezaremos con el Derecho Penal de los pueblos primitivos, donde empezó el periodo de venganza y perduró hasta el siglo XVIII. En la fase de la venganza privada, cuando sucedía un crimen ocurría la reacción de la víctima, de los familiares de la víctima e, incluso, del grupo social (tribu) al que pertenecía.

Bitencourt (2012, p. 71) afirma que, en esa fase, “el principio que domina la represión es la satisfacción de la divinidad, ofendida por el crimen”. Con el inicio de los poblamientos y el surgimiento de ciudades-estado, se establece, en medio de las comunidades, la figura del monarca o jefe de la Asamblea, iniciando, de esa forma, el período de la venganza pública. En esa fase, los crímenes pasan a ser considerados contra el Estado y la sociedad y la pena gana el *status* de sanción impuesta en nombre de una autoridad pública, representativa de los intereses de la comunidad.

De acuerdo con Nucci (2009, p. 69), en la Grecia antigua “la punición mantenía su carácter sacro y seguía con la tendencia expiatoria y de intimidación. En una primera fase, prevalecía la venganza de sangre, que terminó por ceder espacio al talión y a la composición”.

Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 168) afirman que “el derecho penal canónico se formó a partir de varias fuentes, tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privado de los germanos”.

1.2. El Derecho Penal en Brasil

Haremos ahora una síntesis de la evolución del Derecho Penal brasileño, que se rigió por la legislación portuguesa, en un primer momento, y que solo posteriormente se rige por una legislación genuinamente brasileña.

A partir de 1500 pasó a vigorar, en el Brasil colonial, el derecho lusitano. En Portugal estaba en vigencia las Ordenanzas Afonsinas, publicadas en 1446, bajo el reinado de D. Afonso V y que en 1521 fueron sustituidas por las Ordenanzas Manuelinas, por determinación de D. Manuel I y después pasó a vigorar las Ordenanzas Filipinas, promulgadas por Felipe II, en 1603, las cuales “orientaban en el sentido de la aplicación de severas sanciones” (BITENCOURT, 2012, p. 88).

Cuando se proclamó la independencia, la Constitución de 1824 determinó que se elaborase una nueva legislación penal y en 16 de diciembre de 1830, D. Pedro I sanciona el Código Criminal del Imperio² que a pesar de sus

² Único diploma penal básico que entró en vigencia en Brasil por iniciativa del Poder Legislativo y elaborado por el Parlamento.

innegables avances, presentaba algunos defectos como la clara desigualdad en el trato de las personas, especialmente en relación a los esclavos, que eran considerados bienes semovientes y comparados a los animales.

De acuerdo con Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 194), “es un código riguroso, rígido, autoritario en su cuño ideológico, impregnado de medidas de seguridad *postdelictivas*, que operaban a través del sistema del doble binario o de la doble vía”. Después de eso, se hicieron varios intentos de cambio en nuestra legislación penal y en 1963, el Ministro de la Corte Suprema Federal, Nelson Hungria, presentó un anteproyecto de su autoría que fue finalmente convertido en ley por el Decreto-Ley nº 1.004, de 21 de octubre de 1969, concluimos este tópico afirmando que los diversos intentos de reforma de la legislación brasileña buscan insertar en nuestro ordenamiento jurídico la idea de un Derecho Penal Constitucional, pues el Derecho Penal debe estar en perfecta armonía con la norma constitucional, principalmente en relación con el principio de dignidad de la persona humana plasmado en las constituciones democráticas.

1.3. Escuelas y tendencias penales

Los siglos XIX y XX fueron marcados por el surgimiento de diversas escuelas penales, y entre las escuelas, destacamos la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, la Escuela Técnico-Jurídica, la Escuela Correccional y el Movimiento de Defensa Social.

La Escuela Clásica nació entre finales del siglo XVIII y la mitad del siglo XIX como oposición y contestación al absolutismo, y tuvo como su principal exponente a Cesare Bonecasa, el Marqués de Beccaria, con su manifiesto *De los delitos y de las penas*. Ya la Escuela Positiva se destacan los estudios de tres personajes exponentes, que son: Cesare Lombroso, con la “antropología criminal”, Enrico Ferri, con la *Sociología criminal* (1884), y Rafael Garofalo, en el campo jurídico, con la obra *Criminología* (1885).

Como una reacción a la confusión metodológica criada por la Escuela Positiva, surge la Escuela Técnico-Jurídica³, que tuvo sus postulados presentados por Arturo Rocco y, según esta escuela, el objeto del estudio del derecho penal debe ser solamente el derecho criminal vigente, excluyéndose, por tanto, toda carga de investigación filosófica y el objetivo más relevante es desarrollar la idea

³Algunos autores como Barros (2004) afirman que el tecnicismo jurídico no es propiamente una escuela penal, porque no se preocupa con las cuestiones referentes a la etnología del delito, a la naturaleza de la criminalidad y al funcionamiento de la responsabilidad penal, ni con el concepto de persona del delincuente.

de que la ciencia penal es autónoma, con métodos y objetos propios, es decir, que ella no se mezcla con las demás ciencias.

Después surge la Escuela Correccionalista en Alemania, en 1839, durante la primera mitad del siglo XIX. En este contexto surgió el Movimiento de Defensa Social a finales del siglo XIX, inicio del siglo XX, con la revolución positivista, aunque sea posible encontrar antecedentes del movimiento defensorista en la filosofía griega y en los canonistas medievales.

Nucci (2009, p. 75) afirma que “la nueva defensa social reconoce que la prisión es un mal necesario, aunque posea innumerables consecuencias negativas, debiéndose, no obstante, abolir la pena de muerte”.

1.4. Sanción penal

Sanción penal es la medida con que el Estado reacciona contra la violación de la norma punitiva y para conceptuar la finalidad de la pena, estudiaremos las teorías de la pena.

1.4.1. Teorías de la pena

Las teorías absolutas de la pena son, de acuerdo con Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 108), aquellas que “sostienen que la pena encuentra en sí misma su justificación, sin que pueda ser considerada un medio para fines ulteriores”.

La teoría de la prevención general tiene la finalidad de prevenir delitos incidiendo sobre los miembros de la colectividad; está direccionada a la generalidad de los ciudadanos y pretende controlar la violencia, en la medida en que busca disminuirla y evitarla y puede ser positiva o negativa.

La teoría preventiva especial está direccionada claramente a la persona del condenado, y se subdivide también en positiva y negativa. Según Masson (2012, p. 545), “para la prevención especial negativa lo importante es intimidar el condenado para que este no vuelva a violar la ley penal. Busca, por tanto, evitar la reincidencia”.

Las teorías mixtas o unificadoras buscan agrupar en un concepto único los fines de la pena en un intento de recoger los aspectos más destacados de las teorías absolutas y relativas. De ese modo, la pena asume un triple aspecto: retribución, prevención general y prevención especial. Esa fue la teoría adoptada por el derecho penal brasileño, tanto en el Código Penal como en otros muchos dispositivos, como en la Ley de Ejecución Penal.

2. MOVIMIENTOS IDEOLÓGICOS: ABOLICIONISMO, DERECHO PENAL MÁXIMO Y DERECHO PENAL MÍNIMO O GARANTISMO PENAL

En este apartado recogeremos los principales discursos penales, que son el Abolicionismo, el Derecho Penal Máximo, también llamado Ley y Orden, y abordaremos el Derecho Penal Mínimo, también conocido como Derecho Penal del Equilibrio o Garantismo Penal.

El movimiento abolicionista postula el desaparecimiento del sistema penal y su sustitución por modelos alternativos de solución de conflictos, posición defendida por autores comprometidos con el principio de la dignidad de la persona humana y que consideran el sistema penal irracional.

Greco (2010) afirma que los adeptos del movimiento abolicionista defienden la sustitución del sistema penal por modelo de solución de conflictos alternativos, preferentemente informales. El Derecho Penal Máximo es llamado también de movimiento de Ley y Orden y sus partidarios defienden la aplicación del derecho penal en su máxima expresión.

Según Greco (2010, p. 16), para los adeptos de ese movimiento, “las penas consideradas alternativas, que evitan el innecesario encarcelamiento del agente que practicó una infracción penal de poca o ninguna importancia, estimula el cometimiento de otros delitos”. Aún en el ámbito del Derecho Penal Máximo, podemos destacar el Derecho Penal del Enemigo como uno de sus variantes más agresivas.

La terminología “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) fue introducida por Jakobs (2012) a mediados de los años ochenta. Siguiendo el planteamiento de la teoría defendida por Jakobs:

El enemigo es considerado una fuente de peligro y como tal ha de ser tratado. Esta es la única manera de solucionar, a su juicio, el problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana (CUSSAC, 2007, p. 55).

El jurista italiano Luigi Ferrajoli fue responsable por el desarrollo de una teoría general del garantismo, con su obra *Derecho y razón* (1995) y él asegura que la Constitución es la ley suprema que no puede ser mitigada por la legislación inferior, porque ella nos garantiza una serie de derechos fundamentales que no pueden ser maculados. La teoría del garantismo penal tiene el objetivo de asegurar que los

bienes individuales, los derechos fundamentales de los individuos, sean protegidos frente al poder de las instituciones estatales e, incluso, frente a la acción de otros individuos.

En Brasil ese movimiento es defendido por Rogério Greco, quien lo denomina Derecho Penal del Equilibrio. En la concepción garantista, la prisión no es un camino adecuado para la resocialización. La resocialización y la reinserción del individuo en la sociedad dependen de políticas públicas y programas educativos serios. Depende de la implementación y puesta en práctica de medidas educativas que sean capaces de dar a la deficiencia carcelaria una respuesta con eficiencia educativa. Analizaremos en seguida, la receptividad de la Ley 12.403/2011 en Brasil.

3. LA LEY 12.403/2011 Y LAS REPERCUSIONES EN BRASIL - LA RECEPTIVIDAD EN EL PODER JUDICIAL Y EN LA SOCIEDAD

En este apartado abordaremos el tema de la receptividad de la Ley 12.403/2011, averiguando si el poder judicial y la sociedad están preparados para aplicar la nueva legislación como deberían; si hay herramientas y personal suficientes para hacer la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares impuestas por el Estado.

3.1. El Poder judicial y la aplicación de la Ley 12.403/2011

La Ley 12.403/2011 aparece como un intento de solucionar el problema de superpoblación carcelaria, estableciendo que solo se recurra a la privación de la libertad del individuo en caso de real necesidad.

No obstante, la aplicación de la Ley 12.403/2011 por los jueces criminales se enfrenta a dificultades, especialmente en lo que toca al uso del principio de necesidad, del principio de proporcionalidad y de la adecuación, que sirven como elementos orientadores para la aplicación de las medidas cautelares, además de la supervisión del cumplimiento de esas medidas y la conversión fundamentada de la prisión en flagrante en prisión preventiva. Es posible observar la dificultad de los magistrados para aplicar los principios de necesidad y de adecuación al aplicar las medidas cautelares. De acuerdo con W. I. C. Cruz (2012, p. 38), otro punto relevante que debe ser destacado es el hecho de que:

La ley no es tajante en categorizar los crímenes y decir cuál medida cautelar es más adecuada a determinado crimen, sino que es el juez, en el caso específico, quien

evaluará y optará por la sanción que le parezca adecuada al crimen.

De esa forma, al magistrado se le exige una mayor responsabilidad, puesto que, en esas situaciones, son colocados a prueba su imparcialidad y su conocimiento profundo a la hora de fundamentar sus decisiones.

3.2. Algunos resultados sobre la aplicación de la Ley 12.403/2011 en Brasil y en Pará

El Estado brasileño reconoce que es necesario reformar el sistema carcelario en el intento de minimizar el problema de las prisiones provisionales y con eso disminuir la superpoblación carcelaria. Con cerca de 500 mil presos, Brasil tiene la cuarta población carcelaria del mundo⁴, un sistema carcelario abarrotado y un déficit de cerca de 200 mil puestos en las prisiones.

Tabla: El sistema carcelario en números

EL SISTEMA EN NÚMEROS	1990	Datos de jun/2012
Población carcelaria en Brasil (en número de presos)	90.000	549.577
Número de presos por 100 mil habitantes	74	288
Órdenes de prisión a ser efectuadas		233.000
Déficit en el sistema penitenciario		204.503 puestos
En prisión temporal, esperando el juicio**		217.000 (40% del total)
Defensores públicos estatales en el país		5.054
** Por ley, el acusado puede quedarse hasta 120 días preso. En la práctica, queda en media 6 meses hasta la primera audiencia.		

Fuente: Ministerio de Justicia. Obtenido desde: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>>.

Al analizar la tabla concluimos que, en Brasil, 40% de la población carcelaria es formada por presos provisionales que todavía no han recibido una

⁴Según la Organización no gubernamental Centro Internacional de Estudios Carcelarios (ICPS, sigla en inglés), Brasil solo pierde, en número de presos, para Estados Unidos (2,2 millones), China (1,6 millones) y Rusia (740 mil). Obtenido desde: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml>.

sentencia, y muchos de esos presos, que son, en realidad, inocentes, quedan con secuelas irreversibles, puesto que fueron víctimas al ser detenidos arbitrariamente. Es posible notar en Brasil el uso excesivo de privación de la libertad y la falta de asistencia jurídica gratuita, diferentemente de lo que se practica en otras partes del mundo.

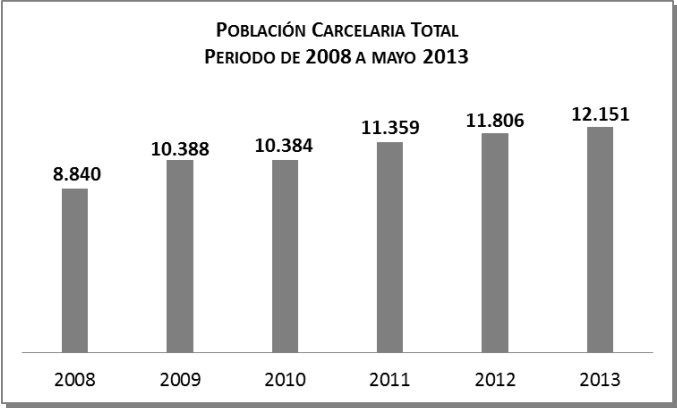
En relación a la aplicación de la Ley 12.403/2011 en Pará, estudiamos la situación de la población carcelaria del estado de Pará no periodo de 2008 a 2013, de acuerdo con datos del Consejo Nacional de Justicia – CNJ y de la Superintendencia del Sistema Penitenciario de Pará - SUSIPE.

El estado de Pará ocupa las siguientes posiciones en relación a las demás UF's

Es el 13º en población;
El 12º en población carcelaria absoluta;
El 21º en población carcelaria relativa (nº de presos / 100 mil habitantes)
El crecimiento de la población carcelaria acumulativa en el quinto mes de 2013 es de 2,92%;
El crecimiento de la población carcelaria nacional está oscilando entre el 6 y el 7% al año;
10 nuevas unidades ya están en construcción. Ellas generarán 2.638 vacantes. Se estima que hasta el 2014 otros 3.000 puestos sean creados
Tasa media de crecimiento anual en Pará es de 6,74%

Fuente: SUSIPE, Relatório/Mayo 2013. Obtenido desde: <http://issuu.com/acssusipe/docs/relatorio_maio_2013>.

Gráfico 1: Crecimiento de la población carcelaria de 2008 a 2013

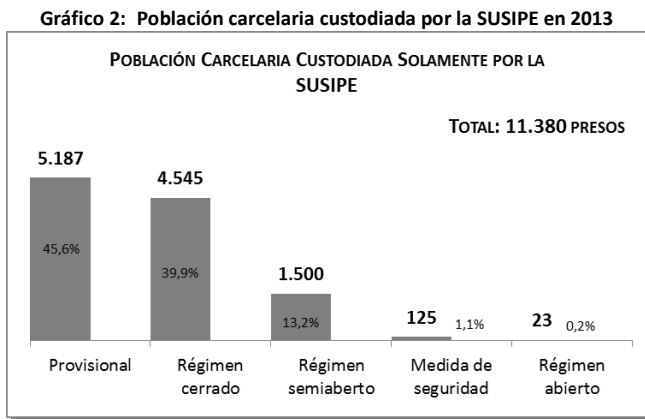


Fuente: SUSIPE, Relatório/Mayo 2013. Obtenido desde <http://issuu.com/acssusipe/docs/relatorio_maio_2013>.

El Coronel André Luiz de Almeida e Cunha, Superintendente del Sistema Penal del Estado de Pará, considera preocupante la situación del sistema carcelario de Pará, y afirma que Pará es un reflejo de la realidad del país.

No hay, en Brasil, interés en mejorar el sistema penal. Ya en el país más de 549 mil presos en 1420 cárceles, es decir, 288,14 presos por 100 mil habitantes. Eso es un problema grave que el país no ha podido solucionar.⁵

Aún de acuerdo con el superintendente, la población carcelaria creció inversamente proporcional al aumento de la población del estado. No obstante, el estado de Pará terminó el año de 2012 con menos de 12 mil presos, y eso, según él, evitó el colapso del sistema.



Fuente: SUSIPE, Relatório/Mayo 2013. Obtenido desde <http://issuu.com/acssusipe/docs/relatorio_maio_2013>.

Según datos del CNJ, casi la mitad de los presos del Estado de Pará están en situación provisional, es decir, es mantenida encarcelada sin el juicio definitivo

⁵Obtenido desde:

http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3090:susipe&catid=30:noticias&Itemid=110.

3.3. Análisis de los Resultados

En este apartado veremos que algunos puntos de la reforma del Código de Proceso Penal, que fueron puestos en evidencia tras la publicación de la Ley 12.403/2011. La Ley creó medidas cautelares con el objetivo de combatir la banalización de la prisión provisional en el país, no obstante, tras dos años de vigencia todavía no ha cumplido su principal misión, puesto que el número de presos a espera de juicio sigue aumentando y la población carcelaria está siendo compuesta cada día más por personas más pobres. Eso es una contradicción con la Ley 12.403/2011 y su carácter garantista que asegura que:

La libertad provisional es la materialización de los postulados de dos principios constitucionales garantistas de gran importancia: la preferencia por el derecho a la libertad (art. 5º, LXVI, CF) y presunción de la no culpabilidad (art. 5º, LVII, CF). Funciona como una paradoja a la prisión cautelar, permitiendo que el acusado o reo permanezca en libertad mientras se resuelve el trámite de la investigación y acción penal o, incluso, transforma la propia prisión provisional en libertad (SILVA, 2011).

Datos del Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN del Ministerio de Justicia muestran que la ley todavía no ha resultado en una disminución de la población carcelaria brasileña, pues aunque el número de prisiones provisionales haya crecido menos (el aumento en 2011 fue de 1%, frente a 2,9% en 2010), el total de presos provisionales llegó a 217 mil en diciembre de 2011, último número disponible, con lo cual es posible constatar que el problema de la superpoblación carcelaria sigue debido al déficit de puestos en las cárceles, y eso causa graves problemas ya que muchas veces no hay espacio en las cárceles ni para que los presos duerman; además de eso, aumenta el riesgo de proliferación de enfermedades contagiosas entre ellos.

Un aspecto que dificulta la aplicación de la ley tiene relación con el hecho de que ha sido difícil aplicar las medidas cautelares satisfactoriamente, dada la dificultad en supervisar dicha aplicación, es decir, es inviable la fiscalización de si el reo se mantuvo realmente alejado de determinada persona, si frecuentó o no ciertos lugares o si se recogió por la noche en el horario determinado, por ejemplo.

Algunos fiscales fiscalizan también la falta de estructura y de instrumentos para la efectiva aplicación de la ley, como el monitoreo electrónico, que posibilita a las autoridades el control de los movimientos de los detenidos, asegurando la supervisión del cumplimiento de las medidas impuestas por el juez.

Concluimos este apartado infiriendo que la referida ley afectó a la sociedad, inspirando inúmeras críticas, principalmente en lo que se refiere a la prisión preventiva, que pasa a ser medida subsidiaria. En contrapartida, la ley en cuestión pasó a enfatizar importantes principios constitucionales, como la presunción de la inocencia, la dignidad de la persona humana y el debido proceso legal, entre otros.

CONCLUSIÓN

La presente investigación pretendió analizar los efectos de la teoría garantista sobre el ordenamiento jurídico penal brasileño tras el advenimiento de la Ley 12.403/2011, y permitió comprender que la historia del crimen y de la forma de punir a los criminales ha sufrido cambios, pasando de la barbarie a la búsqueda de la justicia.

El modelo garantista defiende garantías que componen su sistema y en ese aspecto, se concluye que el garantismo penal es un modelo de sistema penal fundado en el Estado Democrático de Derecho y que busca el respeto a los derechos y a las garantías fundamentales del ciudadano en la aplicación de las leyes penales y procesales penales, frente al autoritarismo del Estado.

Es en ese contexto nacional que fue promulgada la Ley 12.403/2011, que tiene nítidos aspectos garantistas y que modernizó el escenario jurídico penal brasileño reformando el Código de Proceso Penal y que, acertadamente, especificó presupuestos a ser adoptados en la determinación de las medidas cautelares, aplicables solo cuando sean necesarias y adecuadas al caso específico y, ante la nueva ley, ahora durante el proceso penal, la única especie de prisión cautelar posible es la prisión preventiva.

En ese sentido, cabe destacar que la referida ley establece criterios más rígidos para la determinación de la prisión preventiva, con vistas a evitar el encarcelamiento, salvo en los casos en que se muestre extremadamente necesaria para el orden público y privilegiando el principio de la no culpabilidad, con el objetivo de disminuir la superpoblación en las cárceles.

Sin embargo, se observa que, a pesar de la ley estar en vigencia hace ya dos años, todavía existen algunos obstáculos que impiden su correcta aplicación.

Uno de ellos se refiere al hecho de que algunos magistrados insisten en irrespetarla, aplicando la prisión como primera alternativa, en absoluta discordancia con lo que determina la ley y la Constitución Federal que resguarda la libertad y la dignidad humanas como derechos humanos fundamentales e indisponibles.

Las reformas introducidas en el Código de Proceso Penal por la ley en cuestión son importantes para que sea instaurado un sistema punitivo cada vez más garantizador de los derechos humanos fundamentales teniendo en vista la teoría del garantismo penal que defiende la ampliación de la libertad del ciudadano y la restricción al mínimo del poder punitivo del Estado, es decir, la doctrina garantista rechaza el abuso de la intervención punitiva del Estado en defensa de la garantía de la observancia de los derechos y garantías individuales y colectivas.

Por fin, ante todo lo expuesto, creemos que en general la Ley 12.403/2011 constituye un buen instrumento del movimiento de reforma del Código de Proceso Penal en el intento de actualizar todo el Código y adecuarlo a las nuevas disposiciones constitucionales. Sabemos que los efectos del garantismo penal contenidos en la ley en análisis fueron varios, importantes y positivos en la reforma de nuestra legislación penal procesal.

Por tanto, concluimos por una posición favorable al garantismo penal, aunque entendemos que el sistema propuesto por Ferrajoli debería ser adecuado a la legislación nacional.

Así siendo, cabe a los operadores del derecho y a la sociedad en general analizar mejor el tema para que se pueda exigir el cumplimiento de la referida ley, pues se constata que ella trajo beneficios al respetar preceptos de la Constitución Federal e instaurar un sistema punitivo que privilegia la dignidad de la persona humana, punto central del Estado Democrático de Derecho.

REFERÊNCIAS

BARROS, F. A. M. de. *Direito penal: parte geral*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2003.

BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- _____. *Teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- _____. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção I, p. 23.911. Disponible en:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção I, p. 19.699. Disponible en:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.
- BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal... DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Brasília, DF. 5 maio 2011. Seção 1, p.1. Disponible en:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatórios estatísticos - analíticos do Sistema Prisional Brasileiro* [2013]. Disponible en: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>>.
- BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2009.
- CRUZ, W. I. C. *Lei 12.403/2011 e seus reflexos nos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal*. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, Barbacena, MG, 2012.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta, 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, n.19, p. 52-69, 2007. Disponible en:

<<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/index>>.

Obtenido el: ago. 2012.

GRECO, R. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

_____. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito penal*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1.

JAKOBS, G. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MASSON, C. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Método, 2012. v. 1.

NUCCI, G. de S. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, D. M. *Prisão e liberdade na Lei nº 12.403/2011*. 2011. Disponible en: <http://portalantigo.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/PRISAO_E_LIBERDADE_NA_LEI_N_12_403_2011_David_Medina_da_Silva_.pdf>. Obtenido en 14 oct. 2013.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

CORRUPCIÓN, PODER Y CRIMEN

*Melillo Dinis do Nascimento*⁶

RESUMEN

El artículo compara, la corrupción, el poder y el crimen, de forma estructural, fundamentada en una amplia base de estudios, a partir del Derecho en diálogo con la antropología, la teoría política, el psicoanálisis, la filosofía, la sociología, la economía y la teoría de gestión pública. La explicación jurídica de la corrupción parte de un sistema punitivo (Derecho penal), pero necesita otras áreas del Derecho. Los riesgos de no controlar la corrupción, es transformarla en mito político. Una teoría de la corrupción, por lo tanto, es necesaria, especialmente de la corrupción pública.

Palabras-claves: Sistema Institucional; Control; Corrupción Pública; Integridad del Poder; Argentina; Brasil.

ABSTRACT

This article compares corruption, power and crime, in a structured format based on a broad groundwork of studies, the relationship of Law and anthropology, political theory, psychoanalysis, philosophy, sociology, economics, public administration theory. The juridical explanation of corruption originates in a punitive system (i.e. criminal law), but requires the integration of other complementary fields of Law. The peril of not tackling corruption is transforming into a political myth. Thus, a theory of corruption is necessary, especially when regarding its public facet.

Keywords: *Institutional System; Control; Public Corruption; Integrity of Power; Argentina; Brazil.*

INTRODUCCIÓN

⁶Abogado en Brasília-DF, profesor y investigador, especialista en Derecho Público, é Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la *Universidad del Museo Social Argentino* (2016). Tiene formación en otras áreas de las ciencias sociales (Relaciones Internacionales y Ciencia Política). Director del *Instituto Brasileiro de Direito e Controle da Administração Pública – IBDCAP* (2012), en Brasília-DF, participa de los movimientos sociales en Brasil y en la *Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Brasília-DF*. Libros publicados: *Sociedade, Igreja e Democracia* (São Paulo: Ed. Loyola, 1989), *Direito, Ética e Justiça: reflexões sobre a reforma do Judiciário* (Petrópolis: Ed. Vozes, 1996) e *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013* (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014). Del *Instituto Lampião – Reflexão e Debates sobre a Conjuntura* (2016), en Brasília-DF.

Argentina y Brasil tienen casos graves de corrupción pública. Los principales problemas relacionados con ella son: ocupación del Estado por parte de intereses privados, el nepotismo, el clientelismo, el crimen organizado, lavado de dinero, malversación, el soborno, el desgaste del sistema político, debilitamiento de la confianza en los negocios entre el Estado y el mercado, y el favoreciendo las personas y los grupos. Cómo ha funcionado el sistema institucional⁷ de control y lucha contra la corrupción pública en Argentina y Brasil en un determinado período de 25 años (entre los años 90 del siglo XX hasta los primeros 15 años del siglo XXI – uno cambio de estación), a partir de un análisis jurídico de la idea de la integridad del poder político.

Este es un enfoque estructural y desprovisto de cualquier intento de explicar casos concretos. Es cierto que cada caso de corrupción ocurrido en la historia de los dos países tiene su papel. Pero este tipo de situaciones constituye el punto de partida y no el destino. La idea es comprender, describir y proponer estrategias para sobrevivir el próximo escándalo. En ambos países, hay una secuencia de nuevos casos de corrupción que van atropellando los más recientes. Cuidar apenas de los casos sin cuidar de las diversas repercusiones de cuño más teórico puede anestesiar tanto el análisis cuanto la solución.

Hay una serie de supuestos. La primera es la idea de que la corrupción es un fenómeno multifacético y complejo. Su combate requiere la articulación de múltiples estrategias jurídicas en torno al poder. La segunda premisa es que estos fenómenos no son culturales, ni el resultado de una elección histórica, sino una manera de organizar la sociedad y el poder. En el caso específico de los dos países (como de otros), el papel de los ciudadanos al abordar la cuestión como un problema social es una clave importante para la búsqueda de soluciones. La tercera es la necesidad de una mejor explicación legal de la corrupción para definir formas de combatir. La teoría jurídica punitiva – más cerca del Derecho penal – resultó ser atropellada por otras disposiciones legales, centrándose en la prevención típica de otras ramas del derecho, como el derecho administrativo, el derecho civil y el derecho internacional.

También es un elemento circundante que pone el tema de la corrupción como una especie de mito político. Este no es el mito en el sentido de la fábula, sino un modo de percibir las cosas. Basta pensar en el universo de expresiones que

⁷ El concepto de “sistema institucional”, como el conjunto de principios legales, normas (nacionales y transnacionales), organizaciones e instituciones, además de los poderes fácticos (sus controles y límites), que se estructuran a su vez, en forma de un sistema institucional, es en CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional, a Ordem Jurídica e o Ordenamento Económico da União Europeia*. 4.ª ed., Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 28.

están asociados con el fenómeno de la corrupción en ambos países. Em el vocabulario popular de Brasil: “*ajudinha, caixinha, cervejinha, gorjeta, jeitinho, lubrificar, taxa de urgência, por fora, esquema, rolo, pixuleco, molhar a mão, mamata, negociata, propina, falcaturra, caixa dois*” y muchos otros⁸. En el habla popular argentina hay muchas expresiones: “aceitar, acomodar, coima, cometa, maquillar, tocar, untar”⁹. Esta riqueza de expresiones que, en el fondo, se refieren al complejo fenómeno de la corrupción, requiere una comprensión del contexto político y merece cuidado de no convertir el análisis en juicio moral. La pureza es siempre un error reduccionista.

En el período analizado – los 25 años entre 1990 y 2015 en la transición del siglo XX al XXI, con subidas y bajadas en la política de ambos países, intensas transformaciones y cambios en la economía – la corrupción era un tema cercano al mito político¹⁰, más allá de ser un problema social, económico, legal y ético. Por supuesto, siempre ha habido y hay corrupción en ambos países. Es algo concreto e histórico. Pero aquí se hace referencia al mito político de un discurso anti-político que tiene como objetivo ser políticamente efectivo.

La percepción de una corrupción mítica, sin embargo, no se sigue de este período de la historia, sino de un proceso de comprensión de la corrupción en un período de la modernidad (sobre todo en su periodo más deslumbrante, el siglo XX) en la que hubo cambios profundos en las relaciones políticas y entre el espacio público y privado. La corrupción no es algo que puede ser eliminada por completo de la vida de las personas y países. La cuestión no es de fondo moral. De hecho, el concepto de corrupción que tenemos en la modernidad, no permite su eliminación. Sólo su control y su combate. También hay un tipo de

⁸Hay muchas otras expresiones en Brasil para describir la corrupción. Estos ejemplos han sido recogidos por el autor.

⁹Cf. CASTILLA, Vanessa G. Iribarren. *Investigación de las hablas populares rioplatenses*: el lunfardo, 2009. 3371f. Tese (Doutorado em Filologia). Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Aquí, p. 2769-2813.

¹⁰La expresión “mito” es una mistificación en la teoría de Barthes (1989). Para el autor el mito es un tema translingüístico incorporado en la práctica que tiene una relación dialéctica con el imaginario, que es uno de los campos de actuación del “sentido común teórico de los juristas”. El mito, como segunda lengua que habla de la primera, es también un metalenguaje. El metalenguaje es un sistema cuyo plan de contenidos está a su vez constituido por un sistema de significación; o, es una semiótica que se ocupa de la semiótica. Ver BARTHES, Roland. *Mitologías*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 137. El término “sentido común teórico de juristas” es de Warat (1982). El sentido común teórico de juristas produce significados en el momento de la propagación de la pureza metodológica, se configura como un metalenguaje, se habla de este postulado. El mito como segunda lengua que habla de la primera, es también un metalenguaje, se propone que el sentido común teórico de los juristas produce un habla míticas sobre el postulado de la pureza, cf. WARAT, Luiz Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v. 3, n. 5, 1982. La corrupción es un metalenguaje usado para predicar la pureza de quien acusa. Si esto ocurre desde un lugar de la palabra “jurídica”, es una tercera lengua, que habla de la segunda.

correlación entre la corrupción y la crítica de la corrupción, de donde emergen diversos conceptos de la corrupción.

En los últimos 200 años, el favorecimiento a los familiares y agregados fue perdiendo fuerza, por ejemplo, sustituida por otra mentalidad: la acción humana movida por la ganancia y la acumulación (intereses), y que requiere eficiencia – la libertad franca de la iniciativa junto con el Estado burocrático/regulador – y una fuerte diferenciación funcional entre los sectores públicos y privados. A partir de la Revolución Francesa, en una mirada rápida, el mundo occidental vio aparecer figuras hasta ahora desconocidas: el político profesional y el hombre de negocios, lo que haría sospechar la confusión de roles. Por lo tanto, hubo una progresiva diferenciación entre administración, parlamento y partido, donde la comprensión de la política como ciudadano era una “cuestión de conciencia”, con el aumento de la integración entre la opinión pública y la prensa, (fenómeno que creó una “opinión” publicada), se ha embarcado en un proceso de escándalos que ha ganado efecto generalizado sobre las diversas formas de medios de comunicación y construcción de imágenes de personas, instituciones, empresas, partidos políticos y autoridades públicas. Fue en este contexto que el concepto moderno de la corrupción se ha convertido en una técnica de poder estrechamente ligada a la crítica y denuncia de abuso de funciones públicas a utilizar probada y viceversa. Asociada a la noción de “progreso”, esta técnica de ingeniería de las políticas dirigidas a la “masa”, la producción de acusaciones de carácter pernicioso de la corrupción, presente en todos los grandes movimientos ideológicos de lucha por el poder en todo el siglo XX y más aún con un grado de sofisticación en estos primeros años del siglo XXI, tanto si están en alguna de las posibles e imaginables espectros de la política.

Esta nueva situación terminó por reinventarse, produciendo un nuevo orden de clientelismo, como ocurrió en Brasil con el cambio que acabó llamándose de “Revolución del 30” o en la Argentina entre 1946 y 1955, el primer período peronista, con el debilitamiento de una élite rural delante de nuevas formas de acomodación política de las clases urbanas y productivas. Esto sólo para un escorzo histórico más provocativo que sistemático. Esta imagen se hizo más compleja, sobre todo con el movimiento de la transnacionalización de los mercados que se produjo a partir de los años 90 del siglo XX, con las consecuencias de lo que se ha llamado “globalización”.

Por supuesto que se plantea, en la correlación entre corrupción y la crítica de la corrupción, un dilema que se encuentra en divergentes racionalizaciones. En el interés de los acontecimientos políticos, económicos o financieros, la

corrupción debe ser combatida porque, en última instancia, conduce a una disfunción de los sistemas. Pero los emprendimientos de principios parecen a veces ser totalmente ineficientes.

En el campo estrictamente jurídico, los debates han sido con el fin de proporcionar una solución rápida y “justa” a los diferentes casos de corrupción, junto con el refuerzo de las instituciones, las sanciones, las normas y/o procedimientos. Hay un clima, especialmente en Brasil, del deseo de “justicia” que requiere el agente de la ley (ya sea un órgano de control, y más específicamente el poder judicial) un comportamiento de “vigilante”. Este enfoque tiene dificultades obvias para ofrecer una respuesta que transforma el problema en un enfoque sistemático y racional que permita los fundamentos de una teoría jurídica de la integridad, y por lo tanto, del control de la corrupción pública.

Para luchar contra la corrupción de forma seria, en primer lugar debemos fortalecer el proceso de cambio en el sistema de control institucional. En la mayor parte de la historia reciente de las instituciones de ambos países, cuando el tema es la corrupción, se espera sólo una respuesta por parte de la ley penal, que siempre llega tarde, cuando el daño ya está hecho. Es como decir que puniendo al genocida, se evita el genocidio. Es correcto punir el genocida y el corrupto, pero no se va a prevenir la corrupción ni evitar el genocidio. Aquí hay una ilusión: apostar que la corrupción será derrotada sólo con el Derecho penal. De ahí la necesidad de analizar las estructuras institucionales de forma doble: la construcción de (i) una respuesta jurídica al fenómeno de la corrupción pública a partir de la (ii) idea de la integridad del poder político. El análisis comparativo de los casos de Brasil y Argentina tratará de comprender la situación de estas nuevas democracias, sobre todo desde el final del siglo XX (1990) y el comienzo del Siglo XXI (2015) analizando dos décadas y media.

Por lo tanto, la cuestión central será el sistema institucional de control de la corrupción pública a partir de las experiencias y posibilidades comparativas de los dos países (Brasil y Argentina) con la reciente recuperación de la democracia todavía en fase de consolidación. Los daños causados por actos de corrupción, en particular en el sector público, han generado problemas que ponen en peligro su propia capacidad administrativa del Estado en ambos países, por lo tanto haciendo que su rendimiento se reduzca al mínimo y se refleje negativamente en sectores importantes de la sociedad, como el económico, cultural, jurídico, social y político. Por lo tanto, la corrupción pública se ha convertido en objetivo de intenso debate estos países. En algunos casos, el fenómeno se ha convertido en verdaderos escándalos mediáticos,

que generan cada vez más reflexiones sobre los mecanismos de control que inhiben y previenen la acción depredadora por parte de agentes corruptos, en contra de los intereses públicos cristalizadas en los Estados.

A pesar de ser un problema identificado como histórico, hay pocos intentos de una teoría integral de la corrupción en la tradición del pensamiento jurídico brasileño y argentino. Se puede decir, a grosso modo, que esta cuestión ha quedado fuera de las reflexiones teóricas y académicas, no habiendo, en este sentido, un enfoque que tenga en cuenta el problema de la corrupción que articule los campos del derecho, la política, la economía, la sociedad y la cultura de una manera integral y complementaria.

Los dos países comparados (Argentina y Brasil) no son los mejores ejemplos de una separación republicana entre público y privado. Tal vez no podrían ser ni “modelos” delante de sus contextos históricos. Que aún no pueden ser descritos como los estados modernos legitimados solamente por normas impersonales y racionales. El patrimonialismo y el clientelismo son comunes, de manera que no se promueve una separación entre los medios de gestión, funcionarios y gobernantes, por lo que éstos tienen un acceso privilegiado a la explotación de sus posiciones y posiciones. Para empeorar las cosas, en los años analizados, como una forma de deformación política, la crítica de la corrupción se ha convertido en una de las direcciones políticas de ambos países. Curiosamente, los eventos que son la fuente de la producción del sentido del escándalo¹¹, del clamor popular, parece a veces la audiencia de un circo romano ampliado por la tecnología de hoy, y la “moralización” de la política se fundan en gran medida por una interpretación jurídica de la vida política. Una percepción que se aísla del conflicto entre ideologías, políticas gubernamentales y la parcialidad inherentes a la lucha política y asume un contenido moral e individual. Especie de meta-razón, por encima y más allá de los conflictos y que encuentra refugio en las ideas abstractas como el “bien común”, “interés general”, “sociedad” “nación”, y por qué no decirlo, la “opinión pública” (o publicado).

Las movilizaciones contra la corrupción en Italia en los años 90 son ilustrativas en este sentido. En estos países los procesos de investigación llevados a cabo por los jueces contra los empresarios y parlamentarios acusados de delitos financieros o, en el caso italiano, involucrados con la mafia, unió los medios de comunicación, las ONG, el poder judicial y la “opinión pública” en una cruzada

¹¹LOWI, Theodore J. *Power and Corruption: political competition and the scandal market*. In: APOSTODOLIDIS, Paul e WILLIAMS, Juliet A. *Public Affair: politics in the Age of Sex Scandals*. Durham/London: Duke University Press, 2014, p. 69-100.

por la moralización de la política. Lo mismo está ocurriendo en la Argentina, de una manera más sutil, que ha estado creciendo en el año de 2016, y en Brasil, sobre todo en los últimos 10 años. En tales casos, tal vez Argentina sea el Brasil de mañana. Téngase en cuenta, por lo tanto, que el activismo persecutorio contra la “política tradicional” estaba más allá del mero control de la legalidad de los actos ilícitos de los funcionarios públicos que definen el límite del Judicial. Representando una epopeya de “poder (es) neutro(s)” en contra del sistema político partidario y de los gobernantes acusados de corrupción. Así como en las democracias establecidas, los países con experiencia más reciente democrática tienen una penetración progresiva de las normas jurídicas en el espacio político, lo que conduce a percepciones divergentes de la vida política y en un clamor constante para una política de meta-razón, dotado con una pureza que, de tan “solar” puede cegar a todos.

En este contexto, crece el poder del que habla por el sentido “correcto” de la conducta política, estén colocados en el espacio de los principales medios de comunicación o de las cúpulas judiciales. La complejidad de la captura de este fenómeno y de entender su significado en el contexto de un sistema democrático es precisamente la dilución de las fronteras. Es decir, hay que tener el cuidado de limitar el espacio del control jurídico de la corrupción por los tribunales (y otros organismos de control) y el control de la información de la corrupción por los medios de información y diferenciar el uso del escándalo de la política como arma de poder en los enfrentamientos políticos.

Las “cuestiones jurídicas” implican la judicialización de la actividad política en el curso de las batallas sobre el significado de las acciones de gobierno y de las conductas políticas partidarias, además de las estrategias de los actores políticos y de los productores de escándalos. La relación entre el espacio jurídico y la lucha de la política crea grandes desafíos y demandas para evitar cualquier ilusión de una lectura imparcial de nuestros resultados de los escándalos políticos históricamente cíclicos y, a menudo desastrosos¹².

También en este contexto, debe ser revelada una cuestión desde el principio. Un enfoque estructural, ya que es la intención de proponer, siempre tiene una relación ambivalente con la teoría del Derecho, que puede llevar a una ambigüedad (que crea confusión teórica y desperdicios de textos), lo cual se quiere evitar. La teoría jurídica en los países abordados, no está inmune, como si se tratara de un producto nacional de los debates y las articulaciones de los diversos movimientos de todo el mundo, algunos de más peso y otros más

¹² La corrupción es una constante y el escándalo es una variable.

circunstanciales, que se pretenden definidores de una posición final sobre el pensamiento jurídico, después de todo, una forma de explicación del mundo. Pero, en esencia, cuando se utiliza la teoría jurídica o un conjunto de ella, para entender el fenómeno de la corrupción pública, lo que se busca es efectivamente el poder entender el fenómeno del universo jurídico en concatenación lógica y metodológica permanente con otros conocimientos (o ciencias).

Existe el riesgo, sin embargo, de fragilizar la autonomía del Derecho. Es preciso estar atentos porque, en la mayoría de los casos, el discurso que aparece con la apariencia de lo nuevo, lleva el código genético de lo viejo. Por supuesto, la principal preocupación de la teoría del Derecho debe ser el control de la interpretación de las leyes y los hechos a partir de los lugares que se apartan de la “conciencia”, misión agravada por el crecimiento de la jurisdicción sobre la legislación de ambos países y la pérdida de la capacidad dialógica con otros campos discursivos.

1. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

Existe, con tanta acumulación, la dificultad de un concepto útil para conocer y comprender el fenómeno de la corrupción¹³. Hay, de hecho, varias cuestiones diferentes asociadas con el término “corrupción”, pero correlacionadas entre sí. Existen conceptos filosóficos, jurídicos, culturales, antropológicos, económicos, políticos, además de las definiciones de la opinión pública y de la opinión publicada, entre otros significados posibles.

La cuestión es que la conceptualización no es sólo un problema de fin, más si de método. La prevención y el combate contra la corrupción requiere cierto conocimiento que tenga como razón un lenguaje¹⁴ capaz de organizar la cuestión y apoyar en el proceso, difícil y largo, de modificar el cuadro de la corrupción¹⁵. Por lo tanto, para discutir un concepto con el fin de analizar el

¹³Para muchos, la corrupción no es posible conceptualizar. Ver FURTADO, Lucas Rocha. *Las raíces de la corrupción en Brasil: estudio de casos y lecciones para el futuro*, 2012. 458f. Tesis (Doctor en Derecho) Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 15: “La imposibilidad de definir formas instrumentales de las cuales son de actos de corrupción, las dificultades en la delimitación del ámbito de acción de la corrupción, sería exclusivamente pública o si había una corrupción privada, el hecho de que es un fenómeno que va más allá la dimensión jurídica para llegar a los campos de la sociología, la política y las relaciones transnacionales, entre otras cosas, prevenir el desarrollo de un concepto acabado de la corrupción”.

¹⁴Sabemos que el lenguaje es siempre una *fármakon* con todos los problemas que trae este uso cf. PLATO. *Fedro*. Lisboa: Word 1973 p. 274c-275b. En el pasaje que describe el mito y Theuth Thamus Platón (1973), a través de lugares, Theuth ubicua la lengua como la sabiduría de drogas (*fármakon*). Pero, como todos los medicamentos, también puede ser un veneno no se utilizó en dosis proporcionales.

¹⁵GARDINER, John. *Defining Corruption*. In: PUNCH, Maurice; KOLTHOFF, Emile; VIJVER, Kees van der; e VLIET, Bram van (eds.) *Coping with Corruption in a Borderless World: Proceedings of the Fifth International*

problema y prevenir el fenómeno, se busca un modelaje mínimo, como punto de partida y no de llegada.

De pronto se puede decir que la corrupción tiene que ver con el fenómeno del poder. El eje central del fenómeno de la corrupción es el poder. Zaffaroni (1990) considera la corrupción como una relación de poder entre las personas con poderes distintos:

(...) Por “corrupción” suele entenderse la relación que se establece entre una persona con poder decisorio estatal y otra que opera fuera de ese poder, en virtud de la cual se cambian ventajas, obteniendo ambas un incremento patrimonial, en función de un acto (u omisión) de la esfera de poder de la primera en beneficio de la segunda.¹⁶

En otra perspectiva jurídico penal, que también gira en torno a la noción de poder, Kindhäuser (2007) definió la corrupción como “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”¹⁷

La relación entre el “poder” y “corrupción” es un dicho famoso. Lord Acton consideró que “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”¹⁸. Se observa que, sin embargo, este poder no sólo se produce en el ámbito público¹⁹, pudiendo encerrarse en relaciones privadas²⁰.

Existe una relación directa entre el poder y la corrupción. El poder es el único medio por el cuales posible desarrollar prácticas corruptas, ya sea en el

Anti-Corruption Conference. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers: 1993, especialmente el cap. 3, p. 21-38.

¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La corrupción: su perspectiva latino americana. In: OLIVEIRA, Edmundo (Org.) *Criminología Crítica*. Belém: Edições CEJUP, 1990, p. 371.

¹⁷KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 6, disponible en <http://politicacriminal.cl/n_03-a_1_3.pdf>. Acceso en 14 ene. 2016.

⁴⁹ Lord Acton (1834-1902) o John Emerich Edward Dalberg. Acton fue un político e historiador inglés conocido, entre otros aspectos, por su expresión: “*power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*”. La traducción de *absolutely* puede ser “completamente”. Disponible en <www.acton.org>. Acceso en 25 ago. 2014.

¹⁹Cf. ARENDT, Hannah. *¿Qué es la política?*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1997, p. 51.

²⁰CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial; una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 129.

espacio público o privado. Es entorno del poder que orbitan las prácticas corruptas, incluso cuando la atracción se deriva de los menos poderosos para los más poderosos. La mayor parte de los científicos sociales comparten la opinión de que el poder es la capacidad de afectar el comportamiento de los otros. El poder puede ser considerado como un medio, que el grupo o individuo, para hacer con que las cosas sean realizadas por otras personas o grupos²¹.

El poder se produce en todas las relaciones sociales. Está diseminado en todas las sociedades y grupos sociales. Y es una cualidad que un individuo o un grupo social posee en relación a otros individuos o grupos. Constituye, por lo tanto, un fenómeno social, y no individual. Su característica clave es que es un componente de una relación social.

Para Max Weber (1991) “El poder significa toda oportunidad de imponer la propia voluntad en una relación social, aun contra resistencias, cualquiera que sea la base de esta probabilidad”²².

La gran cuestión, para este aspecto de la tesis, es darse cuenta de que el poder, ya sea mediante la imposición o por consenso, es fundamental en la práctica de la corrupción tanto en el ámbito público como en el ámbito de las relaciones privadas²³.

2. LOS COSTOS DE LA CORRUPCIÓN

Discutidos algunos elementos conceptuales, existe el tema de los costos de la corrupción. Como ya he dicho, la corrupción es un fenómeno que ha afectado a todas las sociedades, en mayor o menor medida. Los daños causados por actos de corrupción, en particular en el sector público, han generado problemas que ponen en peligro su propia capacidad administrativa, por lo tanto haciendo que su rendimiento se reduzca al mínimo y que se refleje negativamente en sectores importantes de la sociedad, tales como económicos, culturales, sociales y políticos²⁴. Como ejemplo de lo dicho aquí, el Ministerio Público Federal brasileiro, a través de su Procuraduría (PGR), a principios de 2014 informo que por lo menos US\$ 2,5 billones (dos billones y medio de dólares americanos), son recursos públicos desviados y dinero de corrupción, activos identificados en

²¹BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e relações sobre o poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ANPOCS, 1995.

²²WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Ed. da UnB (v. 1 y 2), 1991. v. 1, p. 33.

²³Para profundizar esta cuestión ver PERISSINOTTO, Renato M. Poder: imposição ou consenso ilusório? Por um retorno a Max Weber. In: NOBRE, Ricardo Freire (org.). *O poder no pensamento social: dissonâncias*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 29-58.

²⁴Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

operaciones tales como Satyagraha (iniciado en 2004), Banestado (objeto de la Comisión Parlamentar de Inquérito en 2003), Tribunal Regional del Trabajo/SP (finales de los 90), entre otros²⁵. Como consecuencia de la operación Lava Jato, caso brasileiro de mayor repercusión en los medios de comunicación mundial sobre el combate a la corrupción, el DRCI (Departamento de Recuperación de Activos de Cooperación Jurídica), una agencia del Ministerio de Justicia, que registro en 2015 un récord en la repatriación de los fondos malversados del país, especialmente por el mecanismo de las “delaciones premiadas”, informa que fueron recuperados US\$ 124, millones (ciento veinte y cuatro millones, novecientos mil dólares americanos)²⁶, una cantidad ocho veces mayor que la acumulada en los 10 años anteriores. Entre 2005 y 2014, la DRCI sólo recuperó de US\$ 14,9 millones (catorce millones novecientos mil dólares americanos). Por valores como estos, la corrupción pública se ha convertido en objeto de intenso debate en Brasil, Argentina y muchos otros países.

Merece destaque, tanto por el tamaño como la repercusión, la operación de la Lava Jato de la Policía Federal. El nombre de la operación de la Lava Jato surge de la utilización de una red de estaciones de combustible y lavaderos de automóviles (en Brasilia-DF) para mover fondos ilícitos pertenecientes a una de las organizaciones criminosas inicialmente investigadas. Aunque la investigación ha avanzado a otras organizaciones criminales, el nombre inicial se mantuvo. La operación Lava Jato es la mayor investigación de corrupción y lavado de dinero que Brasil ha tenido. Se estima que el volumen de los recursos desviados de los cofres de Petrobras, la mayor empresa estatal del país está en la casa de billones de reales. Se suma a esto la expresión económica y política de los sospechosos de participar en el esquema de corrupción que envuelve a la compañía.

Al principio de la investigación, desarrollada a partir de marzo de 2014, en el Tribunal Federal en Curitiba (13ª Vara Federal - primera instancia), fueron investigadas y procesadas cuatro organizaciones criminales dirigidas por los cambistas, que son operadores del mercado paralelo de cambio de divisas. Más tarde, el Ministerio Público Federal recogió pruebas de un vasto plan criminal de corrupción que involucra a la Petrobras.

²⁵Cf. VASCONCELOS, Frederico. PGR cria unidade para repatriar dólares bloqueados de atividades criminosas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 4 jan. 2014. Esses valores (6 bilhões de reais) correspondiam, em 2014, a 20% dos gastos do governo federal com o programa Bolsa Família (programa de apoio às crianças nas escolas e que atende a cerca de 14 milhões de famílias em todo o Brasil).

²⁶US\$ 124,9 millones: 94,6 (Lava Jato), 19,4 (Anaconda), 10,5 (Banco Santos). Entre enero y abril de 2016, a Lava Jato (US\$ 54 millones). Disponible en

<https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3376/1/atuacao_do_drci.pdf>. Acceso en 24 abr. 2016.

En este esquema, el cual tiene una duración de al menos diez años, grandes constructoras organizadas en cartel pagaban propinas para altos ejecutivos de la estatal y a otros funcionarios públicos. El valor de la propina variaba de 1% a 5% de la cantidad total de los contratos billonarios súper facturados. Este soborno fue distribuido a través de operadores financieros del esquema, incluyendo los cambistas investigados en la primera etapa.

El papel de cada uno, hasta el momento de la investigación (que se espera que finalice en la primera etapa, en diciembre de 2016), se puede describir de la siguiente manera:

(a) Las constructoras. En un escenario normal, las constructoras competirían entre sí, en licitaciones, para obtener contratos de Petrobras, y la estatal contrataría a la empresa que aceptase hacer la obra por el menor precio. En este caso, las constructoras se “cartelizaron” formando un “club” para sustituir una competencia real por una competencia aparente. Los precios ofrecidos a Petrobras fueron calculados y ajustados en reuniones secretas en las que se definían quién ganaría el contrato y cuál sería el precio, inflado para el beneficio propio y en detrimento de las arcas del estado. El cartel tenía hasta un reglamento, que simulaba las reglas de un campeonato de fútbol, para definir cómo se distribuirán las obras. Para ocultar el crimen, se llevó a cabo el registro escrito de la distribución de las obras, a veces como si fuese la distribución de premios de un bingo.

Los (b) funcionarios de la Petrobras. Las empresas tienen que asegurarse de que sólo los del cártel fueron invitados a presentar ofertas. Por eso, era conveniente cooptar a funcionarios públicos. Los funcionarios no sólo se omitían en relación al cártel, del cual tenían conocimiento, sino además los favorecían, restringiendo convidados e incluyendo a la ganadora entre los participantes, en un juego de cartas marcadas. Según levantamientos de la Petrobras, se hicieron negociaciones directas no justificadas, se celebraban aditivos innecesarios y con precios excesivos, aceleraron los contratos con la supresión de etapas relevantes y la información confidencial filtrada, entre otras irregularidades.

Los (c) Operadores financieros o intermediarios financieros fueron responsables no sólo para intermediar el pago de la propina, sino especialmente para entregar el soborno disfrazado de dinero limpio a los beneficiarios. En un primer momento, el dinero iba a las constructoras para que el operador financiero. Esto acontecía en especie, por movimiento de dinero en el exterior y por contratos simulados con empresas de fachada. En un segundo momento, el

dinero iba del operador financiero hasta el beneficiario en efectivo, por transferencia en el extranjero o mediante el pago de bienes.

Y, por último, (d) funcionarios políticos (otra línea de investigación – que corresponde a su verticalización). En marzo del 2015 cuando el Procurador General de la República (PGR) presentó al Supremo Tribunal Federal 28 peticiones para la apertura de investigaciones penales destinadas a establecer los hechos atribuidos a 55 personas, de las cuales 49 son titulares de foro por prerrogativa de función (“foro privilegiado”). Son personas que integran o están relacionadas a partidos políticos responsables por indicar y mantener los directores de la Petrobras. Ellos fueron citados en “colaboraciones premiadas” (disminución de pena por aportar datos a la investigación de la causa) hechas en la primera instancia mediante delegación del Procurador General. La primera instancia investigara los agentes políticos por improbidad en el área civil, y en el área penal aquellos sin prerrogativa de foro.

Esa repartición política se reveló más evidente en relación a los siguientes directorios: de Abastecimiento, ocupado por Paulo Roberto Costa, entre 2004 y 2012 por indicación del PP (Partido Progresista), con el apoyo posterior del PMDB (Partido del Movimiento Democrático Brasileiro); de Servicios ocupado por Renato Duque entre 2003 y 2012, por indicación PT (Partido de los Trabajadores); e Internacional, ocupado por Nestor Cerveró entre 2003 y 2008, por indicación del PMDB. Para el PGR, estos grupos políticos actuaron de una asociación criminal, de forma estable, con comunión de esfuerzos y unidad de designios para practicar diversos crímenes, entre ellos corrupción pasiva y lavado de dinero. Fernando Baiano y João Vaccari Neto trabajaron en el esquema criminal como operadores financieros, en nombre de los miembros del PMDB y PT.

En Argentina, los actores cambian, pero las historias son muy similares al caso de Brasil. El debate sobre la existencia de “un estado de corrupción o solamente actos corruptos”²⁷ desde su pasado, apuntas, sobre todo entre los años 80-90 del siglo XX, a un retroceso al “familismo”²⁸ y muestra que “la corrupción sistemática” es “una clave de (una) estrategia de expansión”²⁹ de la economía.

Para analizar un personaje del periodo, se puede dar como ejemplo la polémica figura de José Luis Manzano, como paradigma de la escena política Argentina. De anónimo militante provincial de Guardia de Hierro a diputado

²⁷ GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1993, p. 44.

²⁸ Id., p. 44.

²⁹ Id., p. 47-48.

nacional, de presidente de bloque del Partido Justicialista (PJ) a ministro del Interior, de ferviente operador de la Renovación peronista a bisagra menemista en el trato con la oposición, Manzano ha recorrido un largo y sinuoso camino de múltiples camaleonismos en la política argentina. Poco después de la implementación del Plan Bonex tuvo lugar el *Swiftgate*, en el cual la empresa estadounidense Swift denunció verse perjudicada en una operación comercial al no aceptar otorgar un soborno. Swift recurrió al embajador de los Estados Unidos, Terence Todman, y el propio gobierno estadounidense tomó cartas en el asunto. Finalmente, a principios de 1991 renunció todo el gabinete menemista. Fue durante dicho escándalo (diciembre, 1990) que José Luis Manzano pronunció su célebre frase “Yo robo para la corona”, declarando abiertamente que lo obtenido por actos de corrupción no era para él sino para su jefe, nada menos que Carlos Menem³⁰. En este período de la historia reciente argentina estuvo muy presente el fenómeno de la corrupción pública:

Los escándalos de corrupción sucedidos ininterrumpidamente durante la década menemista no constituyen solamente casos aislados de funcionarios que utilizaran sus posiciones en el Estado para su provecho personal. El hecho de que casi todos los colaboradores más cercanos de Menem, entre los cuales había familiares directos, estuvieran involucrados en actos ilícitos, hace pensar que se trata, en realidad, de una concepción mafiosa del poder y de la política. La corrupción en la década menemista fue utilizada como un instrumento de la acción política, espurio por supuesto, pero instrumento al fin. Las coimas a legisladores sobre todo a oficialistas, para “aceptar” el proceso de aprobación de determinadas leyes, que hace relativa la independencia del poder legislativo; la intervención directa del gobierno para favorecer a empresarios amigos; la participación de funcionarios del entorno presidencial en empresas complicadas en colosales fraudes al estado. El

³⁰Sobre José Luis Manzano, ver CAPALBO, Daniel; PANDOLFO, Gabriel. *Todo tiene precio*. Biografía no autorizada de José Luis Manzano. Buenos Aires: Planeta, 1992. Acerca del *Swiftgate*, ver VERBITSKY, Horacio. *Robo para la corona: los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1991.

ablandamiento y la permisividad de los controles aduaneros. Las coimas exigidas a los prestadores de la obra social de los jubilados, que eran utilizados para financiar la actividad política del partido oficialista. El súbito “enriquecimiento” de jueces, camaristas y ministros de la Corte Suprema, que hicieron ilusoria la independencia del Poder Judicial. Las revelaciones, por último, del informe de la Comisión Investigadora del lavado de dinero, en la que aparecen involucrados banqueros y empresarios amigos del poder, importantes bancos extranjeros y hasta el mismo ex-presidente de la República.³¹

En el período de los gobiernos kirchneristas, tanto en el campo de la economía³², como en la política³³, una serie de escándalos quedó en evidencia, muchos de ellos todavía bajo investigación. Los casos argentinos no son muy diferentes de los casos se produjeron en Brasil en el mismo período.

³¹BLEJMAN, 2005, op. cit., p. 462.

³²MONTENEGRO, Maximiliano. *Es la eKonomía, estúpido: historia secreta de las decisiones, trampas y falacias del kirchnerismo*. Buenos Aires, Planeta, 2011.

³³Se puede citar: (i) Los Desaparecidos Fondos Santa Cruz: 1.000 y 1.900 millones de dólares de fondos públicos de la Provincia de Santa Cruz, que el ex-gobernador Néstor Kirchner y sus sucesores gobernadores hicieron desaparecer. El suscripto radicó Denuncia según la Causa 6662/04 el 5 de mayo del 2004 en el Juzgado Federal No. 7 pidiendo se investigue este caso, pero tras una serie de presiones, aprietes, ocultamientos, maniobras, agachadas y golpes bajos de la “justicia”, la prensa y ciertas ONG, todo quedó en la nada. (ii) Los sobreprecios y coimas del ministro Julio De Vido: El cobro fraudulento de sobreprecios en las obras públicas manejadas en el área del ministerio de planificación federal del ministro Julio De Vido fue denunciado por el ex-ministro de economía Roberto Lavagna ante la Cámara de la Construcción en noviembre 2005. El 20 de Diciembre de 2005 el infrascripto radicó Denuncia por Asociación Ilícita contra Néstor Kirchner, Julio De Vido, el Trío Fernández (Cristina, Aníbal y Alberto), Claudio Moroni (Sigen), Felisa Miceli (entonces ministra de Economía), Enrique Eskenazi (banquero de los K), Sergio Acevedo (entonces gobernador de Santa Cruz) y otros”, en el Juzgado No. 5 del Dr. Ercolini – (Causa No. 18209/05) pidiendo se investigue una serie de casos de corrupción y robo de fondos públicos. (iii) El Caso Skanska-Enargas (Julio De Vido): Sobreprecios y coimas por más de US\$ 6.000.000, que le costó la cabeza al gerente general de Nación Fideicomisos (Néstor Ulloa) y del presidente de Enargas (Fulvio Madaro); (iv) La venta de YPF a Enrique Eskenazi; (v) La Valija de Antonini Wilson: Valijas atiborradas de dólares ingresadas ilegalmente desde Venezuela en jets privados, supuestamente utilizados para financiar la campaña de Cristina Kirchner; (vi) El Caso Rudy Ulloa Igor: de Chofer K, a Magnate de Multimedia. La multimillonaria carrera meteórica del ex-chofer y testaferro de Los Kirchner, Rudy Ulloa Igor, devenido en pocos años en magnate de multimedia en Santa Cruz; (vii) El toilette Dolarizado de Felisa Miceli: La bolsa con dinero de “precedencia incierta” en el baño de la ex-ministra de economía Felisa Miceli; (viii) Venta de Armas por la ministra Nilda Garré: La venta de armas por el ministerio de defensa a una empresa fantasma estadounidense (JDL Inc. de Connecticut, de propiedad de un misterioso argentino), a precios absurdamente bajos que representaron una gran pérdida para el Estado. Ver CABRAL, Armando. *El top ten de la corrupción K*. Disponible en: <http://www.lalicuadoratdf.com.ar/2015/11/el-top-ten-de-la-corrupcion-k/>. Acceso en 12 dez. 2015.

Delante de estos informes y del contexto de la corrupción en ambos países, una precaución es necesaria. El hecho de que la corrupción es compleja crea dificultades al fin, para medir con precisión el costo de la corrupción para cualquier sociedad. En parte, debido a sus propias limitaciones en la apuración de los crímenes de corrupción propiamente dichos como consecuencia de las pocas formas de control de ese tipo de crimen. Algunos estudios miden la incidencia de la corrupción indirectamente a través de la investigación con expertos financieros, hombres de negocios, banqueros, maestros y “expertos” en la corrupción. Los resultados presentados no siempre representan una descripción del fenómeno de la corrupción, sino más bien una manera de exponer su percepción en una sociedad dada³⁴. El modelo que se centra únicamente en la valoración y las cantidades recuperadas, no puede evaluar los costos mediatos, que tienen repercusiones en las finanzas de los Estados, ni los perjuicios a parcelas de la población de los países sometidos a experiencias permanentes de corrupción.

Existe la teoría de que el soborno sirve para acelerar una máquina burocrática que es lenta o demasiado rígida³⁵. Pero incluso aunque ocurra de esa forma, si llevada a una práctica que describe el funcionamiento del sistema, termina generando costos y distorsiones que transforman los mercados en ineficientes. Los funcionarios gubernamentales de alto nivel que toleran o adoptan la corrupción, permiten que exista demasiada inversión pública improductiva y que se descuiden inversiones pasadas. Falsas señales se envían a los mercados, alterando las decisiones de los sectores productivos. La corrupción, todavía, reduce la inversión global y la inversión extranjera directa o indirecta limitada, fomentando al mismo tiempo la excesiva inversión pública en infraestructura³⁶.

En algunos casos, el fenómeno se ha convertido en escándalos mediáticos, que generan cada vez más reflexiones sobre los mecanismos de control que inhiben y previenen la acción depredadora por parte de agentes corruptos, en contra de los intereses públicos cristalizadas en los Estados. En ese caso, otro costo de la corrupción es su descaracterización (o el cambio de su esencia) por cuenta cierto

³⁴ Id. Véase que el IPC da Transparencia Internacional es basado en ese modelo, con opiniones de los especialistas en corrupción en el sector público, empresarios y estudiosos.

³⁵ A pesar de que esta no es la opinión del autor, se hace referencia explícita a esta perspectiva. Ver MANFRONI, Carlos A. *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

³⁶ MARTINS, Rui. *O dinheiro sujo da corrupção*. São Paulo: Geração Editorial, 2010.

tipo de uso “político” en el formato de escándalo³⁷, y que se debe comprender³⁸ para evitar que haya una doble banalización: (a) una que reduzca la corrupción a un juego de intercambio de acusaciones y que afirme una perspectiva de que todo el mundo, después de todo en la política, son corruptos; y (b) otra que transforme a la corrupción como algo esencial de la política, determinando que toda forma de hacer política es, en su núcleo, corrupta, y descalifique ese espacio de articulación y lucha de intereses como algo negativo sólo por el hecho de estar en esa esfera³⁹.

Los efectos de la corrupción en la política pueden examinarse desde dos perspectivas diferentes. Se puede examinar, en primer lugar, desde la perspectiva de los partidos políticos o en relación con el desempeño de los políticos electos y sus actividades en el ejercicio de sus mandatos. Con respecto al primer punto, el problema más grave está relacionado con la financiación de las campañas electorales.

En cada elección, se vuelve cada vez más evidente el crecimiento de los costos de las campañas y, en consecuencia, la necesidad de aumentar los fondos para cubrir estos costos crecientes. Por supuesto, está más allá del alcance de este trabajo examinar las ventajas o desventajas de la adopción de sistemas de financiación pública, privada o mixta para las campañas electorales. Examinamos solamente los efectos negativos que la necesidad de buscar fondos para financiar estas campañas provocan en el sistema democrático.

³⁷ Ver ROSA, Mário. *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*. São Paulo: Geração Ed. 2003, p. 431 et seq.

³⁸ No hay nada malo en la divulgación de los casos de corrupción, a la prensa ya través de las redes sociales. De hecho, los casos son mejor analizados y resueltos por las instituciones cuando están bajo los puntos de vista de la opinión pública. La cuestión es que la cuestión de la “corrupción” es el hilo conductor de la acción política, que se vende como regla general y constante. Para ver un ejemplo: CAMAROTTI, Gerson. *Memorial do escândalo: os bastidores da crise e da corrupção no governo Lula*. São Paulo: Geração Editorial, 2005

³⁹ El término “banalidad” en la filosofía política ganó gama de Hannah Arendt. Que aplicó por primera vez a los horrores del Holocausto y el nazismo, ahora se utiliza como una forma de analizar el comportamiento de las personas, el estado y las comunidades de todo el mundo todos los días de un extremo y otro y crueldades que banalizan las experiencias negativas que pasan desapercibidos por casi todos. No busca degradar a la gravedad del mal, sino aumentarlo. El mal moral más horrible es que las perversiones auténticas presentes que a menudo se experimentan como actos triviales, indiferente, casi bueno. El tema del mal en Arendt, no tiene el fondo de la malignidad, la perversión o pecado humano. La novedad de su reflexión se encuentra precisamente en la evidencia de que los humanos pueden realizar acciones inimaginables desde el punto de vista de la destrucción y de la muerte, sin ningún motivo del mal. El examen de los antecedentes de la cuestión, en Arendt, es el proceso de tecnificación de la vida que se produjo con la masificación, la industrialización y la racionalización de las decisiones y las organizaciones humanas. Ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

En las democracias modernas, los políticos son elegidos para representar a quienes los eligieron. En el caso de los que ejercen funciones en el poder ejecutivo, ellos deben representar la voluntad de la mayoría de la población (sin embargo, respetando los derechos de las minorías como se define en sus respectivas constituciones y en estricta observancia de los derechos fundamentales). En cualquier caso, la idea básica relacionada con la democracia es que establece una relación de representación política, en el sentido de que el representante es elegido para defender los intereses de aquellos que los eligieron.

En el momento en que los partidos políticos parten en búsqueda desenfrenada de los recursos que puedan utilizar en sus campañas, entran en juego las posibilidades de uso de métodos ilegales de financiación y surge la corrupción política. Esta forma particular de la corrupción corroe los cimientos de la teoría de la representación es la base del ideal democrático. En este sentido, una vez electo, el parlamentario o gobernante pasa a utilizar el poder que le ha conferido el voto de manera contraria a los intereses de quienes los eligieron y se comportan con el fin de satisfacer las expectativas de aquellos que financiaron sus campañas. El ejercicio del mandato político deja de ser la representación de los votantes para convertirse en la representación de los financiadores de campaña. Es decir, los intereses que serán defendidos han dejado de ser los de la población y el resultado es el distanciamiento entre los ciudadanos y sus representantes y, por lo tanto, se pone en duda la legitimidad del proceso político. El resultado es el absoluto desinterés por parte importante de la población en los procesos electorales, desinterés fácilmente demostrado por los altos índices de abstención en las campañas realizadas en los últimos años en la gran mayoría de los regímenes democráticos.

Cuanto mayor el desinterés de la población, más espacio se abre para que los políticos electos utilicen sus mandatos para defender intereses personales y, por lo tanto, el sistema se abre para la satisfacción de los intereses de los financiadores de campaña.

La corrupción crea, de este modo, un círculo vicioso, en el sentido de que cuanto mayor es la falta de interés de la población en el proceso electoral, más espacio se abre para la financiación ilegal de campañas políticas; y cuanto mayor es la participación de financistas ilegales en las campañas políticas, menor el interés de la población en acompañarla.

El panorama puede ser, pues, muy desalentador. Si la corrupción genera cada vez más corrupción en una suerte

de ciclo vicioso, y si cuanto mayor sea ésta más general es el desentendimiento del ciudadano de los asuntos públicos (incluidas las denuncias de corrupción), el riesgo para un sistema democrático es evidente.⁴⁰

En la búsqueda de recursos, los partidos terminan creando organizaciones paralelas cuya función consiste en recaudar fondos para las campañas. Paralelamente a estas organizaciones, surgen operadores, intermediarios y recaudadores que, con el tiempo, se terminan por profesionalizar. La recaudación de fondos pasa a ser destinado no sólo a los procesos electorales, sino a sustentar a estos nuevos profesionales de la política, los cuales asumen dentro de los partidos un inmenso poder de mando.

Al asumir el poder político, los partidos proceden a la distribución de los cargos directivos en la administración pública, inclusive aquellos que están colmados en las empresas estatales, y que son responsables por la gestión de contratos descomunales. Estos contratos pasan a ser considerados por los profesionales de la recaudación de fondos partidarios importantes fuentes de recursos. Por lo tanto, el origen de los fondos asignados a los partidos políticos deja de ser exclusivamente el dinero de la caja dos de las empresas privadas (dinero no contabilizado), y pasa, también, a originarse en los contratos públicos, contratos que, evidentemente, tendrán sus valores elevados de modo de hacer frente con este nuevo costo: el pago de peajes a los partidos mayoritarios y responsables de la indicación de funcionarios públicos responsable por la gestión de esos contratos.

El resultado de este proceso es el descredito absoluto de la población con la democracia. Si el sistema democrático no es capaz de proporcionar instrumentos para cohibir este círculo vicioso, el sistema político alcanza tal nivel de saturación y falta de legitimidad que la consecuencia es, en el extremo, la producción de los golpes de Estado y el fin de la democracia como la conocemos. Las dictaduras surgen con propuestas autoritarias para luchar contra la corrupción - a pesar que la historia siempre ha demostrado la incapacidad de los regímenes totalitarios para reducir la corrupción - , siendo tan solo capaces de impedir que los casos de corrupción sean divulgados y punidos. Esto, de hecho, ha sido la historia de la mayoría de los países de América Latina. Por otra

⁴⁰ BUSTOS GISBERT, Rafael. La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha contra la Corrupción de los Gobernantes: Una Tarea Pendiente, en RODRIGUÉS GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.), 2004, op. cit., p. 72.

parte, la contaminación de la política compromete la cúpula de los órganos gubernamentales. La tendencia de esta contaminación es que ella alcance toda la estructura del Estado, poniendo en peligro el ejercicio de todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial.

Existe, además, otro efecto político: la crisis en el sistema representativo. Esto puede ser evaluado en la situación política brasilera con mucha precisión. Brasil paso, en los últimos 25 años, por dos importantes testes de sus instituciones, con procesos de *impeachment* de sus jefes ejecutivos (Fernando Collor de Melo en 1992 y en 2016, con el proceso de *impeachment* de la Presidenta electa por el término 2015-2018, Dilma Rousseff). El modelo brasilero después de la democratización optó por lo que se ha llamado “presidencialismo de coalición”. El término, acuñado por Sergio Abranches (1988), explica que:

*O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o presidencialismo imperial, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucional idade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, presidencialismo de coalizão.*⁴¹

Esta nueva clasificación del presidencialismo brasilero provino de su modo *sui generis*, porque, la diferencia del presidencialismo clásico norteamericano, se ha practicado en Brasil un sistema con características propias, que se basa en el criterio particular de que el Poder Ejecutivo busca apoyo del Legislativo para poder realizar sus iniciativas.

Después de la promulgación de la Constitución de 1988, el llamado “presidencialismo de coalición” paso a ser ampliamente utilizado en la escena política brasilera, a pesar del Poder Ejecutivo poseer prerrogativas de iniciativa legislativa como las medidas provisorias y los decretos de urgencia, que obligan a los parlamentares a analizar y votar los proyectos prioritarios enviados este poder, pero incluso con estos mecanismos, dificilmente el gobierno consiga aprobar leyes sin que la coalición gubernista detente la mayoría de los

⁴¹ Ver ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34. Aquí, p. 21: (Traducción: “Brasil es el único país que, además de combinar la proporcionalidad, el multipartidismo y el presidencialismo imperial, organiza el Ejecutivo con base a grandes coaliciones. En este rasgo peculiar de institucionalidad concreta brasilera voy a llamar, a falta de un nombre mejor, de presidencialismo de coalición”).

parlamentares. Esto hace que suceda un desmoronamiento de las fuerzas políticas nacionales, según lo expuesto por Ferreira Filho (1980):

*(...) inúmeros partidos que se entre devoram por questões de pormenor, sublinhando suas diferenças e intensificando a demagogia para alcançar apoio popular, repercute sempre nas câmaras onde nenhum dos grupos consegue normalmente maioria sólida, onde nenhuma coligação é estável.*⁴²

El “presidencialismo de coalición” origino una “parlamentarización” del sistema presidencial nacional, una vez que se ha demostrado una gran influencia del Poder Legislativo en la gerencia del Estado, pues el Poder Ejecutivo, con el fin de llevar a cabo su función de administrar el Estado, debe buscar pleno apoyo de los parlamentares. Como forma de conseguir la coalición con los partidos, el Poder Ejecutivo utiliza la distribución de cargos de la Administración tales como ministerios, presidencias empresas estatales, además de las emendas en el presupuesto de la Nación, donde se repasan recursos a entidades que indican los parlamentares. Por lo tanto, el florecimiento del “presidencialismo de coalición” en el escenario político nacional ha sido palco para la distorsión de una de las bases fundamentales del sistema presidencial, es decir, el “principio de separación de los poderes”.

El “presidencialismo de coalición”, pilar de la crisis política nacional que paso y está pasando el gobierno de Brasilero pos-Constitución de 1988, tiene como elementos fundamentales el “pluripartidismo” y la “infidelidad partidaria”. En el ciclo de la democratización brasilera (entre 1984-1988), Brasil paso de 2 partidos políticos registrados en la Justicia Electoral para 35 partidos políticos en 2015 (de los cuales, 22 partidos nacionales representados en el Congreso Nacional en el año 2016), lo que trajo innúmeras críticas a su representatividad y funcionalidad a los partidos políticos nacionales. Esto se amplía a los frecuentes casos de mudanzas de partidos, a la existencia de “partidos de alquiler”, los subtítulos en el segmento de las ideologías de partido, la fragmentación del cuadro partidario, entre otros casos, hechos que

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9º d. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 122. Traducción: “(...) inúmeros partidos que se entre devoran por cuestiones de detalles, subrayando sus diferencias e intensificando la demagogia para alcanzar el apoyo popular, repercute siempre en las cámaras donde ninguno de los grupos consigue normalmente una sólida mayoría, donde ninguna coalición es estable”.

demuestran la fragilidad y baja credibilidad que los partidos políticos han poseído frente a la sociedad brasilera. Desde el punto de vista de la gestión del poder y de la relación entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, la gobernabilidad es muy difícil, porque para el Ejecutivo a lograr el apoyo político de partidos y someter al Parlamento a sus frecuentes determinaciones, necesita realizar un gobierno de coalición, que se torna complejo y oneroso. Para que la coalición se produzca, la mayoría de las veces, el jefe del Ejecutivo sucumbe a los partidos, dándoles, a cambio de apoyo político, cargos en el Ejecutivo, la distribución de puestos en la Administración Federal, como ministerios, presidencias de empresas estatales, más allá de emendas en el presupuesto de la Unión, en que se repasan recursos a entidades que indican parlamentares, o, cuando no pueden por estos medios, se utiliza el soborno.

El diagnóstico de la situación no es el más alentador, e igual desanimo rodea los pronósticos para el combate contra la corrupción pública. Sólo la democracia puede proporcionar elementos para el efectivo combate contra la corrupción. La transparencia y la certeza de la punición, remedios indicados para combatir cualquier manifestación de corrupción, son siempre efectivos. Para la profilaxis de la corrupción política, también se presentan otras propuestas: (a) el fortalecimiento de los mecanismos de control parlamentario, (b) fortalecimiento y transparencia de mecanismos de prestación de cuentas de los partidos políticos, (c) modernización de la legislación sobre financiamiento de campañas a fin de buscar formas de reducción de sus costos, (d) el fortalecimiento del concepto de responsabilidad política⁴³, entre otras.

Todavía hay razones de política internacional que, a través de organismos internacionales, sugieren medidas para combatir la corrupción, aunque extremadamente tímidas. Podemos tomar como ejemplo, de nuevo, la Convención de Mérida contra la Corrupción de 2003⁴⁴. Este es sin duda el texto jurídico más importante de ámbito multilateral sobre el tema y es el resultado del más significativo esfuerzo de la comunidad internacional para combatir la corrupción. La Convención se ocupa de diferentes aspectos del tema (corrupción en la administración pública, corrupción en el poder judicial, cooperación internacional, adopción de mecanismos para prevenir la corrupción, la corrupción privada).

⁴³ Id., p. 84.

⁴⁴ *United Nations Convention against Corruption* (UNCAC). Adoptada en New York, el 31 de octubre de 2003 (Resolução 58/4), signada en Mérida, México, en diciembre de 2003. La promulgación en Brasil fue por el Decreto 5.687 (31 de enero de 2006). Adoptado en Argentina (Ley 26097, 10 de mayo de 2006), promulgada en 6 de junio de 2006.

Si los órganos superiores del Estado actúan de manera legítima, es fácil admitir que la implementación de políticas anticorrupción sea adoptadas efectivamente en otros escalones. Si en esos órganos de cúpulas, aquellos responsables por la dirección política del Estado, están contaminados, de ninguna utilidad o valor tendrán las políticas de lucha contra la corrupción.

La corrupción pública contamina todo el Estado, y por lo tanto, toda la sociedad. Esta conclusión, por desgracia, aún no sensibilizo a toda la comunidad internacional. No se trata de imponer la democracia por la fuerza. O la imposición de la absoluta integridad, como por arte de magia. Los recientes experimentos en este sentido se han mostrado como un gran fracaso. Es, más bien, para alentar la adopción de mecanismos que tornen la democracia y los sistemas políticos de representación más legítimo y más efectivos.

Es un atributo fuerte de la política brasilera y argentina, en sus trazos particulares, un orden social desigual, violenta, injusta y que impide la construcción de la ciudadanía. La corrupción, como fenómeno y parte de la explicación de estas sociedades, está enraizada en su modo de hacer la política y es parte de una realidad que marca los Estados de Argentina y de Brasil, pues todavía persisten casos graves de corrupción pública y de problemas relacionados a ella: un Estado ocupado por intereses privados, nepotismo, fisiologismo, crimen organizado, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito, soborno, favorecimiento a personas y grupos. Sin embargo, la corrupción generalmente es relacionada a factores trans-históricos como, por ejemplo, con “nuestra herencia ibérica”, con los “resquicios de la esclavitud” o son los “restos de caudillismo”, y todavía con el “autoritarismo social”. Otras interpretaciones la relacionan con procesos socioeconómicos más actuales o entonces con la “construcción” de la democracia bajo el capitalismo periférico que es marca de los dos países. No es fácil huir de estos abordajes.

La teoría del poder, con las dificultades de su resignificación delante de los desafíos obvios de su *praxis*, ofrece la oportunidad de situar el “problema” de la corrupción a partir del marco democrático de las sociedades estudiadas, considerando los modelos teóricos asumidos y necesarios a una justificación del objetivo de la presente tesis. Todavía fue situado el problema dentro de una relación histórica y de vecindad, entre los dos países que construyeron su eje de relaciones, a partir de una dialéctica de similitudes y diferencias que todavía encantan a ambos, en un permanente movimiento de aproximación y distanciamiento.

Todavía aquí, un anota fundamental. En el caso de las sociedades argentina y brasilera y de sus prácticas administrativas y políticas donde permanece una tendencia a una idea de “atraso”, que se refiere a una realidad social y política fundada y sustentada todavía en padrones de autoridad tradicional – personalizada y emocional – y, en una relación del individuo y de los grupos con la cosa pública que mezcla intereses públicos y privados, no se puede dejar de destacar un aspecto. La cultura política (pública y publicada) que marca a Argentina y Brasil relaciona la corrupción con el enfrentamiento de las luchas entre grupos y elites, intereses de partidos y mercado, además de ejercer papel relevante en cierta escandalización de modo de lucha política. El discurso político, al final, siempre expone una representación de futuro. Al proponer la alteración o la permanencia de prácticas e instituciones sociales, el proyecta la imagen de la sociedad que vendrá. La reflexión sobre el pasado (y el presente) es necesaria, más en la medida en que cree un sentido apropiado a justificar esa proyección.

El futuro de que habla el discurso político es, de hecho, muchas veces, fabuloso. Debray (1984) afirmaba que “ninguém consegue colocar um pé na frente do outro sem delirar a respeito do ponto de chegada. O movimento operário teve de fantasiar a Revolução Mundial e a sociedade sem classes para inventar as férias pagas, os delegados sindicais e a semana de 40 horas”⁴⁵. La generalización es excesiva. Muchas luchas políticas son trabadas en nombre de objetivos bien poco delirantes – y luchas significativas, que movilizan esperanzas durante décadas y los mismos atraviesan generaciones. Por ejemplo, en defensa de elecciones formalmente democráticas, como revela la experiencia todavía reciente de tantos países sometidos a regímenes dictatoriales (como los aquí estudiados), o por la independencia nacional, como muestra una simple ojeada en la historia contemporánea. Eso no descalifica el hecho de que hay mismo un frecuente descompaso entre el futuro anunciado y aquel que se puede alcanzar, un desacuerdo que merece la clasificación de mítico.

El mito político es una poderosa fuerza motriz para la acción política, teniendo como característica básica negar la razón. Él se opone, por lo tanto, a la visión de la política como hecha de opciones racionalmente motivadas, fruto de la interacción de ciudadanos conscientes de sus propios intereses con políticos que exponen con nitidez sus programas de acción – la visión “ideal” del funcionamiento

⁴⁵ DEBRAY, Régis. *O Estado Sedutor*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 121. Traducción: “nadie consigue colocar un pié enfrente del otro sin delirar al respecto del punto de llegada. El movimiento operario tubo que fantasear la Revolución Mundial y la sociedad sin clases para inventar las vacaciones pagas, los delegados sindicales y la semana de 40 horas”.

de la democracia. Puede quedar la impresión, por lo tanto de que es mito toda la irrupción de lo irracional en la vida política. Esto no es verdad.

La política no es, ni puede venir a ser, un espacio hecho solo de razón. Elementos irracionales están presentes en todo el campo político. El juego político no trata solo – o mismo prioritariamente – de cuestiones “técnicas” o de intereses que pueden o no ser acomodados, más pone en cuestión disputas de valores. El mito es una manifestación intensa de lo irracional en la vida política, pero no es su local exclusivo, pues aspectos de irracionalidad permean todas las actividades políticas – y, alias, la vida social en general.

3. CORRUPCIÓN, PERSECUCIÓN PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Desde ya, importa destacar que la persecución penal a la corrupción pública presenta muchos obstáculos. La mayoría de las veces, los agentes envueltos poseen una cantidad de poder, mayor o menor, que exige, a partir de diversas formas, un duplo movimiento: (a) el aumento del poder del estado en investigar, sea por la eficacia y la eficiencia, sea por la cantidad o por la cualidad de los instrumentos de control y combate; por otro lado, (b) la disminución de poder del agente público, sea en su posición en la burocracia, sea en la repercusión de las críticas de otros actores sociales (criminalización por retirada de cobertura)⁴⁶.

En un segundo aspecto, los hechos derivados de la corrupción, especialmente el soborno, son resultados de un pacto oculto que genera beneficios mutuos, o que, generalmente, interfiere en la disposición de los involucrados de colaborar con las fuerzas del Estado responsables por la investigación, sin que ocurra algún acto de traición. Tales elementos (agentes con poder, vía oculta y beneficios mutuos) refuerzan la idea de impunidad, casi una certeza para los operadores de la corrupción, y una de las características del fenómeno. Delante de un cuadro como este, los agentes involucrados en el fenómeno de la corrupción, tipificados penalmente por los sistemas penales de los dos países, no obstante la ocurrencia del procedimiento en otras partes del mundo, apuestan a la ineficiencia de la criminalidad secundaria⁴⁷ en los casos,

⁴⁶ Cf. ZAFFARONI, Raul; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte general, Buenos Aires: Ediar, 2. ed., 2005, p.11.

⁴⁷ Zaffaroni (1986) pudo demostrar, con toda propiedad, la crítica relacionada con las leyes penales. Para este autor, la ley penal no trata por igual a toda la sociedad, y la posición social es la característica que determina qué tratamiento será proporcionado. Él cree que las leyes penales no respetan el principio de igualdad. En el proceso de criminalización, el primer paso sólido en la criminalización primaria se refiere al tiempo de la

producto de la alta cifra negra y de la mínima capacidad de casos resueltos por el sistema punitivo criminal⁴⁸.

Con el fin de alcanzar efectos concretos y reales con el objetivo de disuadir las prácticas corruptas, más importantes que la percepción del tiempo de prisión, es la certeza de que estas prácticas podrán ser descubiertas y, sí así fuesen, debidamente procesadas. Una respuesta de las estructuras de investigación, una publicidad en los medios de comunicación social y una actuación de la justicia penal⁴⁹ pueden funcionar como uno de los mecanismos de control social. Puede ser considerado poco interesante no hacer el acto corrupto, con la participación de los actores de siempre, si no fuera posible o realizado el beneficio deseado por todos⁵⁰.

Este cuadro teórico tiene soporte. Hay una percepción criminológica sobre la cuestión de la corrupción que bebe en la fuente del pensamiento que coloca en cuestión el delito y su punición. El primero estudia el “crimen de guante o cuello blanco”, a partir de Sutherland (1999), todavía en mediados del siglo pasado. Para el autor, “crimen de cuello blanco puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona respetable y de status social alto, en el curso de su ocupación”⁵¹.

Sutherland (1999) no se ocupó en presentar las características del crimen de cuello blanco, más se preocupó en presentar las causas de ese tipo de crimen.

producción de las leyes, la selección de los objetos y los intereses legales a ser protegida por la ley penal y sanción de los parámetros, además de la posible inmunidad. Por lo tanto, la penalización primaria se caracteriza por la tendencia de los tipos penales incriminadores retornan a su vez a los delitos que se cometen, por lo general de personas que pertenecen a la clase en desventaja económica, mientras que los actos delictivos típicos de la clase dominante son liberados de la pena; o cuando hay penalización, esto tiene sanciones penales más favorables, así como los posibles beneficios para los agentes. Ya, la criminalización secundaria se produce en la aplicación de las leyes penales, es decir, incluso si la selectividad resultante de la criminalización primaria no funciona, hay otras formas de selectividad penal. Por lo tanto, la selectividad secundaria se produce desde el momento de la investigación penal a la condena. La aplicación de las leyes perpetuadas por el proceso de criminalización secundaria exagera el carácter selectivo del sistema penal abstracto. Después de la condena, se pasa a la selectividad o a la penalización terciaria, que se comprueba en la etapa de ejecución penal. Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 59 et seq.

⁴⁸ Cf. RUA, Gonzalo. Cohecho y Tráfico de influencias. In: BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.). *Código Penal y normas complementarias*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Hammurabi, v. 10, 2011, p. 537.

⁴⁹ Esta no es nuestra hipótesis. Los posibles efectos y la respuesta real efectiva de la policía y el aparato judicial para el fenómeno de la corrupción deben pasar por pruebas y evaluaciones empíricas con el fin de verificar si esta afirmación teórica obtiene la verificación necesaria. Esto, sin embargo, no lo hace, por el contrario, reconocer que la racionalidad instrumental de agentes criminales en todas las circunstancias, o la optimización de las medidas punitivas, representan un sistema de justicia penal más eficiente.

⁵⁰ Cf. RUSCA, Bruno. La persecución penal de la corrupción – reflexiones y propuestas de política criminal. *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. III, nº 2, Nueva Serie II, 2012, p. 137-154.

⁵¹ Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de la piqueta, 1999, p. 65.

Teniendo en vista que él refutaba las teorías existentes y demostraba que estas estaban erradas, procuró crear una teoría para explicar por qué personas ricas cometían crímenes. Así, elaboro la “Teoría de la Asociación Diferencial”. Según el autor, esa teoría explica la causa de los crímenes de cuello blanco y de todas las otras modalidades criminosas.

Para la Teoría de la Asociación Diferencial, el medio social, el convivio de las personas, la experiencia adquirida es fundamental. El comportamiento delincuente surge, en ese contexto, cuando el individuo posee, dentro de sus relaciones sociales, un número mayor de personas que transmiten la idea de que cometer determinados ilícitos presentan aspectos más favorables que desfavorables, siendo menor la cantidad y la calidad de personas que afirma lo contrario⁵².

Varios autores critican esta idea, sin embargo no hay un concepto para el crimen de cuello blanco que esté dotado de manera homogénea por los doctrinadores. Santos (2000) llega a la conclusión de que la mejor definición para el crimen de cuello blanco debe agregar, al mismo tiempo, los criterios subjetivos y objetivos. Así, se debe entender que el crimen de cuello blanco es cometido por personas de clase social alta, que se aprovechan de la confianza depositada en ellas para cometer actos ilícitos⁵³.

A partir de esta percepción de la teoría criminológica, hay una evidente selectividad del sistema penal. En muchos momentos, el actuar en algunos de los eslabones de la práctica corrupta beneficia al agente activo del crimen de cuello blanco. Se nota que, hasta la condenación, muchos actos son subjetivos, esto es, la condenación ocurrirá a partir de la interpretación de quien estuviera actuando. La unión de las instancias formal e informal genera una selectividad y, consecuentemente, una impunidad en relación a los criminosos de cuello blanco. La presencia de la selectividad puede ser percibida por la “observación de las características comunes a la población carcelaria”, por ejemplo. De acuerdo con Zaffaroni (2001), *“estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora*

⁵² Id., p. 277.

⁵³ SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, p. 203-204; PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime de Colarinho Branco*. São Paulo: Lex, Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 2.º Trimestre, Abril, Maio e Junho, 1974; MASSUD, Leonardo. O crime do colarinho branco, numa perspectiva criminológica. *Revista RT*, São Paulo, n. 833, 2005.

*outros tipos de delinquentes, como principalmente a delinquência de colarinho branco*⁵⁴.

Con la presencia de los estereotipos, las clases sociales denominadas son observadas con mayor desconfianza por las instituciones legales, y así se tornan más susceptibles a la acción del proceso criminógeno. A partir de este, se crea algo como la autoafirmación ante el prójimo. En la medida en que un individuo ve en un estereotipado los defectos que evita, pasa, directamente, a reforzar en sí propio la presencia de las cualidades que valoriza. La estereotipación de terceros nada más es que un proceso de reafirmación del sistema de valores del grupo dominante. El estereotipo adquiere otras funciones importantes para la manutención del control social

*(1) utilizado para dirigir a agressividade das classes sociais mais baixas contra o ser estereotipado, ao invés de ser utilizada, como seria de se esperar, contra o poder dominante e, ao reverso, (2) permite às classes média e alta descarregar simbolicamente as suas culpas sobre esse grupo bem definido de criminosos de classe baixa, de vez que derivam para eles a sua hostilidade contra a classe proletária. Em suma, a existência do estereótipo reduz a tensão social existente nas relações interclasses e possibilita o exercício de dominação social já retratado.*⁵⁵

La impunidad es la otra cara de la moneda de este pensamiento criminológico. Ella puede ser entendida como la ausencia de la punición en relación a una determinada persona, mismo esta haya cometido algún acto delictuoso punible. Para Cruz (2000), consiste en la no imposición de pena, o el no cumplimiento de esta, por cualquiera sea el motivo, por alguien que

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130. Traducción: "estos estereotipos permiten la catalogación de los criminosos que combinan con la imagen que corresponde a la descripción fabricada, dejando por fuera otros tipos de delincuente, como principalmente la delincuencia de cuello blanco".

⁵⁵ ANYAR DE CASTRO, Lolita. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.127. Traducción: "(1) utilizado para dirigir la agresividad de las clases sociales más bajas contra el ser estereotipado, en vez de ser utilizada, como sería de esperar, contra el poder dominante y, al revés, (2) permite a las clase media y alta descargar simbólicamente sus culpas sobre ese grupo bien definido de criminosos de clase baja, a la vez que ellos derivan su hostilidad contra la clase proletaria. En suma, la existencia de los estereotipos reduce la tensión social existente en las relaciones entre clases y posibilita el ejercicio de la dominación social ya retratada".

cometió algún crimen. De esta forma, la impunidad puede ser verificada en cualquier momento del proceso, desde la realización del acto punible⁵⁶.

Para Castro (2006), hay diversas posibilidades de clasificación de la impunidad. Esta puede acontecer de forma accidental (debido a que los acontecimientos ajenos a la voluntad de las personas envueltas en el proceso, como por ejemplo, la falta de datos que posibiliten la condenación del acusado) u ocurre de forma intencional (cuando se verifica la influencia deliberada de alguno de los agentes envueltos en el proceso, como por ejemplo, manipulación de laudos y pruebas)⁵⁷.

La impunidad también puede ser dividida en objetiva (datos concretos) y subjetiva (impresión individual). Carvalho Filho (2004) explica que la impunidad bajo la óptica objetiva ocurre cuando alguien comete un crimen y no cumple ninguna pena, mismo formalmente condenado. Así, la impunidad está ligada a la certeza de la ocurrencia del crimen, pues, de forma técnica y respetando los principios del Derecho Procesal Penal, hasta la condenación definitiva, nadie será considerado culpado. Por lo tanto, no hay impunidad hasta la condenación definitiva. La impunidad subjetiva ocurre en la falta de celeridad de los procesos criminales, en las penas proporcionalmente pequeñas en relación al crimen y principalmente, cuando alguien comete un crimen y no fue punido⁵⁸.

La impunidad aún puede ser clasificada en jurídica y política. Carvalho Filho (2004) esclarece todavía que, jurídicamente, la impunidad consiste en la no aplicación de la pena a alguien que cometió un crimen y fue investigado, mas consiguió valerse de algún “problema” de engranaje procesal penal. Bajo la óptica política, la definición recibe contornos subjetivos, pues, además de los crímenes investigados y no punidos, impune es todo individuo que comete algún crimen y no fue investigado, o cuando investigado, no fue punido; o también cuando se percibe que la ley o el juez es benevolente con algún criminoso o “especie” de criminoso, como ocurre en los crímenes de cuello blanco⁵⁹.

⁵⁶CRUZ, Levy. *Impunidade na Sociedade Brasileira*: algumas ideias para seu estudo, 2000.

Disponível em:

<<http://www.fundaj.gov.br/noticia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=375&textCode=1227>>. Acesso em 6 ago. 2014.

⁵⁷CASTRO, José Carlos de. *Improbidade Administrativa*, 2006. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/GAEMLTNMNGGA.pdf>. Acesso em 7 Ago. 2014.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Impunidade no Brasil: Colônia e Império*, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200011&script=sci_arttext. Acesso em 12 set. 2014.

⁵⁹ Id., *ibid.*

Para Melo (2003), el criminoso de cuello blanco es un agente racional que potencializa las oportunidades de un incumplimiento a la norma jurídica, aprovechándose de los deficientes mecanismos de coerción. El autor, en un abordaje criminológico típico de una escuela criminológica, coloca que: “*São precisamente os níveis de coerção institucional existentes sobre agentes que definem o grau de corrupção em uma dada sociedade. Assim, quanto maior coerção, menor corrupção; quanto menor coerção, maior corrupção*”. Cada criminoso es un ser racional que aprovecha sus potencialidades, facilidades y, cuando aliado al potencial criminoso de alguien es acrecentado la ineficacia de las instituciones sancionadoras (mecanismo institucional coercitivo), actuará de acuerdo con las oportunidades producidas por esa ineficacia, especialmente porque la consecuencia de este “entroniza” en el agente la perspectiva diminuta del riesgo de punición, es llevada en consideración en la elección racional⁶⁰.

En otro campo del pensamiento criminológico, que extrapola la limitación de los tipos penales, como los ya referidos en los códigos penales de Brasil y de Argentina, o la definición de que es el crimen, el delito y su punición, Eugenio Raúl Zaffaroni destaca que “el principal interés criminológico (...) debiera polarizarse en dos sentidos: a) en la corrupción que asume proporciones significativas en el ámbito de las economías nacionales; y b) en la que tiene lugar en el funcionamiento del sistema penal, o sea, en el ejercicio de los poderes punitivos”⁶¹.

Frente a la coyuntura económica de la región, en el período de los últimos 25 años de democracia y de economía periférica, ocurre, para Zaffaroni (1990), una brecha entre la realidad económica y las pautas legales, que se amplió al depender de la forma como cada momento político se ofreció. En este contexto, la corrupción como parte de esos procesos de democratización mitigada, encareció el *modus operandi* de la política y de la economía, especialmente por la mayor libertad de prensa y del pluripartidismo⁶².

Ya en el ejercicio del poder punitivo, en los dos países, mas también en todo el continente, hay un grado de corrupción, decurrente del poder selectivo que implica el ejercicio de este. Dice Zaffaroni: “la selección punitiva es tan amplia y

⁶⁰Cf. MELO, 2003, op. cit., p. 157. Traducción: “son precisamente los niveles de coerción institucional existentes sobre agentes que definen el grado de corrupción en una sociedad dada. Así, cuanto mayor coerción, menor corrupción; cuanto menor coerción, mayor corrupción”.

⁶¹ Cf. ZAFFARONI, 1990, op. cit., p. 371. Y, después en p. 372: “Desde el punto de vista de cualquier criminología crítica (y desde el de cualquier crítica del ejercicio del poder punitivo) creemos que esta focalización se impone como prioritaria, al mismo tiempo que también permite descartar la consideración del fenómeno al nivel ingenuo de aislamiento arbitrario que le otorga la perspectiva etiológica.”

⁶² Ibid., p. 375.

arbitraria, que solo puede reducirse su práctica corrupta, mas no erradicarla”⁶³. Luego, el grado de violencia selectiva de un sistema penal se da en razón directa con el de corrupción de sus prácticas. En el caso de los sistemas penales latinoamericanos, que funcionan en sociedades mucho estratificadas o con la riqueza muy polarizada, con profundas desigualdades sociales y de ingreso, hay un elevado grado de prácticas corruptas.

Para la crítica criminológica, todavía, al uso de los sistemas penales para enfrentar la corrupción, dice que esto no pasa de (otra) ilusión del discurso jurídico-penal y de los aparatos de propaganda del sistema penal. Zaffaroni (1990) coloca la cuestión de forma precisa:

Un refuerzo del poder punitivo con la pretensión de enfrentar a la corrupción, en sistemas penales altamente represivos, violentos y selectivos, implica una acentuación de esos caracteres negativos y de la corrupción consiguiente del sistema penal. En ese marco general, este mayor poder represivo corre el riesgo de convertir al sistema penal en un instrumento de los sectores económicos que compiten por la hegemonía. Es muy probable que el sistema penal sea usado por estos sectores y que también se haga cargo de quienes pierden en esta competencia, o sea que resulte aliado de quienes dominan en la corrupción, en lugar de contener la corrupción⁶⁴.

Y continúa:

Se nos ocurre que es muy ingenuo pretender controlar un fenómeno que es estructural de una forma económica y que, además, se incrementa en función de una distribución internacional del trabajo muy particular, mediante la apelación a un ejercicio de poder punitivo que, por su parte, dado su arbitrario e incontrolado poder selectivo, también es estructuralmente corrupto. Nos parece bastante lógico

⁶³ Id., *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 377.

que ese poder punitivo, bajo pretexto de controlar la corrupción, se corrompa más y termine sirviendo a la misma⁶⁵.

La crítica de Zaffaroni (1990) no deja de apuntar para una vinculación entre modelo capitalista, especialmente en los llamados países periféricos (o dependientes), y el aumento de la corrupción en la práctica social y pública como forma de relación entre los intereses públicos y privados de cada sociedad. En cuadros así, el remedio (“única vía”) para contener la corrupción es el control público y el ejercicio democrático (real y participativo). Cabe, para él, a partir de una evaluación que el sistema penal constituye una amenaza para el ejercicio democrático, dada la extrema violencia que lo caracteriza en la región latinoamericana, reducir la presión represiva de los sistemas penales y no su aumento. Esta disminución de la violencia represiva del sistema penal no garantizará, dice el criminólogo, el desaparecimiento de la corrupción (pública, económica y de los propios sistemas penales). Mas, habrá una reducción de las prácticas corruptas (“a menor poder menor corrupción en su ejercicio”) y no causará riesgo al funcionamiento democrático progresivo, tan frágil en la región, que, al fin y al cabo, será el único modo de contener tales prácticas⁶⁶.

Se trata, pues, de discutir cómo se avanzó en el control de la corrupción, como forma de ejercicio del poder, y consiguientemente, de la política, por medio de las normas (jurídicas) y de las instituciones.

CONTROL

La evolución jurídica de las instituciones y de las normas de control de la corrupción fue grande desde que ella adoptó otro sentido en la modernidad capitalista. Si se fuera a imaginar la legislación, las instituciones, las formas y los modelos de combate a la corrupción, del inicio del Siglo XX para 100 años después, en la virada del siglo con una rápida transformación de estas relaciones y sus institutos en los primeros años del Siglo XXI, se verá que hubo substantivas diferencias. Se trata, por lo tanto, de destacar que a partir del último cuadro del Siglo XX, más que en categorías de la legislación criminal y de los padrones éticos de las sociedades argentina y brasilera, las conductas y las relaciones entre las esferas públicas y privadas mudaron substancialmente de

⁶⁵ *Ibid.*, p. 377-378.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 377 -381.

forma, al causar más y diferentes tipos de conductas sometidas a la idea de “corrupción”.

De ahí, es evidente que el control de la corrupción pasó por mudanzas, sin perjuicio de la manutención de las instituciones tradicionales de control (policía, poder judicial, órganos administrativos, ministerio público). Además de la expansión de las conductas sometidas a la legislación criminal en los dos países, especialmente en el final del siglo XX, el proyecto de control de la corrupción creó otras legislaciones, derivadas de una estrategia importante de los organismos internacionales, además de un proceso de aproximación de normas internacionales e internas, creación y ampliación de escritorios oficiales, surgimiento de organizaciones no gubernamentales, y la creación de procedimientos anticorrupción en los más variados niveles, incluyéndose ahí las empresas y las instituciones públicas.

EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DE LAS INSTITUCIONES

El nivel de *accountability*⁶⁷ en los países posee importancia central para el control de la corrupción. Esa tercera cuestión, íntimamente relacionada a los

⁶⁷Se define aquí la rendición de cuentas, *accountability*, en su sentido más amplio, como el deber de los individuos, agencias y organizaciones (públicas, privadas y civiles) para la ejecución de sus competencias correctamente. En el estricto campo del sector público, que corresponde a la responsabilidad del gobernante de prestar cuentas de sus acciones, lo que significa que presenta lo que hace, cómo lo hace y por qué lo hace. El *accountability* es un tema central en el debate actual sobre las nuevas democracias. Para muchos, la democracia es fuerte cuando se cuenta con mecanismos eficaces de rendición de cuentas. Ver: DIAMOND, Larry e MORLINO, Leonardo. *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005, p. ix-xiii; MAINWARING, Scott ;WELNA, Christopher (Orgs.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-33; SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry, PLATTNER, Plattner. *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28. El problema en Brasil ha tomado una dimensión simplista al igual que el “deber” de prestar cuenta del administrador público. En un futuro próximo se deberá avanzar, entre otros aspectos del concepto y del conjunto de la sociedad civil, del “derecho” de que las cuentas dadas, como algo de la esencia del control del poder. Aquí vale la pena ver “O Federalista” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993). Véase la reflexión de Madison: “Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos” (Ibid., Art. 51, p. 350, traducción: “Pero que es el propio gobierno, sino la mayor de las críticas a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, no haría falta ningún gobierno. Si los hombres fuesen gobernados por los ángeles, el gobierno no necesitaría controles externos o internos”). En los países del bloque latinoamericano esa pregunta todavía es deficiente, incluso en las constituciones democráticas más recientes (casos de Brasil - 1988 - y Argentina - 1994 - reforma constitucional) que no se han consolidado los sistemas de control del poder por parte del ciudadano. Este último debate en el ámbito del Derecho constitucional comparado de América Latina se puede analizar desde las reflexiones de Raúl Ferreyra. Ver: FERREYRA, Raúl Gustavo. Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado, *Academia. Revista*

niveles de corrupción, coloca la siguiente ecuación: cuanto menor el ejercicio de la *accountability*, mayores los niveles de corrupción. En este sentido, la solución para los diversos tipos de corrupción está ligada directamente a las acciones de control. En la Administración Pública de Brasil y Argentina, ese control es ejercido (muchas veces de forma asistemática) por diversas instituciones. Con el propósito de verificar los desempeños de leyes o de las instituciones y, por consiguiente, de los niveles y las formas de *accountability*⁶⁸ en la esfera pública⁶⁹,

sobre enseñanza del Derecho, año 8, nº 15, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010, p. 83-122. En otra tradición, cerca de la acción del funcionario público, pero con el mismo fundamento que hay cierta ética en la dirección de los asuntos políticos, se recuerda la expresión acuñada por Churchill, en el siglo XIX, y se utiliza docenas de veces en sus escritos y discursos: *correctitud*. Una combinación de *correct* (correcto) y *rectitude* (rectitud), cf. LANGWORTH, Richard M. *A sutileza bem-humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas*. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012, p.87. El texto en el que se utiliza la expresión es la siguiente: “... enquanto respeitava todas as formas de correctitude oficial, ele buscava ‘uma saída’ sem qualquer compaixão”. (Traducción: ... “en cuanto respetaba todas las formas de *correctitud* oficial, el buscaba ‘una salida’ sin compasión”). Al mismo tiempo que se coloca la intención de elegir entre la elección racional (correcto o incorrecto de este o aquel aspecto) y entre los honestos y los deshonestos (rectitud).

⁶⁸ En el campo de las formas de rendición de cuentas (*accountability*) existe un debate acerca de su relación con la sociedad. Como suele ocurrir en el pensamiento del ámbito social, se utilizan explicaciones dicotómicas: formas dialógicas, críticas y argumentativas frente a las formas burocráticas, jerárquicas y no participativos. En el caso del control de la corrupción pública, hay una tensión y una contradicción permanente entre la rendición de cuentas y la responsabilidad que afecta a la producción de normas que se ocupan de prevenir el fenómeno. Ver: MIRANDA, Luiz Fernando. *Pensando a Corrupção na Política: aspectos teóricos e empíricos*. 2007. 535F. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). IUPERJ: Rio de Janeiro; y TAYLOR, Mathew M. Corruption, Accountability Reforms and Democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles H.; MORRIS, Stephen D. *Corruption & Democracy in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2009, p. 150-168.

⁶⁹ Esfera pública como concepto de Habermas. Esta no es la “esfera pública burguesa” que el “joven” Habermas (1984) designó (p 67.) “*como a esfera em que pessoas privadas se juntam enquanto um público; bem cedo, reclamaram que essa esfera pública fosse regulada como se estivesse acima das próprias autoridades públicas; de forma a inclui-las num debate sobre as regras gerais que governam as relações da esfera da troca de bens e de trabalho social basicamente privatizada, mas publicamente relevante. [Para concluir que] o meio deste confronto político era peculiar e não tinha precedente histórico: o uso público da razão pelos intervenientes*” (Traducción: “como el ámbito en el que las personas privadas se unen como un público; temprano, se quejaron de que esta esfera pública se regula como si estuviese por encima de las propias autoridades públicas; con el fin de incluirlos en un debate sobre las reglas generales que rigen las relaciones de la esfera del intercambio de bienes y trabajo social básicamente privatizados, pero públicamente relevante. [Para la conclusión de que] el medio de esta confrontación política era peculiar y no tenía precedentes históricos: el uso público de la razón por las partes interesadas”). La propuesta original pudo ver la esfera pública como un foro para la formación de la opinión pública. Habermas (1984) reconoce que este espacio se ha reducido para el desarrollo de estrategias de publicidad y de marketing que han intensificado el carácter comercial de los medios de comunicación y la mejora de la dicotomía entre lo público y privado debido a las acciones del estado de bienestar social (véase: Habermas, 1984, op. cit., p. 112). Habermas (1997) abandonó el modelo bipolar que puso a la sociedad civil en oposición al Estado, y optó por la consideración de los diversos escenarios públicos o discursivos repartidos por toda la sociedad. La esfera pública se ha convertido en el lugar de los conflictos entre los diferentes grupos de interés que buscan medios para manipular a la audiencia, o el público. El término “público” aquí puede ser usado para referirse a diferentes fenómenos, como algo abierto y disponible para todos (visibilidad); algo que podrían

son necesarios esfuerzos múltiples en el combate a la corrupción –controles verticales y horizontales – bajo la forma de un sistema⁷⁰ compatible con las estructuras jurídicas y políticas⁷¹ dotados de eficiencia. Tales estructuras coloca la cuestión de la corrupción dentro de un marco teórico de soluciones de conflictos a partir de un marco racional y positivo (constitucional, criminal, civil y administrativo) de reducción de los impactos de la corrupción en el Brasil y Argentina como promoción de un Estado de Derecho.

En el debate sobre políticas para combatir la corrupción a partir de las instituciones, hay algunos tópicos importantes: (i) la transparencia del sector público, (ii) la prestación de cuentas de políticos y administradores y (iii) el fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización y control, que pueden estar tanto ligados al Estado como a la sociedad civil (sin ningún tipo de dicotomía excluyente entre Estado y sociedad). Varios autores⁷² apuestan al papel del control social, ejercido por medio de organizaciones de la sociedad civil, la prensa, la iniciativa privada o los ciudadanos particulares.

Al lado del control social, muchas veces denominado “control vertical”, existe el “control horizontal”, el término se refiere al control ejercido entre los propios poderes políticos. Por ejemplo, el control jurídico-financiero-administrativo, ejercido por los Tribunales de Cuentas⁷³, el control jurídico – *stricto sensu* – ejercido por la Fiscalía⁷⁴ y por los Tribunales del Poder Judicial y el control del Poder Legislativo sobre la Administración. Doctrinadores

relacionarse con todos (de interés común) y como una reunión de personas, o audiencias (Habermas, 1997, op. cit., especialmente pp. 69-72). Este es el sentido utilizado aquí.

⁷⁰Cf. MARTINS, Carlos Estevam. Governabilidade e controles. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 23, n° 1, 1989, p. 5-20; O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n° 44, 1998.

⁷¹Cf. SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *Corrupção & improbidade: críticas e controle*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011; DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Madrid: Hispania Libros, 2005; DURRIEU, Jr., Roberto. *Business crimes in Argentina & Latin America*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008; MANFRONI, Carlos A. *La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001; TODARELLO, Guilherme Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008; y ROSE-ACKERMAN, 1999, op. cit.

⁷²Ver una sistematización de esos autores en KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sobre controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994; _____. *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Buenos Aires: Sudamericana, 1994. En el caso de la literatura brasilera ver: AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, op. cit; y AVRITZER, Leonardo et alli (orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

⁷³FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2003. Ver especialmente em el cap. V el item 6 (“Ética e Controle”), p. 649 et seq.

⁷⁴Cf. CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O significado do Ministério público na prevenção e combate dos desmandos da Administração Pública brasileira: um estudo crítico-discursivo*. 2002, 542f. Tese (Doctorado). Universidad Del Museo Social Argentino: Buenos Aires.

enfatan las posibilidades de aumentar la eficiencia de esas instituciones⁷⁵. El desempeño de esas instituciones depende, en muchos casos, de su independencia, de los recursos humanos y materiales disponibles para la actuación y de la motivación de sus integrantes para ejercer su función.

Existe también el control interno. Gobiernos y Administraciones Públicas, en la mayor parte de los casos, están interesados en aumentar su desempeño y evitar la exposición al escándalo. Por ese motivo, mantienen una serie de mecanismos para la identificación de fallas de eficiencia⁷⁶. Las nuevas tecnologías de información pueden ser decisivas en el enfrentamiento de esas cuestiones. También hay experiencias con instituciones relativamente nuevas, como Auditorías (Defensorías), Contralorías y áreas de Transparencia y Control, para aumentar la voz del ciudadano dentro de la Administración y prevenir y o punir casos de corrupción.

Con todo, el punto de partida todavía es la premisa, expuesta en el capítulo anterior, de que el fenómeno de la corrupción es un fenómeno de poder. Y, el control de este poder fue mudando a lo largo de la historia y de las normas de cada sociedad. La limitación del poder del príncipe es la gran conquista del constitucionalismo liberal advenido de la revolución francesa e independencia norte-americana, tornándose hasta los tiempos actuales una de las funciones más importantes de las constituciones. Para Stern (1987), “la limitación del poder y el control del proceso del poder no son solamente función de la Constitución del Estado de Derecho, sino también al mismo tiempo un objetivo por la propia libertad del individuo”⁷⁷.

No solo como medio de alcanzar la libertad del individuo sirve la función de limitación del poder, sino también para la anhelada y, por veces utópica, sociedad justa y, consecuentemente, más igualitaria. Dentro de ese ideario, “la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – (la constitución) – destinadas a limitar el ejercicio del poder político”⁷⁸.

⁷⁵Existe una excelente síntesis de esos atores en FURTADO, 2012, op. cit.

⁷⁶CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. In: *Direito Público*, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto Alegre/Brasília: Síntese/IDP, p. 203.

⁷⁷STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 236.

⁷⁸⁴LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2. ed., Editora Ariel: Barcelona, 1976, p. 149.

La Constitución tuvo y tiene la función, en el actual contexto histórico y político, de control, pues:

*(...) se a constituição perde carácter dirigente é lógico que esta perda de regulação activa seja compensada pelo aumento do poder de controlo da constituição. Quer dizer: a constituição tem agora de se preocupar com o poder não apenas para lhe dar legitimidade mas também para se afirmar definitivamente como uma estrutura básica de controlo.*⁷⁹

En este actual contexto, la Constitución del Estado Democrático de Derecho pretende, “institucionalizar sistemas de observación”⁸⁰. Mantiene la Ley fundamental, tal cual como pretendían los constitucionalistas liberales, el control, indispensable, de los poderes oriundos del Estado. En este aspecto, el constitucionalismo liberal consiguió delimitar el poder del Estado, entretanto, el fenómeno contemporáneo de la globalización, muchas veces escapa al poder de regulación y limitación de la Constitución y de su fuerza normativa, por veces, esos nuevos factores reales de poder, actúan en la propia descontinuidad si no de la Ley Fundamental, al menos de las normas de esta, que impiden el libre pase (y, no raras veces impunes) del poder económico por el (los) mercado (s).

Por lo tanto, la Constitución pasa a supervisar las fuerzas que emanan de los focos de poder, o sistemas, de la sociedad, pues:

Estes subsistemas exigiram a institucionalização de formas de controlo “débeis” ou à “distância” (através de entidades independentes...). Trata-se, em muitos casos, de um “olhar por alto” (citando Pedro Barcelar de Vasconcelos, Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder, Lisboa, 1996, pp. 86 ss, 114 ss.) ou de uma supervisão que, em vez de intervenções políticas autoritárias, discretas e hierárquicas, prefere procedimentos discursivos possibilitadores de um confronto

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 1290. Traducción: “(...) si la constitución pierde carácter dirigente es lógico que, esta pérdida de regulación activa, sea compensada por los aumentos del poder de control de la constitución. Quiere decir que: la constitución tiene ahora que se preocupar con el poder no apenas para darle legitimidad, sino también para afirmarse definitivamente como una estructura básica de control”.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1290.

*dos controladores com as regras asseguradoras da flexibilidade e estabilidade dos vários sistemas sociais.*⁸¹

La limitación del poder estatal fue una de las formas de garantizar los derechos fundamentales de primera generación. Mismo que, de forma tímida y circunscrita a un grupo específico de la sociedad, en el primer momento, el individuo, con las conquistas de la revolución francesa, pasa a ser sujeto de la política, no restringiéndola al poder soberano del príncipe. Con el advenimiento de la Constitución del Estado Social, se amplió una búsqueda de la igualdad en la sociedad y constante disminución de las diferencias sociales y económicas. Para que los ciudadanos ejerzan la libertad y la autodeterminación, los mismos deben tener condiciones materiales e intelectuales próximas o similares.

4. CONCLUSIÓN: ESTADO DE DERECHO Y EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN

La idea de un “Estado de Derecho” siempre fue polémica. A lo largo de su consolidación, especialmente en los límites geográficos de los dos países en estudio, muchos períodos se pasaron. Muchas batallas fueron enfrentadas. Innúmeras dificultades fueron superadas para que se alcanzase el actual período histórico de una sociedad democrática, que, a pesar de los problemas que ven vivenciando Brasil y Argentina.

Claro que fueron necesarios siglos para que la democracia se fuera perfeccionando, en todo el mundo, removiendo obstáculos, lapidando sus institutos y adaptándose al creciente desenvolvimiento de sus sociedades y aprendiendo con las particularidades de cada nación que la adoptó (la democracia), como ambiente de desenvolvimiento social. Ya en la virada del siglo anterior, esta reflexión estaba dada, en Croiset (1911), pues la democracia resulta necesariamente de ciertas circunstancias dadas, y de esto no resulta que se pueda realizarla sin esfuerzo, ni que la democracia no se arriesgue a encontrar ciertas dificultades particulares⁸².

Todo Derecho en el mundo fue adquirido mediante luchas. Los principios de derechos que hoy están en vigor fueron impuestos por las luchas a aquellos que

⁸¹ Id., p. 1290 e 1291 (Traducción: Estos subsistemas exigirán la institucionalización de formas de control “débiles” o a la “distancia” (a través de entidades independientes...). Se trata, en muchos casos, de un “mirar por alto” (citando Pedro Barcelar de Vasconcelos, Teoría Geral do Controlo Jurídico do Poder, Lisboa, 1996, pp. 86 ss, 114 ss.) o de una supervisión que, en vez de intervenciones políticas autoritarias, discretas y jerárquicas, prefiere procedimientos discursivos posibilitadores de un confronto de los controladores con las reglas aseguradoras de la flexibilidad y estabilidad de los varios sistemas sociales).

⁸² Cf. CROISSET, Alfred. *Les démocraties antiques*. Paris: Ernest Flammarion, 1911, p. 38.

no los aceptaban. Así, todo Derecho, tanto el de un pueblo, como el de un individuo, presupone que estos, el individuo y el pueblo, están dispuestos a defenderlo. Así, el Estado de Derecho presupone la participación popular en el desenvolvimiento de la democracia y en el desempeño del Estado, como agente conductor de las necesidades y anhelos sociales. El presupuesto básico de esta participación social es la posibilidad del efectivo control del “poder público”, características mayor del actual sistema constitucional.

Siguiendo el raciocinio de Gordillo (1997), los individuos actúan por medio de sus “órganos físicos: los seres humanos” y, las persona jurídica estatal, por intermedio de una estructura de órganos jurídicos creados para tal fin, los cuales, por su vez, son desempeñados por órganos físicos- determinados seres humanos que integran la colectividad. Esta teoría se resume así:

O vocábulo 'Estado' é utilizado assim, tanto para designar: 1) a realidade política de um povo inteiro; como, 2) a figura jurídica que personifica esse povo no âmbito do direito; 3) como o conjunto de órgãos jurídicos através dos quais atua essa figura jurídica. No primeiro casos temos o Estado na sua personalidade política, no segundo temos a personalidade jurídica do Estado; no terceiro temos o Estado na sua organização atuante.⁸³

Se ve, pues, que en la teorización del “Estado”, sea en la planificada por Gordillo (1997), sea en todas las demás doctrinas que se preocupan con el “Estado de Derecho” – en sus diversas variaciones y adopciones por la vida moderna (Liberal, Social, Social Democrática, Democrática de Derecho) –, no disienten, en esencia, en cuanto a su origen popular, esto es, que el Estado, en cuanto considerado como persona jurídica estatal, es una proyección del pueblo al plano del Derecho. La personificación jurídica del “Estado”, tal como lo conocemos en nuestro cotidiano, surge con su institución por el texto constitucional, creado de forma soberana por el pueblo, en el caso de las Constituciones ditas como

⁸³ GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 89. Traducción: “El vocablo ‘Estado’ es utilizado así, tanto para de definir: 1) la realidad política de un pueblo entero; como, 2) la figura jurídica que personifica ese pueblo en el ámbito del derecho; 3) como el conjunto de órganos jurídicos a través de los cuales actúa esa figura jurídica. En el primer caso tenemos el Estado en su personalidad política, en el segundo tenemos la personalidad jurídica del Estado; y en el tercero tenemos al Estado en su organización actuante”.

“rígidas” – impuestas por una asamblea dependiente directamente del pueblo. Inherente a la personificación jurídica del “Estado” – distinta, por obvio, del régimen jurídico privado es la atribución, por el pueblo, de la facultad de actuar coercitivamente, lo que llamamos genéricamente de “poder”.

No se habla en poder o en uso del poder, sin vincular la idea de limitación de este mismo poder. Sobre todo en las sociedades ditas como democráticas y pautadas en el Estado de Derecho. Indiscutible que el poder del Estado es una unidad. Más, también es irrefutable que el poder se ejerce mediante poderes-funciones provenientes de esta unidad. O, mejor dicho, una separación de los poderes en la razón directa de sus funciones, generando un sistema de equilibrio en la actuación del Estado. Fue a partir del necesario equilibrio entre los poderes que surgieron las primeras ideas de autolimitación del poder – considerando tanto como poder unitario, como poderes separados – hasta que se consiguió, en las *“sociedades evolucionadas, o sistema de equilibrios por convergência ou por irradiação de poderes”*⁸⁴ no sólo para corresponder a las exigencias de la vida individual y colectiva, sino también, para la realización de una orden jurídica, política y social. Para esto, buscaron las sociedades, a lo largo del tiempo, un *“sistema de poderes equivalentes, por forma que a atividade de cada um contrabalance a atividade dos outros. Esse regime de poderes paralelos (aspecto dinâmico), ou de balança de poderes (aspecto estático), é inseparável das democracias”*⁸⁵.

Por fin, es importante tener presente que el repudio a la corrupción no puede ocurrir apenas en la esfera política, como laxitud acerca de la conducta individual. La corrupción no puede representar un “buen negocio” del cual no participen los otros, de entre ellos nosotros mismos. Así es importante que a largo plazo, ocurra una evolución de mentalidad social, de modo que las pequeñas ventajas indebidas sean tan repudiadas cuanto la corrupción pública. Y, para eso, no hay otra solución que una maciza y abundante inversión en educación y en ciudadanía. Es que la corrupción en Brasil y Argentina tiene un denominador común que es el bajísimo nivel de compromiso ciudadano que caracteriza a nuestras sociedades. La gran batalla que hay que ganar es contra la apatía de los ciudadanos. Si se puede ganar esa batalla seguramente se ganaran todas las demás.

⁸⁴ Id., p. 90. Traducción: “sociedades evolucionadas, el sistema de equilibrio por convergencia o por irradiación de poderes”.

⁸⁵ Id., p. 92. Traducción: sistema de poderes equivalentes, de forma que la actividad de cada uno contrabalancee la actividad de los otros. Ese régimen de poderes paralelos (aspecto dinámico), o de balanza de poderes (aspecto estático), es inseparable de las democracias”.

La cuestión no pasa por los falsos dilemas: instituciones *versus* prensa independiente; ni gobierno *versus* sociedad; ni estado *versus* mercado; ni política *versus* ética. Esta supuesta contradicción que impide combatir efectivamente a la corrupción se resuelve con otros paradigmas: instituciones *más* prensa independiente; gobierno *más* sociedad; estado *más* mercado y política *más* ética. Sólo estas sumas positivas pueden terminar con el “juego de suma cero” (el juego en que “todos pierden”) en el cual los dos países aparecen prisioneros. Si bien es necesario mejorar los controles y contra-controles institucionales, no se puede soslayar la necesidad de incentivar mecanismos de participación de la comunidad. Porque no hay Congreso, ni Auditoría General, ni Fiscalías que sean suficientes para esta tarea, si al mismo tiempo no están acompañados por una sociedad civil que sea capaz de participar y comprometerse moralmente.

En la actualidad, para controlar la corrupción (o bien reducirla a su menor expresión) es necesaria la concurrencia simultánea de los actores sociales unidos en un lugar común desde el cual expresen su pensamiento sobre el tema, muestren sus estrategias para controlarlos, y brindan información a los ciudadanos sobre acciones concretas desarrolladas en tal sentido.

Sólo sobre el principio de legalidad-constitucionalidad, sólo sobre la diferencia conceptual entre vigencia inválida (vigor inconstitucional) y validez retórica (constitucionalidad no operativa) puede basarse la función garantista del Derecho contra la arbitrariedad, el capricho, el despotismo o la corrupción. Se puede así afirmar – con aparente paradoja – que la evaluación de la idea de la legalidad – tan cara al positivismo jurídico – como fuente exclusiva y exhaustiva del Derecho ha terminado por ser una instancia – si se quiere iusnaturalista – de racionalidad y justicia. El uso técnico y heterónomo de la prohibición originaria – ingrediente básico de la ilusión paleo-positivista que creía racionalizado todo lo real y realizado todo lo racional⁸⁶ – entreabre al final el uso simbólico y autónomo de la institución originaria de la prohibición, y por esa rendija puede vislumbrarse la tensión originaria entre la justicia *ex parte populi* y el Derecho *ex parte principis*, es decir, puede vislumbrarse el fenómeno del poder.

La teoría del Derecho y el estudio de la corrupción pueden ser así un modelo de observación del poder. Desde luego, no el único posible, sino “un” modelo más de observación. Un uso exclusivo de la teoría jurídica en la conceptualización del poder puede resultar distorsionante. Para obtener una visión completa del poder habría que observar – además de lo que el Derecho dice de él – el trascender de las relaciones de poder más allá de los límites de los

⁸⁶ HEGEL, 2002, op. cit., p. 57, en el prólogo dice: “Lo que es racional es real y lo que es real es racional”.

sistemas que las organizan.

La complejidad interna de estas formas y el juego de luchas y enfrentamientos incesantes, especialmente en países como Argentina y Brasil las transforma, las refuerza, las interviene. Un Estado puede ser muy avanzado si se miran sus principios y términos constitucionales y muy retrasado si se miran sus técnicas coercitivas, o sea, las garantías que permiten el control o la neutralización de los poderes.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.
- ANYAR DE CASTRO, Lolita. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARENDDT, Hannah. *¿Qué es la política?*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1997.
- _____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- AVRITZER, Leonardo et alli (orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.
- BARTHES, Roland. *Mitologias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e relações sobre o poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ANPOCS, 1995.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha contra la Corrupción de los Gobernantes: Una Tarea Pendiente, en RODRIGUÉS GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.), 2004, op. cit.
- CABRAL, Armando. *El top ten de la corrupción K*. Disponible en: <http://www.laliquidatoratdf.com.ar/2015/11/el-top-ten-de-la-corrupcion-k/>. Acceso en 12 dez. 2015.
- CAMAROTTI, Gerson. *Memorial do escândalo: os bastidores da crise e da corrupção no governo Lula*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.
- CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O significado do Ministério público na prevenção e combate dos desmandos da Administração Pública brasileira: um estudo crítico-discursivo*. 2002, 542f. Tese (Doctorado). Universidad Del Museo Social Argentino: Buenos Aires.

- CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional, a Ordem Jurídica e o Ordenamento Económico da União Europeia*. 4.ª ed., Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- CAPALBO, Daniel; PANDOLFO, Gabriel. *Todo tiene precio*. Biografía no autorizada de José Luis Manzano. Buenos Aires: Planeta, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
- CASTILLA, Vanessa G. Iribarren. *Investigación de las hablas populares rioplatenses: el lunfardo*, 2009. 3371f. Tese (Doutorado em Filologia). Madrid: Universidad Complutense de Madrid..
- CASTRO, José Carlos de. *Improbidade Administrativa*, 2006. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/GAEMLTNMNGGA.pdf>. Acesso em 7 Ago. 2014.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial; una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Impunidade no Brasil: Colônia e Império*, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200011&script=sci_arttext. Acesso em 12 set. 2014.
- CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. *O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal*. In: *Direito Público*, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto Alegre/Brasília: Síntese/IDP.
- CROISSET, Alfred. *Les démocraties antiques*. Paris: Ernest Flammarion, 1911.
- CRUZ, Levy. *Impunidade na Sociedade Brasileira: Algumas Idéias para seu Estudo*, 2000. Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/noticia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=375&textCode=1227>>. Acesso em 6 ago. 2014.
- DEBRAY, Régis. *O Estado Sedutor*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.
- DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Madrid: Hispania Libros, 2005.

- DURRIEU, Jr., Roberto. *Business crimes in Argentina & Latin America*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. T. I. Madrid: Taurus, 1987.
- _____. *Direito e Democracia*. Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro (2 v.), 1997.
- _____. *Verdade e justificação*. Ensaio Filosófico. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz, 2008.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Universidade São Francisco, 2002.
- _____. *Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito natural: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9º d. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, nº 15, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Las raíces de la corrupción en Brasil: estudio de casos y lecciones para el futuro*, 2012. 458f. Tesis (Doctor en Derecho) Universidad de Salamanca, Salamanca.
- GARDINER, John. Defining Corruption. In: PUNCH, Maurice; KOLTHOFF, Emile; GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 6,

- disponible en <http://politicacriminal.cl/n_03-a_1_3.pdf>. Acceso en 14 ene. 2016.
- KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sobre controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994;
- _____. *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Buenos Aires: Sudamericana, 1994.
- LANGWORTH, Richard M. *A sutileza bem-humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas*. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*, 2. ed., Editora Ariel: Barcelona, 1976.
- LOWI, Theodore J. *Power and Corruption: political competition and the scandal market*. In: APOSTODOLIDIS, Paul e WILLIAMS, Juliet A. *Public Affair: politics in the Age of Sex Scandals*. Durham/London: Duke University Press, 2014, p. 69-100.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (Orgs.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-33.
- MANFRONI, Carlos A. *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- _____. *La convención interamericana contra la corrupción anotada y comentada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- MARTINS, Carlos Estevam. *Governabilidade e controles*. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 23, nº 1, 1989.
- MARTINS, Rui. *O dinheiro sujo da corrupção*. São Paulo: Geração Editorial, 2010.
- MASSUD, Leonardo. *O crime do colarinho branco numa perspectiva criminológica*. *Revista RT*, São Paulo, n. 833, 2005.
- MONTENEGRO, Maximiliano. *Es la eKonomía, estúpido: historia secreta de las decisiones, trampas y falacias del kirchnerismo*. Buenos Aires, Planeta, 2011.
- MIRANDA, Luiz Fernando. *Pensando a Corrupção na Política: aspectos teóricos e empíricos*. 2007. 535F. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). IUPERJ: Rio de Janeiro.

- NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *El sistema institucional de control de la corrupción pública en Brasil y en Argentina de los últimos 25 años – un análisis jurídico a partir de la integridad del poder*, 2016, 493F. Tesis (Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n° 44, 1998.
- PERISSINOTTO, Renato M. *Poder: imposição ou consenso ilusório? Por um retorno a Max Weber*. In: NOBRE, Ricardo Freire (org.). *O poder no pensamento social: dissonâncias*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime de Colarinho Branco*. São Paulo: Lex, Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 2.º Trimestre, Abril, Maio e Junho, 1974.
- PLATO. *Fedro*. Lisboa: Word, 1973.
- ROSA, Mário. *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*. São Paulo: Geração Ed. 2003.
- RUA, Gonzalo. *Cohecho y Tráfico de influencias*. In: BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- RUSCA, Bruno. *La persecución penal de la corrupción: reflexiones y propuestas de política criminal*. *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. III, n° 2, Nueva Serie II, 2012.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.
- SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry, PLATTNER, Plattner. *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.
- SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. *Corrupção & improbidade: críticas e controle*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1999.

- TAYLOR, Mathew M. *Corruption, Accountability Reforms and Democracy in Brazil*. In: BLAKE, Charles H.; MORRIS, Stephen D. *Corruption & Democracy in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2009.
- TODARELLO, Guilherme Ariel. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- VASCONCELOS, Frederico. *PGR cria unidade para repatriar dólares bloqueados de atividades criminosas*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 4 jan. 2014.
- VERBITSKY, Horacio. *Robo para la corona: los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1991. VIJVER, Kees van der; e VLIET, Bram van (eds.) *Coping with Corruption in a Borderless World: Proceedings of the Fifth International Anti-Corruption Conference*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers: 1993.
- WARAT, Luiz Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v. 3, n. 5, 1982.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Ed. da UnB (v. 1 y 2), 1991. v. 1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La corrupción: su perspectiva latino americana*. In: OLIVEIRA, Edmundo (Org.) *Criminología Crítica*. Belém: Edições CEJUP, 1990.
- ZAFFARONI, Raul; ALIAGA, Alexandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte general, Buenos Aires: Ediar, 2. ed., 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.). *Código Penal y normas complementarias*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Hammurabi, v. 10, 2011.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO PERANTE SITUAÇÕES DE FURTO E ROUBO SOFRIDOS PELOS SEUS HÓSPEDES

*Arthur Cunha da Costa Lima*⁸⁷
*Wagner de Assunção Silva Filho*⁸⁸

RESUMO

As bagagens deixadas pelos hóspedes nos estabelecimentos hoteleiros caracteriza o depósito legal, ensejando o dever de cuidado e diligência voltada ao alojamento de estranhos, no chamado ramo de hotelaria (hotéis, motéis, pensões, albergues, pousadas e qualquer outro que exerça atividade idêntica). No presente texto analisaremos a responsabilidade do hotel perante situações de furto cometidas pelos seus empregados e de grave rompimento do nexos causal, como culpa exclusiva da vítima, o fortuito externo ou a força maior (como sucede na hipótese de roubo). O objetivo é a de confrontar correntes doutrinárias e decisões tribunalícias, trazendo novas luzes sobre o tema.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Estabelecimento hoteleiro. Furto e roubo.

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa buscamos discutir a extensão da responsabilidade do hoteleiro em relação às bagagens e objetos deixados pelo hóspede em suas dependências. O art. 649, do Código Civil atribui aos hospedeiros a responsabilidade, como depositários, pelas bagagens e objetos dos viajantes, tratando-se de responsabilidade contratual equiparada ao depósito necessário, inexistindo, desse modo, qualquer necessidade de formalização de contrato de depósito, vez que a obrigação é ínsita à atividade de hotelaria. Já o art. 650, do referido diploma legal dispõe que essa responsabilidade cessa se houver a culpa exclusiva do viajante, caso fortuito ou força maior.

Em relação ao tema, existe dissenso doutrinário e jurisprudencial quando a perda da bagagem do hóspede decorrer de roubo, com duas correntes, uma entendendo não ser possível o pleito indenizatório, outra se posicionando

⁸⁷ Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense.

⁸⁸ Estudante da graduação da Universidade Federal Fluminense.

contrariamente. Procuraremos dar a nossa contribuição para se chegar à solução mais adequada para a composição de eventual litígio.

1. Do contrato de depósito nas hospedarias e albergues

O depósito é o contrato pelo qual uma pessoa, denominada depositante, entrega uma coisa móvel para que outra pessoa, denominada depositária, a guarde com a obrigação de devolvê-la ao depositante ou alguém que este designe. A guarda ou custódia é, no depósito, seu elemento nuclear, tendo a função de assegurar o adimplemento, assumindo o depositário os riscos correspondentes (LÔBO, 2011, p. 396).

O depósito de bagagens em hotéis e similares qualifica-se como depósito legal, em razão de ser imposto por lei (art. 649, parágrafo único, do Código Civil) embora há quem o denomine de depósito hoteleiro equiparado ao legal (VENOSA, 2013, p. 272). Na verdade, o atual Código Civil (arts. 647 a 652) e o Código Bevilacqua (arts. 1.282 a 1.287), reputam essa modalidade de depósito necessário que é “[...] quando o depositante procede em cumprimento de determinação da lei, ou quando é induzido a fazê-lo em virtude de alguma calamidade.” (ESPINOLA, 1953, p. 301). Diz-se necessário, ou obrigatório, o depósito quando independe da vontade dos interessados, realizando-se no desempenho de obrigação imposta por lei. Neste caso, ou se imposto por lei, o depósito é legal, servindo de exemplo, entre outras hipóteses, o referente às bagagens dos hóspedes nos hotéis (RIZZARDO, 2015, p. 648). A intenção do legislador, em ambos os diplomas, foi a de equiparar ao depósito necessário às bagagens dos viajantes, hóspedes e fregueses em hotéis, motéis, pensões, albergues e pousadas que restarão depositadas aos cuidados dos hospedeiros ou estalajadeiros quando introduzidas em tais locais, onde se hospedam ou se encontram.

Clóvis, ao comentar o art. 1.284, do Código Civil de 1916 (que equivale ao art. 649 do Código que está em vigor), diz que as denominações ali contidas (hospedarias, estalagens e casas de pensão), são exemplificativas. Elas compreendem todas as casas em que se recebe dinheiro, entrando na mesma classe aquela na qual se alugam cômodos e os internatos excluindo-se cafés, restaurantes, botequins e estabelecimentos de banhos enquanto fazem uso do mesmo (BEVILAQUA *apud* ESPINOLA, 1953, 312: 313).

Pontes de Miranda, a seu turno, em exegese sempre atual, afirma que o significado de hoteleiro se estende a quaisquer hospedeiros, inclusive hospitais (desde que mantenha leitos para dormidas à noite, ou para internações, ressalta), estabelecimentos balneários de estadia, ônibus com leitos, navios em que se

dorme, aeronave e trens de leito (somente em situações em que a bagagem não fica junto ao viajante). Afirma que há responsabilidade de depositário dos empresários de teatros, cassinos e clubes, pelas peças de vestuário dos frequentadores, afirmando que a norma não alcança os escritórios de advogados, gabinetes de médicos e dentistas quanto a chapéus, bolsas, se inexistir serviço de custódia por parte de porteiros. Lembrando que o oficial de justiça, ou outro auxiliar da justiça, enquanto a coisa não é entregue ao depósito público e permanece com ele, responde como depositário entre ele e esse terceiro (MIRANDA *apud* RIZZARDO, 2015, pp. 653-654). Se o estabelecimento só oferece comida e bebida, não incidirá sobre ele a presente norma (COSTA MACHADO, 2015, p. 2015).

Portanto, as bagagens encontrando-se sob a responsabilidade dos estabelecimentos hoteleiros ou de seus empregados já caracteriza o depósito necessário ensejando o dever de cuidado e diligência.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO

O Código Civil de 2002 elenca duas possibilidades de se responsabilizar o hospedeiro, que, quando inobservadas, podem ser demandadas pelo viajante a fim de resguardar seu direito lesado.

A primeira se encontra no art. 932, IV, do Código Civil de 2002 que prevê a responsabilização do hospedeiro em razão dos prejuízos causados pelos hóspedes em relação a outros hóspedes e quanto a terceiros. Esta modalidade de responsabilidade decorre de dois aspectos principais: primeiro, o dever do hospedeiro de impor regras e condutas a serem observadas pelos hóspedes em seu estabelecimento. Além de assegurar que serão obedecidas e o segundo, também dever imposto, na escolha e seleção dos hóspedes, tendo em vista que, diante de comportamentos manifestamente danosos, deve o proprietário evitar a formação do contrato.

Aponta a doutrina, entretanto, que as hipóteses cogitadas no inciso são difíceis de ocorrer uma vez que é raro um dono de hotel ser responsabilizado por dano a terceiro causado por seu hóspede. Mas pode, eventualmente, ocorrer em atropelamentos verificados no pátio do hotel ou em brigas no interior da hospedaria, por exemplo (GONÇALVES, 2012, p. 123).

Nada obstante, o estabelecimento hoteleiro para os efeitos do art. 3º, da Lei 8.078, de 11/09/1990, é considerado fornecedor enquanto que o hóspede é consumidor à luz do art. 2º do referido diploma legal, tornando a relação entre

ambos de consumo caracterizando a natureza da sua responsabilidade como sendo objetiva. Torna-se suficiente a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente, para que caracterize o dever de indenizar porque a culpa do agente é presumida ou desnecessária a sua prova, na forma do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Assim como o art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo introduzido no Código Civil de 2002 é considerado uma cláusula geral de responsabilidade, como ensina Regis Fichtner:

Sempre que a atividade da pessoa, por sua natureza, implicar risco para outras pessoas, havendo dano para outrem em decorrência dessa atividade, há o dever de indenizar. Essa é uma cláusula geral que precisa ser interpretada para que se fixe o seu conteúdo (KECKLER, 2004, p. 23).

Acerca do nexo de causalidade, se trata do “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É por conta dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 67). Quanto à responsabilidade objetiva, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

No direito moderno, a responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da ideia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. Conforme assinala Ripert, mencionado por Washington de Barros Monteiro, a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a ideia de responsabilidade pela proposta de reparação, a de culpa pela ideia de risco, a responsabilidade subjetiva pela objetiva (GONÇALVES, 2012, p. 29).

Com efeito, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, consagra a teoria do risco. Para esta teoria, o mero exercício de uma atividade pode gerar risco de lesão a outrem, devendo reparar o dano se este for comprovado, ainda

que seja isento de sua culpa. Este risco e proveito se fundam no princípio de que são reparáveis quaisquer danos causados a terceiros em consequência do proveito do responsável (GONÇALVES, 2012, p. 47).

A seu turno, o art. 14 do Código Consumerista, define a responsabilidade objetiva como a norma em casos lesivos ao consumidor tanto por objetos viciados quanto para defeitos em serviços, incluindo-se o serviço contratado de hotelaria. No caso dos hoteleiros, tal premissa é de suma importância, pois tanto seus funcionários, quanto outros hóspedes e até mesmo transeuntes em suas dependências, podem vir a gerar dano a sua clientela, ensejando reparação com base neste artigo.

A proteção legal definida por este código, no entanto, não acaba por se restringir apenas a potencialidade lesiva somente pela teoria do risco, que entende que qualquer serviço tem potencial danoso. A hipossuficiência do consumidor também faz parte da proteção a este, pois uma pessoa física, não teria força suficiente para fazer sua vontade prevalecer diante do poderio de uma pessoa jurídica. Principalmente a partir do momento em que se imagina um indivíduo qualquer sendo lesado nas dependências de um estabelecimento renomado e luxuoso. Sem a hipossuficiência servindo como contrabalança, seria possível que o indivíduo tivesse seus direitos negados por este simples detalhe.

Com todos os dados definidos, podemos elencar que nos casos de lesão a um consumidor, este só precisa demonstrar que sofreu e provar que houve contrato estabelecido com o estabelecimento hoteleiro. Isto se desejasse adquirir restituição monetária de seus bens e frustrações, com a culpa do prestador de serviço sendo presumida, pois este não trouxe a segurança devida aos bens de sua clientela. Já a segunda possibilidade, disciplinada no art. 649, do Código Civil ocorre com mais facilidade no cotidiano, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Os casos mais frequentes são aqueles disciplinados no art. 649, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a responsabilidade dos donos de hotéis, hospedarias ou casas de pensão, pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas em suas casas. O aludido dispositivo atribui aos hospedeiros a responsabilidade, como depositários, pelas bagagens dos viajantes, ainda quando o prejuízo decorra de roubos ou furtos perpetrados por pessoas empregadas em suas casas (GONÇALVES, 2012, p. 123).

Assim, a responsabilidade que recai sobre o hospedeiro é a de promover a segurança aos bens, como bagagens e outros pertences, de seus hóspedes, assim como foi erigido no contrato entre as partes, tornando o estabelecimento no depositário de tais bens em troca de pagamento. Sendo assim, o hospedeiro se torna o guardião dos objetos e itens diversos de seu cliente em esfera legal, devendo resguardá-los e prover sua segurança por todos os meios necessários, sendo sua responsabilidade se houver quaisquer infortúnios, como furtos e roubos, não devendo estes ser admitidos em suas dependências. Este é o entendimento consolidado dos tribunais.

É o que restou decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que condenou o estabelecimento hoteleiro ao ressarcimento de danos materiais e morais em favor de hóspede que teve o seu aparelho celular furtado do interior do quarto, sendo reconhecida a falha na prestação de serviço (Ap. Civ nº 0013196-18.2008.8.19.0207, 27ª CC, Relª Desª Maria Luiza Carvalho, j. 23/02/2015). Em igual modo, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), que também condenou o hotel a ressarcir o consumidor que teve a sua bagagem furtada dentro das suas dependências, apenas a título material sem, no entanto, fazê-lo no campo extrapatrimonial, por entender, equivocadamente, a nosso ver, que a hipótese não ensejava tal reparação (Ap.Cív. nº 0292436-9, 18ª CC, Rel. Des. Luiz Lopes, j. 31/08/2005, DJ 6960, de 23/09/2005).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui diretriz, há muito prevacente, no sentido de que "a empresa que explora hotel é responsável pela indenização de furto de automóvel, verificado em estacionamento que mantém, ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair clientela, por falta ao seu dever de vigilância" (REsp nº 6.069-SP, 3ª T., Rel. para acórdão Min. Dias Trindade, j. 11/03/1991). Tal entendimento resultou na edição da Súmula nº 130 ("a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento") cuja aplicabilidade por parte da Corte infraconstitucional tem sido adotada frequentemente não apenas para as hipóteses que envolvam furto em estacionamento de hotel, como também estacionamento de supermercado (Ag.Rg. no REsp nº 152.394-7-SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/06/2015, DJe 03/08/2015), de hospital privado (AgRg no AREsp 386.198-ES, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/06/2015, DJe 04/08/2015), hospital público (AgRg no REsp 1.404.362-DF, 2ª T., Rel. Minª Assusete Magalhães, j. 04/12/2014, DJe 11/12/2014), em estacionamento mantido pela empresa disponibilizado ao

empregado que tem a sua motocicleta furtada durante a jornada de trabalho (do fundamento do acórdão extrai-se que a empresa que assim procede obtém, como contrapartida ao comodismo e segurança proporcionados, maior e melhor produtividade dos funcionários, notadamente por lhes retirar, na hora do trabalho, qualquer preocupação quanto à incolumidade de seus veículos) (REsp 1484908-MG, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10/03/2015, DJe 18/03/2015), lava-rápido (AgRg no REsp 1235168-SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/08/2015, DJe 13/08/2015), banco (AgRg no AREsp nº 613.850/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/06/2015, DJe 05/08/2015), *shopping centers* (REsp nº 1.269.691-PB, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/11/2013, DJe 05/03/2014), dentre outras hipóteses.

Registre-se, também, o dever de indenizar quando há entrega do veículo pelo consumidor ao preposto do restaurante porque se entende configurado o contrato de depósito, sendo desinfluyente a inexistência de estacionamento próprio.

Adverte a doutrina que ao se referir a “furtos e roubos”, no art. 649, o legislador não pretendeu, e nem poderia, esgotar todas as hipóteses de cometimento de crimes contra o patrimônio, impositivas ao dever de indenizar devendo ser interpretada tal referência como enumerativa e não exaustiva. De modo que haverá responsabilidade civil quando os empregados do hotelheiro ou pessoas admitidas cometerem, por exemplo, crime de apropriação indébita ou de estelionato, em detrimento do hóspede (depositante), uma vez que o escopo da norma é responsabilizar o hospedeiro pelos danos ao patrimônio dos viajantes ou dos hóspedes (GAGLIANO, 2015, p. 347).

2.1. Invalidade de cláusula de não indenizar

A responsabilidade do hotelheiro alcança a área do seu estabelecimento respondendo por tudo o que o hóspede trazer para o hotel ou similar, desde a bagagem inserida no quarto, até o automóvel deixado no estacionamento a ele reservado. Desse modo, não goza de validade aviso que exclua tal responsabilidade, tratando-se de disposição unilateralmente firmada pelo hotel com o propósito de excluir a sua responsabilidade pelos objetos lá deixados pelos viajantes. Trata-se de cláusula abusiva, nula de pleno direito, a teor do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor. A doutrina clássica sempre proclamou que “É inoperante qualquer declaração unilateral, ainda que conste das

instruções ou regulamentos impressos que se encontram em todos os hotéis.” (ESPINOLA, 1953, p. 314).

O Código Civil italiano repele qualquer cláusula restritiva⁸⁹.

3. A RESPONSABILIDADE DO HOTEL EM CASOS DE ROUBO

O art. 650, do Código Civil, afasta a responsabilidade do hotel caso o dano experimentado pelo viajante ou hóspede se origine de culpa exclusiva, caso fortuito ou força maior, ou seja, situações que não poderiam ser evitadas.

Quanto à culpa exclusiva, os fatos prejudiciais aos quais se refere à norma são as hipóteses de culpa do próprio hóspede, ao não tomar ele as cautelas mínimas para resguardar seus bens, ou seja, quando os deixa expostos ou não fecha a porta do local de dormida, recebeu no hotel pessoa estranha ou um marginal, esqueceu a carteira na piscina do hotel, etc. (DINIZ, 2014, p. 381) sendo certo que é admitida a figura da concorrência de culpas, redundando na redução proporcional do *quantum* indenizatório (PELUSO, 2015, p. 653).

Com relação ao roubo, com emprego de arma de fogo, que é o tema que interessa neste trabalho, paira controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o verdadeiro alcance da norma.

Para Luiz Roldão de Freitas Gomes, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, não prevalecia a responsabilidade do hoteleiro se demonstrasse a inevitabilidade do evento, exemplificando com o assalto, invasão ou culpa grave do hóspede, que deixa a porta aberta, traz bens inflamáveis, etc. (GOMES, 1999, p. 283). Já para Carlos Roberto Gonçalves o roubo à mão armada costuma ser considerado caso de força maior, excludente da responsabilidade dos depositários em geral, desde que tenha sido executado em circunstâncias que excluam toda a culpa daquele que a invoca. Diante da manifesta negligência do depositário, não se configura a força maior (GONÇALVES, 2011, p.139). Fabrício Dias Rodrigues, invocando o art. 393, do Código Civil, afirma que o roubo à mão armada ou violência semelhante se insere no quadro de exclusão de responsabilidade do estabelecimento hospedeiro (COSTA MACHADO, 2015, p. 496). Flávio Tartuce, limitando-se a mencionar o art. 650, do Código Civil, diz que cessará a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados (TARTUCE, 2015, p. 539). Em igual modo posiciona-se Arnaldo Wald (WALD, 2009, p. 209).

⁸⁹ È nullo ogni patto tendente a escludere o a diminuire la responsabilità prevista...” (art. 1.782, in fine) (trad. livre: É nula qualquer cláusula tendente a excluir ou diminuir a responsabilidade prevista).

Nelson Rosenvald afirma que não é possível incluir nos riscos da atividade hoteleira a obrigação de indenizar pelos perigos que não foram por ele introduzidos diante da ausência denexo causal. Isto, desde que não haja ação ou omissão concorrente pelo depositário, sendo temerário acioná-lo pela perda das bagagens em razão de fortes enchentes, deslizamentos de terra e outras catástrofes incontroláveis. Entretanto, se o hoteleiro contribuiu para o caso fortuito ou força maior, como na hipótese de não contratação de seguranças e vigias, responderá objetivamente (PELUSO, 2015, p. 653).

Maria Helena Diniz, ao fazer a exegese do art. 650, do Código Civil, concluiu que o hospedeiro deveria excluir a sua responsabilidade, caso provasse que o prejuízo do hóspede, viajante ou freguês não poderia ter sido evitado exemplificando com escalada, invasão da casa, bala perdida que penetra a janela do quarto do hotel, roubo à mão armada (*RT*, 604:84) ou violência semelhante (*RT*, 579:233), praticados por quem não seja empregado do estabelecimento (DINIZ, 2014, p. 381).

Caio Maio da Silva Pereira aponta que a responsabilidade cessa caso o hospedeiro prove a impossibilidade de evitar o fato prejudicial, ou se ocorrer força maior, como na hipótese de violência (invasão da casa, roubo a mão armada, etc.) (PEREIRA, 2014, pp. 353-354). Comunga do mesmo entendimento Jones Figueiredo Alves (FIUZA, 2002, p. 587).

Sílvio de Salvo Venosa, em sentido contrário, leciona que “Tendo em vista o nível de criminalidade dos últimos anos, os hoteleiros têm a obrigação de proteger a incolumidade de seus hóspedes e das respectivas bagagens. Essa responsabilidade também é objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor” (VENOSA, 2012, 252).

Sobre o assunto Luiz Guilherme Loureiro aduz que o hoteleiro não pode arriscar a sua vida para proteger a bagagem do hóspede diante de um assalto à mão armada, ressaltando a necessidade de ter adotado anteriormente cuidado e diligência na custódia dos bens do hóspede:

[...] os hoteleiros não arcam com o dever de indenizar se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes os ou hóspedes não podiam ter sido evitados. Os roubos a mão armada são considerados força maior, porque não se pode exigir que o depositário arrisque a própria vida para salvaguardar os bens do hóspede. Nesse caso, não há falar em responsabilidade do depositário. Basta que

o depositário tenha adotado, na guarda da coisa, cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence, não tendo, assim, agido com culpa, para que, à ocorrência de assalto à mão armada, possa invocar o caso fortuito ou a força maior. (LOUREIRO, 2010, pp. 539-540)

Bem se vê que a doutrina majoritária na interpretação ao art. 650, do Código Civil (art. 1.285, I, do Código Civil de 1916) não reconhece a responsabilidade civil do estabelecimento hoteleiro em situações que envolvam roubo mediante emprego de arma de fogo praticado contra os seus hóspedes desde que fique provada, na circunstância, a inevitabilidade do ato lesivo e que não tenha concorrido com negligência ou falta de dever de vigilância. Não deve ser olvidado que a demonstração do evento danoso, rompendo o nexo causal, é ônus da prova do depositário, até mesmo pela própria distribuição do ônus da prova, atribuído ao réu, tratando-se da existência de fato impeditivo ao direito do autor (CPC/1973, art. 333, II; NCPC, art. 373, II) (FARIAS 2015, p. 894). Desse modo, é possível concluir que o assalto à mão armada é fortuito externo apto a afastar a responsabilidade do hospedeiro desde que, repita-se, consiga provar que os danos sofridos pelos viajantes não podiam ter sido evitados.

Nessa toada, parece claro que todo hospedeiro, de médio ou pequeno porte, deverá possuir um corpo de segurança e de vigia permanentes (dia e noite), com atuação ostensiva, porém discreta, e sem a necessidade de exibir armas, o que, a nosso ver, constrangeria o viajante. Outra providência é o monitoramento 24 horas das áreas comuns por uma central do próprio hotel, por conta de circuito interno de TV, respeitada a privacidade do hóspede. Evidentemente, além de uma estreita ligação com o batalhão de polícia militar mais próximo, especialmente os grandes hotéis, caso se deparem com assalto em suas dependências, devem acionar a segurança pública mediante o toque de um botão, como já acontece com os bancos. Dispensa-se então, a necessidade de dar um simples telefonema. Para tanto, deverá investir permanentemente em cursos e treinamentos para os seus prepostos capacitando-os para melhor saber lidarem com tais situações.

A ausência de qualquer um dos aparatos enumerados demonstra que o hoteleiro contribuiu para o caso fortuito ou força maior, devendo responder objetivamente, conforme positivam precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOTEL. ROUBO NO ESTACIONAMENTO. DEVER DE VIGILÂNCIA E GUARDA. EXCLUDENTE DE FORÇA MAIOR NÃO CARACTERIZADA. - Empresa que não toma precauções mínimas tendentes a evitar ocorrências de tal natureza. Falta ao dever de vigilância e guarda. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 227.014-GO, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. 16/10/2001, DJU 25/03/2002, p. 289) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - Hospedagem em pousada situada no litoral do Estado de São Paulo - Roubo de pertences dos hóspedes dentro das dependências do estabelecimento - Invasão da pousada por indivíduos armados, que renderam a recepcionista durante a noite e a obrigaram a ir até os apartamentos dos hóspedes para proceder ao roubo - Inexistência de guarda, vigia ou qualquer sistema de vigilância na pousada - Não caracterização de força maior ou caso fortuito, visto que o risco faz parte das atividades do réu e não pode ser transferido ao consumidor - Previsibilidade da ocorrência de furto ou roubo em estabelecimentos de hospedagem nos dias atuais – Responsabilidade objetiva do prestador de serviço, nos moldes do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Aplicação do art. 642 do CC, que trata da responsabilidade do hospedeiro - Inexistência de qualquer excludente hábil a afastar tal responsabilização - Indenização por danos materiais devida, para ressarcir os autores dos prejuízos advindos da subtração de seus pertences, tais como, máquinas fotográficas, telefones celulares, óculos de sol e dinheiro em espécie. Bens relacionados no boletim de ocorrência juntado aos autos. Comprovação dos valores relativos a cada bem por meio de notas fiscais. Indenização por danos materiais devida no montante

de R\$ 3.760,90, a ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde o evento danoso, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde aquela data. DANOS MORAIS ASSALTO A POUSADA EM QUE ESTAVAM HOSPEDADOS OS AUTORES - Ocorrência de abalo psíquico-físico decorrente dos transtornos causados aos autores, posto que foram surpreendidos a noite, quando já se encontravam no apartamento, por bandidos armados que roubaram seus pertences Configuração do dano moral – Indenização devida - Valor fixado em R\$ 8.000,00 a título de reparação, para cada um dos autores, levando-se em conta as condições das vítimas e do réu - Caráter coibitivo da condenação, a fim de se reprimir novas condutas assemelhadas Correção monetária Dano moral Incidência a partir do arbitramento, com base na Súmula 362, do C. STJ. Recurso provido, para o fim de julgar a ação procedente, condenando-se o réu a indenizar os autores por danos morais, no montante de R\$ 8.000,00 para cada um, corrigido a partir deste V. Acórdão, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês após a citação, condenando-o ainda a indenização por danos materiais de R\$ 3.760,90, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação. (ApCív nº 0003644-59.2010.8.26.0564, 33ª CDPr, Rel. Des. CARLOS NUNES, j. 29/04/2013, DJ 02/05/2013)

Nada obstante, outra questão de relevo é a disponibilidade gratuita ou onerosa pelos hospedeiros de cofres individuais a fim de que os hóspedes possam depositar seus pertences com segurança, evitando furtos e consequentemente excluir a sua responsabilidade. Se porventura o cofre for violado sem que haja culpa do hóspede a responsabilidade civil do estabelecimento emergirá na forma do art. 649, par. único, do Código Civil. Entretanto, se tal violação se originar de roubo, perdurará o dever de indenizar?

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em acórdão relatado pelo Min. Djaci Falcão, no julgamento do RE 94.948-RJ, em 23/05/1986, ao interpretar os dispositivos legais vigentes à época (arts. 1.285, II, 1.277 e 1.278, todos do Código Civil de 1916) excluíram o dever de indenizar do hotel em relação a valores custodiados em cofre por considerar o roubo à mão armada como hipótese de força maior. Todavia, atualmente a doutrina e a jurisprudência afastam tal dever apenas se restar comprovada a negligência do hoteleiro ao tratar da segurança de sua área. E mais. Com relação à responsabilidade em indenizar pelo dano material a tendência é a de que haja a adoção do critério da razoabilidade no sentido de que deve ser considerado ordinário aquilo que os hóspedes levam normalmente consigo, como roupas, artigos de higiene pessoal e quantias razoáveis, inclusive alguns acessórios (DINIZ, 2014, p. 380). Atualmente se incluem os *notebooks* e *iPads*, que já se incorporaram ao dia a dia de muitas pessoas (FARIAS, 2015, p. 892).

Já objetos cuja utilização não seja considerada habitual ou corriqueira, como joias de alto valor e quantias que extrapolam o necessário à viagem, a responsabilidade do hoteleiro não pode ser invocada exceto se descritos antecipadamente pelo hóspede, a fim de que o estabelecimento hoteleiro assuma a total obrigação de indenizar (FARIAS, 2015, p. 893).

O entendimento doutrinário predominante é no sentido de que a responsabilidade do hospedeiro não alcança quantias vultosas ou joias, especialmente aquelas de alto valor, devendo o hóspede, nesse caso, realizar depósito voluntário com a administração da hospedaria, ou seja, entregar-lhes para guarda em lugar apropriado (DINIZ, 2014, pp. 380-381; GOMES, 1990, p. 386).

Eduardo Espínola (1953, p. 314) afirma que em se tratando de dinheiro, joias e objetos de valor, são admitidos, em algumas legislações, certos limites e restrições que ponham o depositário ao abrigo de responsabilidades excessivas ou injustificadas aceitando que por convenção das partes, se exclua ou limite essa responsabilidade. Contudo, celebrada tal convenção não poderá ser abusiva ou conter cláusula de não indenizar, com previsão de isenção total como já abordamos no presente trabalho (item 3.1). A esse respeito, lição de Silvio Venosa (2012, p. 252):

A cláusula de não indenizar somente será válida se ultimada com expressa aceitação do hóspede. Temos de entender como válida a cláusula que impõe ao hóspede

a deposição de objetos de valor em cofres especialmente designados pelo hoteleiro, sob pena de sua irresponsabilidade. Trata-se de cláusula limitativa de responsabilidade e não exatamente de não indenizar. Exclui-se a responsabilidade do hoteleiro quando a culpa é exclusiva do hóspede, em aplicação da regra geral.

Nada impede, ainda, que o hospedeiro tão logo tome conhecimento de bens de valor transportados pelo hóspede aumente o valor da remuneração:

A remuneração pelo depósito feito nos estabelecimentos hospedeiros ou afins está incluída no preço da hospedagem apenas quanto a bens usualmente transportados por viajantes. Bens de valor elevado como joias, títulos e aparelhos eletrônicos, dentre outros, serão considerados à parte, se houver um *plus* na remuneração previamente acertado entre os contratantes (art. 649, parágrafo único, do CC). (COSTA MACHADO, 2015, p. 497)

O estabelecimento hoteleiro, por sua vez, em sinal de prestígio ao comando do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, deverá advertir o cliente se está transportando algum bem de valor extraordinário por ocasião do *check in*, fruto do dever de informação. Este que obriga os fornecedores de bens e serviços a prestarem ao cliente, informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços que comercializa. Tal regra vale também para o próprio hóspede que poderá tomar a iniciativa de fazer tal comunicado, a fim de que o hospedeiro os receba ou não, em depósito. Sinaliza assim, conduta em sintonia com a boa-fé objetiva (art. 422, do Código Civil).

Destarte, caso o hóspede esteja portando na bagagem bens considerados valiosos, incluindo-se uma joia de valor sentimental, deve comunicar a gerência, sob pena de não poder responsabilizar o hotel ou afim caso o estabelecimento venha sofrer furto (entendimento de Eduardo Espínola, baseado em lição de Cunha Gonçalves) ou assalto à mão armada. Confirmam-se os precedentes tribunais:

Desse modo, (...) se gatunos habilíssimos conseguem iludir a vigilância dos empregados do hoteleiro e se infiltram nos quartos dos viajantes ricos, onde furtam valiosas joias e títulos, como em Mônaco, Nice e Cannes e outros locais de concorrência de milionários, o hoteleiro não pode responder como depositário do que não lhe foi entregue nem ele conhecia (ESPINOLA, 1953, p. 302).

Direito civil. Assalto à mão armada no interior de hotel. Hipótese em que, durante a noite, os recepcionistas do estabelecimento foram rendidos pelos criminosos, que invadiram o quarto do autor e lhe roubaram joias que portava consigo, para venda em feira de artesanato. Caso fortuito configurado. - De acordo com as regras do Código Civil de 1916, a responsabilidade do hotel por roubo à mão armada no interior do estabelecimento somente se caracteriza caso fique comprovado que agiu com culpa, facilitando a ação dos criminosos ou omitindo-se de impedi-la. - Comprovado que os recepcionistas do hotel agiram de maneira correta, procurando barrar a entrada dos criminosos, e que a chave mestra dos quartos somente foi entregue aos assaltantes mediante ameaça de morte com arma de fogo, resta caracterizado caso fortuito. - Na hipótese, o hóspede portava quantidade considerável de joias, que expunha para venda em público em feira livre. Desempenhava, portanto, atividade de risco, que não declarou ao hotel no *check in*. Também não se utilizou do cofre conferido pelo estabelecimento para guarda de objetos de valor. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp nº 841.090-DF, 3ª T., Relª Min. NANCY ANDRIGHI, j. 24/10/2006, DJ 12/02/2007, p. 261)

Responsabilidade civil - Dano material e moral - Contrato de hospedagem - Pretensão da autora fundada

em furto incontroverso ocorrido no quarto ocupado por ela. Joias guardadas em cofre instalado na habitação. Subtração do cofre e, com ele, das joias, algumas de valor sentimental. Código de Defesa do Consumidor, apesar de incidente, irrelevante na espécie. Ausência de hipossuficiência para a produção da prova, pela autora, de que portava joias e objetos de valor substancial. Contrato de hospedagem que também é de depósito necessário. Responsabilidade objetiva do hotel (art. 649, parágrafo único, do Código Civil). Depósito, no entanto, sobre os bens ordinariamente trazidos por hóspedes segundo regras de experiência. Bens de valor extraordinário que exigem do hóspede o dever de informação a fim de que o hospedeiro os receba ou não em depósito. Nexos de causalidade direto entre o fato danoso e abalo moral reclamado. Surgimento "pacto". *Quantum* da indenização segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Indenização pelo dano moral que não colima enriquecer o lesado ou empobrecer o agente da lesão, cujo efeito é profilático. Correção monetária desde a prolação da sentença (Súmula nº 362 do Col. STJ), e juros de mora a contar da citação (art. 219, *caput*, do CPC), visto que a responsabilidade civil é contratual. Provimento parcial do recurso com reflexo direto na denunciação da lide. Pretensão deduzida na lide secundária improcedente e ônus de sucumbência em desfavor da ré-denunciante. Recurso da ré provido em parte e denunciação da lide julgada improcedente. (TJSP, ApCív nº 0105186-62.2007.8.26.0100, 12ª CDPr, Rel. Des. CERQUEIRA LEITE, j. 15/04/2015, DJ 27/04/2015)

CONCLUSÃO

O estabelecimento que atue no chamado ramo de hotelaria (hotéis, motéis, pensões, albergues, pousadas e qualquer outro que exerça atividade idêntica) tem o dever de proteger o hóspede e a sua bagagem, sob pena de responder civilmente pelos prejuízos materiais e morais experimentados pelo

mesmo. Pouco importa se é de médio ou pequeno porte. Isso por que atualmente, nas grandes cidades, não se pode admitir que um hotel, pousada ou similar, sobretudo aquele que disponibilize cofre no quarto paralelamente não ofereça segurança. Mantendo-se assim, vigilante para casos de furtos e roubos em suas dependências. É seu papel provar que mantém conduta diligente para com seus deveres, se encarregando principalmente da segurança de seus clientes e de seus bens, sempre provando que, se ocorrer um dano, este não poderia ser evitado pelo seu pessoal ou administração.

Com relação ao pagamento da indenização a título material predomina o entendimento que deverá alcançar apenas os bens ordinariamente trazidos pelos hóspedes segundo regras de experiência. Já os bens de valor extraordinário exigirão reciprocamente do hóspede e do hotel, o dever de informação, a fim de que o hospedeiro os receba em depósito, admitindo-se, nesse caso, a celebração de convenção. Os termos não podem ser abusivos ou conter cláusula de não indenização, tendo também, previsão de isenção total. Sendo possível, excepcionalmente, ao tomar conhecimento de bens de valor elevado, aumentar o valor da remuneração da estadia.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 94.948-RJ. Rel. Min. Djaci Falcão. 2ª Turma. Julgado em 23/05/1986.* Publicado no Diário da Justiça em 14/08/1986. Ementário: Volume 01428, pp. 00288.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 6.069-SP. Rel. originário: Min. Eduardo Ribeiro. Rel. para acórdão: Min. Dias Trindade. 3ª Turma. Julgado em 11/03/1991.* Publicado no Diário da Justiça em 17/06/1991. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 29, p. 168.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº 188.569-SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. Julgado em 06/05/1999.* Publicado no Diário da Justiça em 14/06/1999, p. 207 - Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 152.394-7-SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 18/06/2015.* Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 03/08/2015 - Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº 386.198-ES. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma. Julgado em 18/06/2015.*

- Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04/08/2015 - Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.691-PB*, Rel. originário Min. Maria Isabel Gallotti. Rel. para acórdão: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. Julgado em 21/11/2013. Diário de Justiça Eletrônico. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 123.516.8-SP*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado em 04/08/2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 13/08/2015 – Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial nº 841.090-DF*. Relª Minª. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 24/10/2006. Publicado em 12/02/2007, p. 261. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 130. 2ª Seção*. Julgado em 29/03/1995. Publicado no Diário da Justiça em 04/04/1995, página 8294 - Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em 03/08/2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (Org.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 8.ed. Barueri, SP: Manole, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: “Gazeta Judiciária” Editora S/A, 1953.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos em espécie*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4. t. II.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
- _____. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- KECKLER, Charles. *et al.* Seminário Internacional de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Justiça & Cidadania, 2004.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2015.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PINHO, André Araújo; *A responsabilidade das redes hoteleiras, hospedarias e casas de albergue por atos de seus hóspedes e pelos seus pertences*. <http://jus.com.br/artigos/12191/a-responsabilidade-das-redes-hoteleiras-hospedarias-e-casas-de-albergue-por-atos-de-seus-hospedes-e-pelos-seus-pertences>, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJPR). *Apelação Cível nº 0292436-9*. Rel. Des. Luiz Lopes. 18ª Câmara Cível. Julgado em 31/08/2005. Publicado no Diário da Justiça nº 6960, de 23/09/2005. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5247773/apelacao-civel-ac-2924369-pr-apelacao-civel-0292436-9>>.
- Acesso em 15/08/2015
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (TJRJ). *Apelação Cível nº 0013196-18.2008.8.19.0207*. Relª. Desª. Maria Luiza Carvalho. 27ª Câmara Cível. Julgado em 23/02/2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>
- Acesso em 03/08/2015.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). Seção de Direito Privado 2. *Apelação Cível nº 0003644-59.2010.8.26.0564*. Rel. Des. Carlos Nunes. 33ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 29/04/2013. Publicado no Diário da Justiça em 02/05/2013.
- Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/egov/processos/consulta/default.aspx>>. Acesso em 03/08/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Seção de Direito Privado 2. Apelação Cível nº 0105186-62.2007.8.26.0100. Rel. Des. Cerqueira Leite. 12ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 15/04/2015.* Publicado no Diário da Justiça em 27/04/2015.

Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/egov/processos/consulta/default.aspx> Acesso em 03/08/2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.3.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

O PROCESSO ELETRÔNICO NO JUDICIÁRIO EM FACE DA INFORMAÇÃO E O USO DOS SISTEMAS COMPUTADORIZADOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Elder José Lapa Moreira⁹⁰

RESUMO

Este artigo tem como escopo apresentar uma análise da utilização da Via Eletrônica no sistema Judiciário brasileiro, trazendo um panorama hermenêutico, científico-pragmático, tradicionalista e cultural sob o enfoque histórico e principiológico no judiciário no Brasil. Pretende-se demonstrar a necessidade da adequação dos meios eletrônicos atualmente disponíveis, não só para efetivar e modernizar a efetivação do acesso à justiça pelos operadores do direito. Como também para efetivar gradativamente a possibilidade de sua utilização no Processo Judicial, proporcionado pela evolução tecnológica e demonstrar a necessidade da celeridade da intelecção dos elementos jurídicos pertinentes. Pretende-se ainda, oferecer respostas a indagações à existência ou não da viabilidade e a segurança dos dados frente ao sistema jurídico vigente. Destacando o que há de oportuno na adoção de tais mecanismos, bem como, o que possa haver de percalços em sua utilização nessa nova era do Processo Judicial.

Palavras-chave: Processo Eletrônico; Força Probatante; Informatização dos Tribunais; Infraestrutura dos Tribunais; Tecnologia.

INTRODUÇÃO

O processo eletrônico é uma realidade irreversível que paulatinamente irá impactar significativamente no descongestionamento da justiça. O processo eletrônico traz no sentido amplo, o uso do computador, sendo possível identificar algumas iniciativas embrionárias nos tribunais de todo o país. Estas iniciativas foram evoluindo, com o uso posterior de novos sistemas e aplicativos,

⁹⁰Advogado. Professor em Economia do Direito, Direito Cível e Direito Tributário em Belo Horizonte - MG. Especialização Lato Sensu em Direito do Trabalho pelo IEC-PUCMINAS. Mestrando em SEGURIDAD, JUSTICIA Y DERECHO pela UNIVERSIDAD DE GIRONA – ESPANHA – CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA. Presidente da Comissão Própria de Avaliação – CPA. Supervisor de Estágio não obrigatório da Faculdade de Direito de Contagem – FDCON/MG. Capacitado a avaliar questões do ENADE. IELTS preparation course - THE LONDON SCHOOL OF ENGLISH - LONDON – UK. Email: eldermoreiraadv@gmail.com.

bem como novas linguagens e se caracterizando pela forma eletrônica de armazenamento de atos processuais.

O primeiro nome dado ao processo eletrônico foi Processo Virtual. Este é um conceito do Direito Processual Civil relativo ao tema específico da formação do processo, ação e lide. É aquele processo eventual que pode vir a ser executado. Ou talvez, processo que não existe como senão, numa construção hipotética. A conveniência do uso deste nome decorre da metáfora da “navegação virtual” como ato de usar a rede mundial de computadores. Logo passou a ser revista e tal denominação foi abandonada. Ainda hoje, entretanto, algumas ocorrências desta expressão são encontradas como denotativas do armazenamento de autos em arquivos.

No que tange à infinidade de processos que tramitam no judiciário, em todas as suas esferas, pouca ou quase nenhuma noção é a visão sobre os impactos causados do ponto de vista social e de custos ao Estado como um todo. Assim, a Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006 visa suprir falhas e também eliminar essa deficiência, encontrando no processo eletrônico, a celeridade, a modernidade e acessibilidade aos operadores do direito e também às partes como um todo.

1. PRINCÍPIO DO PROCESSO ELETRÔNICO

O desenvolvimento do Processo Eletrônico traz em seu bojo, diversas indagações relativas ao desenvolvimento do processo que diz respeito aos princípios processuais incorporados pelas novas tecnologias disponíveis e também às que virão se incorporando ao dia a dia dos jurisdicionados. Integrando à nossa realidade, alcançando as mais diversas atividades humanas. Dentre elas, o Processo Judicial. Os autores vêm divergindo quanto à enumeração destes Princípios, apresentando róis mais ou menos extensos. Nesse sentido, Greco Filho⁹¹, classifica os Princípios em:

- a) Deontológicos: lógico, jurídico, político e econômico;
- b) Epistemológico: bilateralidade da audiência ou contraditório, iniciativa de parte, impulso oficial, ordem consecutiva legal, prova formal e persuasão racional, oralidade e imediação, publicidade, lealdade e economia processual e pluralidade de graus de jurisdição.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 464.

Por outro lado, Lacerda Pistori⁹² os classifica em:

- a) Informativos: lógico, político, econômico e jurídico;
- b) Gerais: imparcialidade do Juiz, igualdade, contraditório e ampla defesa, demanda (processos inquisitivo e acusatório), disponibilidade e indisponibilidade, livre investigação das provas, (verdade forma e verdade real), impulso oficial, oralidade, persuasão racional do Juiz, motivação das necessidades judiciais, publicidade, lealdade processual, economia e instrumentalidade das formas. E, por último, o duplo grau de jurisdição.

Pereira Batista⁹³ prefere classificar os seguintes princípios como fundamentais:

- a) Do dispositivo (restringido, pelo Princípio do inquisitório ou da oficialidade);
- b) Do contraditório;
- c) Da igualdade das partes;
- d) Da eventualidade ou da preclusão;
- e) Da aquisição processual;
- f) Da legalidade (essencialmente ligado aos Princípios da imparcialidade do Juiz e da adequação formal);
- g) Da responsabilidade das partes (do qual deriva o Princípio da lealdade e da probidade);

⁹² LACERDA PISTORI, Gerson. Dos Princípios do Processo. Os Princípios Orientadores. São Paulo: Ltr, 2001, p. 141.

⁹³ PEREIRA BATISTA, J. Reforma do Processo Civil. Princípios Fundamentais. Lisboa: Lex, 1997, p. 107

- h) Da cooperação;
- i) Da economia processual;
- j) Da celeridade processual;
- k) Da estabilidade da instância;
- l) Da livre apreciação das provas (especialmente conectado com o Princípio da publicidade);
- m) Da livre imediação (dele sendo decorrentes os Princípios da oralidade, da identidade do órgão julgador, o Princípio da concentração e da continuidade da audiência);
- n) Do conhecimento oficioso do direito, e finalmente;
- o) O Princípio da tutela provisória da aparência do direito.

Nery Junior⁹⁴ trata mais pormenorizadamente apenas dos Princípios Constitucionais do Processo Civil:

- a) Postulado constitucional fundamental do Processo civil: devido Processo Legal;
- b) Princípios derivados:
 - A. da isonomia;
 - B. do Juiz promotor natural;
 - C. inafastabilidade do controle jurisdicional (Princípio do direito de ação);
 - D. do contraditório;
 - E. da proibição da prova lícita;
 - F. da publicidade dos Atos Processuais;

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 303.

- G. do duplo grau de jurisdição;
- H. da motivação das decisões judiciais.

Todas as classificações supra referidas estão sujeitas a críticas, uma vez que apresentam um superdimensionamento de normas que consubstanciam tão somente em regras demasiadamente restritivas. Nesse diapasão, outra crítica tem sido discutida quanto à sistematização.

Por fim, apresenta-se os tais princípios acima se adotando basicamente, a classificação que divide os Princípios Processuais em Constitucionais e Infraconstitucionais, posto que leva em conta um parâmetro objetivo.

1.1. Informatização e os Conflitos do Desenvolvimento Eletrônico em Face a Processo Atual

A missão suscitada neste capítulo se iniciou em 1992, quando várias negociações durante a discussão do Projeto de Lei que iria se converter na Lei 11.419, a Lei do Processo Eletrônico.

Apresenta-se os tais princípios acima se adotando, basicamente, a classificação que divide os Princípios Processuais em Constitucionais e Infraconstitucionais, posto que leva em conta um parâmetro objetivo. Desde o início da expansão do sistema PROJUDI^[95], até a presente data, jamais foi

⁹⁵ “O conceito de software livre foi cunhado por Richard Stallman, sendo claramente definido como aquele software que respeita as quatro liberdades:

A liberdade de executar o programa para qualquer fim;

A liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades;

A liberdade de redistribuir cópias do programa, podendo ajudar a quem dele necessite;

A liberdade de melhorar o programa e lançar os melhoramentos ao público, de sorte que toda a comunidade se beneficie. Fato do código fonte do sistema PROJUDI ser livremente distribuído aos tribunais não o caracteriza como software livre. Tal distribuição deveria ser pública para tal caracterização, o que não ocorre na prática. Em verdade, tal distribuição não é tão livre assim, pois geralmente antecede-se a ela a realização de um convênio entre o CNJ e o tribunal de interesse. Ademais, o fato de inexistir uma licença de uso amplamente divulgada para o sistema, resulta numa interpretação restritiva dos direitos de uso sobre o software, como manda a legislação correspondente. Uma confusão muito comum entre aqueles que desconhecem o conceito de software livre é confundir como tal aqueles softwares desenvolvidos com tecnologias livres, mas que são, em essência, softwares proprietários. O PROJUDI, por exemplo, é desenvolvido em Java, que é uma linguagem de programação livre, mas isso não faz dele um software livre. Se um sistema é desenvolvido todo num ambiente Linux, com programas e ferramentas livres, isso não é suficiente para que esse sistema seja um software livre. Se a obra final não tiver o seu código fonte amplamente divulgado, e dentro das quatro liberdades acima citadas, tratar-se-á de um software proprietário. Assim, é um equívoco afirmar que o PROJUDI é um software livre. Trata-se, na verdade, de um software desenvolvido de forma fechada pelo CNJ, e pelos tribunais que detém o seu código, e que se baseia em tecnologias livres, a exemplo da linguagem de programação Java. O PROJUDI começou como um projeto de conclusão de curso de dois estudantes de Ciências da Computação da Universidade Federal de Campina Grande, André Luis Cavalcanti Moreira e Leandro de Lima Lira. Ainda com o nome de Prodígio, foi

divulgada sua licença de uso, embora o mesmo seja quase sempre descrito pela mídia e pelo próprio CNJ como um software livre. Vale acrescentar que a utilização de “programas com código aberto” foi tratada pela Lei 11.419/2006, em seu artigo 14^[96], embora tal adoção não tenha ficado expressamente caracterizada como uma obrigação por parte dos órgãos do Judiciário:

Art. 14. Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.

Parágrafo único. Os sistemas devem buscar identificar os casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada.

Paralelamente, houve a dificultosa missão de evangelizar os advogados quanto à mudança causada pela desmaterialização do papel no cotidiano da advocacia. Esta que juntamente com a certificação digital, foi impulsionada em todo território nacional, após a vigência da lei em março de 2007.

O fortalecimento de um diálogo para a defesa das prerrogativas dos advogados junto aos tribunais, nesta pauta, sempre foi uma tarefa muito árdua. Sobretudo por que ainda faltava para os tribunais, a efetiva vontade de estabelecer de forma profícua e efetiva, uma pauta permanente sobre o tema, e para a construção do modelo ideal de sistema de tramitação de autos digitais. O que mudou radicalmente essa distância nos últimos três anos com as atuais versões digitais que vem sendo utilizadas.

implantado como um projeto piloto com o apoio do juiz Antônio Silveira Neto, titular do então Juizado do Consumidor da comarca de Campina Grande na Paraíba, hoje, 2º Juizado Especial Cível.

Durante a implantação, o sistema, que era voltado ao juizado do consumidor, sofreu inúmeras modificações passando comportar outros tipos de processos e tramitações. Em 2005, o nome do sistema foi alterado para PROJUDI, quando foi instalado no Tribunal de Justiça da Paraíba, sendo usado até hoje sob o nome E-jus. Em setembro de 2006, os autores assinaram com o CNJ um termo de doação de software, entregando em caráter definitivo e gratuito o código fonte, a documentação do sistema e todos os direitos de propriedade industrial, direito autoral ou de qualquer outra propriedade intelectual relacionados ao PROJUDI.

“Roraima foi um dos primeiros estados a aderir ao PROJUDI nos Juizados Especiais, colaborando de forma direta na melhoria deste sistema”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

⁹⁶ BRASIL. Lei 11.419, de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Contudo, a informatização do Poder Judiciário é uma das metas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Sua construção implica no intenso diálogo entre os operadores do Direito – juízes, serventuários, advogados, procuradores e Ministério Público.

1.2. Tecnologia Processual na Comunicação Eletrônica

Conforme explica Edilberto Barbosa Clementino⁹⁷;

Cabe agora traçar um panorama das iniciativas normativas que tiveram por escopo regular a utilização da Via Eletrônica no Processo.

A Constituição da República federativa do Brasil de 1988, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito processual⁹⁸(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Essa iniciativa, apesar de bastante tímida, proporcionou abrir as ideias mais progressistas, proporcionando a percepção e a extensão dos benefícios que trará na utilização da moderna tecnologia para a efetivação da Justiça.

Por fim, diversos Tribunais de todo o país já vêm utilizando os recursos eletrônicos para tentar, pelo menos, resolver seus graves problemas relativos ao grande número de demandas e recursos materiais, as quais ainda sufocam o Judiciário no Brasil.

2. ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS

A tecnologia admitida na Lei 11.419/2006 visa à comunicação dos atos processuais por meio eletrônico, como meio fundamental a oferecer maior agilidade e eficiência da prestação jurisdicional.

⁹⁷ BARBOSA CLEMENTINO, Edilberto. Processo Judicial Eletrônico. Curitiba: Juruá, 2007.p. 72.

⁹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Neste contexto de busca de uma prestação jurisdicional célere e eficaz, faz-se necessário destacar que como direito individual e coletivo expressamente previsto na Constituição Federal, deve ser garantido a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF/1988, artigo. 5º, LXXVII).

Os atos processuais devem ser eficientes e eficazes como parte fundamental para a celeridade e razoável duração do processo. Todavia, é forçoso reconhecer que a adoção das novas tecnologias e o uso dos meios eletrônicos para essa finalidade, assim como para a tramitação de processos judiciais e transmissão de peças processuais, depende de investimentos por parte do Poder Judiciário na modernização de sua gestão.

É necessário salientar que estando o sítio e o conteúdo das publicações dos respectivos atos assinados digitalmente, e com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica (Lei 11.419 /06, art. 4º, § 1º), esta forma de publicação eletrônica independente da adesão dos jurisdicionados. Ela substitui e dispensa qualquer outro meio e publicação oficial para quaisquer efeitos legais. A exceção fica para os casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal (Lei 11.419 /06, art. 4º, § 2º), inviável por meio do Diário da Justiça Eletrônico.

Assim, o capítulo se encerra com as considerações nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados. Procura-se estimular a continuidade dos estudos e das reflexões sobre os impactos do uso da tecnologia na atividade jurisdicional, com ênfase para a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico.

2.1. Perspectivas do Processo Eletrônico na Justiça em seus diversos ramos

Com o advento da Lei 11.419/2006 aproximou-se a regra da modernidade com a efetividade processual. Definiu-se uma característica e uma essencialidade que revogou vários dispositivos do Código de Processo Civil, e ao mesmo tempo provocou uma aproximação entre a Justiça e o próprio jurisdicionado. Isso ocorreu na medida em que, sem o processo de papel, tudo passou a ser inserido sistematicamente em banco de dados para fomentar o processo eletrônico.

O impacto do processo cível inspira cuidados na remodelação de todo o mecanismo que atende a finalidade específica de se ajustar ao novo comando legal. Dessa forma, a informatização espalha seus efeitos, efetivamente, para

todos os ramos do direito e conseqüentemente para todos os meios de conflitos e comunicações sociais. Na esfera trabalhista, a reclamação será implementada pelo caminho eletrônico e a solução por meio dos demais atos inerentes a esse ramo.

Nesse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, e os demais Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs, principalmente as varas especializadas, já adotaram ou adotarão procedimentos que visarão programar o comando da Lei 11.419/2006. Decidiu o CNJ, no TERMO DE ACORDO COOPERAÇÃO TÉCNICA N.º 051/2010⁹⁹:

ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Processo CNJ nº 337.320).

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, neste ato representado por seu Presidente, Ministro Gilmar Mendes, o TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO e o CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, neste ato representados por seu Presidente, Ministro Milton de Moura França, RESOLVEM celebrar o presente ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, com fundamento na Lei n.º 8.666/93, quando cabível e, ainda, mediante as cláusulas e condições a seguir enumeradas:

DO OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA - O presente acordo tem por objeto a inserção da Justiça do Trabalho nas ações atinentes ao desenvolvimento de sistema de Processo Judicial Eletrônico a ser utilizado em todos os procedimentos judiciais.

⁹⁹BRASIL.. Disponível:<<http://www.tst.jus.br>>. Acesso: 20 de março de 2015.

Parágrafo Único - Este ajuste deriva do Acordo de Cooperação Técnica nº 73, de 15 de setembro de 2009, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais Regionais Federais, que passa a integrar este Instrumento... (Grifos nossos).

Também no processo criminal, o sucesso dos atos, dentro desse âmbito, se traduz numa linguagem compreensível pela sociedade como um todo. Assim explica Carlos Henrique Abrão¹⁰⁰:

Evidencia-se que a videoconferência, em princípio, foi descartada pelo Supremo Tribunal Federal, porém aprovada pelo Congresso Nacional, podendo ser normatizada e adotada, reduzindo-se o deslocamento dos presos, diminuindo-se os gastos, evitando-se a escolta policial e a prática constante da perda de audiências pela não apresentação do acusado.

Exteriorizado o Ministério Público na percepção de titular da ação penal incondicionada, a denúncia será feita por meio digital, quando será registrada junto ao sistema cadastral e identificada mediante número presente no código de barras específico.

Observa-se ainda que pela lentidão do processo durante a sua tramitação e solução prática, encerrava-se boa parte dos litígios de menor repercussão, que também poderiam ser solucionados perante aos Juizados Especiais, consubstanciadas na Lei 9.099/1955.

Tem-se que tecnicamente aprovada, a legislação em sintonia com os Juizados Especiais em todo o território nacional pairou a ideia no sentido de que o entrave da Justiça, provavelmente, estaria solucionado. Fato que evidentemente não aconteceu. Assim, explica Carlos Henrique Abrão¹⁰¹:

¹⁰⁰ HENRIQUE ABRÃO, Carlos. Processo Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 90-91.

¹⁰¹ HENRIQUE ABRÃO, Carlos. Processo Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 96.

A população exerce o direito de cidadania e o Juizado de Pequenas Causas transmitem a nítida percepção do descontentamento com os serviços e basicamente com matérias envolvendo direito de vizinhança e relação de consumo. Entretanto a explosão de demandas, na esfera dos Juizados Especiais, demonstrou a absoluta impossibilidade de uma solução rápida, efetiva, ao alcance do interesse do jurisdicionado. Necessariamente, as causas de menor relevância, assim enfrentadas, tomam o rumo do valor, para efeito de acesso independentemente de procurador, ou naquelas que determinam a presença de advogado.

Contudo, deve imputar à Lei 11.419/2006 verdadeira revolução no seio do Poder Judiciário porque ela reestiliza todos os conceitos e os aspectos práticos que contemplam todos os Estados da Federação e Distrito Federal, estando totalmente informatizados e digitalizados.

2.2. Infraestrutura dos Tribunais e os Desafios em Desenvolver uma Ferramenta Segura

Quando se fala em compartilhamento, na área de Tecnologia de Informação - TI, surge em mente, sempre a troca e repasse de sistemas informáticos. Porém, tal atividade tem um escopo mais abrangente, inclusive de maior aplicabilidade dentro dos Tribunais: o compartilhamento de informações sobre processo eletrônico, por exemplo.

A Expressão “*documento eletrônico*” tornou-se, ou vem se tornando usual entre aqueles que já se familiarizaram com o computador. Ele contém os meios necessários de protocolização de peças processuais. Dessa forma, é interessante trabalhar com a premissa de que o conhecimento sobre o “*processo eletrônico*” deve ser compartilhado e aprofundado por meio de interações entre todos os Tribunais e os jurisdicionados.

Assim, o objetivo imediato desse evento é possibilitar um nivelamento do conhecimento sobre a área e também iniciar o mapeamento daquilo que poderia ser considerado uma diretriz geral do processo eletrônico. Em linhas gerais, as

diretrizes do “*processo eletrônico*” como desafio em desenvolver ferramentas seguras dentro dos Tribunais podem ser divididas da seguinte forma¹⁰²:

1. Diretrizes da formação de um projeto de processo eletrônico (Planejamento);
2. Diretrizes sobre aspectos técnicos do projeto (Execução);
3. Normatização;
4. Infraestrutura;
5. Certificação Digital;
6. Digitalização;
7. Outros aspectos tecnológicos;
8. Proposta de compartilhamento.

Por fim, um ponto em comum para todos aqueles que ingressarem no gerenciamento de sistemas eletrônicos, é a questão da segurança da informação. Para cada setor de TI há a necessidade de se obter normas bem definidas no tocante ao tratamento dos dados. Pois se trata de um requisito que abstrai o tipo de sistema que se utiliza, possibilitando o compartilhamento das diretrizes e das normas mínimas de segurança da informação.

3. RESPONSABILIDADES

Denota-se, conseqüentemente, por meio desse prisma de visão ideológica, a concretização paradigmática de que as partes cumprem um papel extremamente importante neste cenário. Principalmente no que tange à responsabilidade no processo eletrônico. Desde o cadastramento, acesso ao

¹⁰²BRASIL.Disponivelem:<<https://www.google.com.br/#q=2.2.+Infraestrutura+dos+Tribunais+e+o+processo+eletr%C3%B4nico>>. Acesso: 20 de março de 2015.

sistema, senha, e no monitoramento do processo virtual, assim como, na inserção de elementos comprobatórios das peças discutidas.

Na dinâmica do processo eletrônico, o papel das partes é fundamental para aglutinar o principal aspecto da formação da lide e os meios instrutórios destinados à solução do litígio¹⁰³. A esse respeito, a Lei 11.419/2006 de forma pontual, menciona a obrigatoriedade do desenvolvimento do sistema eletrônico. Ela se baseia no meio digital colocado na rede mundial de computadores e com acesso junto às redes externas e internas dos Tribunais.

Assim, a responsabilidade das partes e dos Tribunais possui como pressuposto, a organização, o desenvolvimento válido, regular e o natural balizamento inerente ao procedimento eletrônico. Desta forma, para que as partes possam de forma consciente e certas de seu dever, não causar embaraço à efetiva prestação jurisdicional.

3.1. Perspectivas do Processo Eletrônico Sobre a Prática na Justiça

Tendo em vista a dificuldade em termos de aplicação de recursos feitos para Tribunais Estaduais a par da responsabilidade fiscal, as referidas cortes poderão enfrentar problemas de ordem orçamentária. Provavelmente, seja essa a maior dificuldade na implantação do processo eletrônico, tendo em vista a dimensão continental inerente ao Estado Brasileiro.

Destarte, por razões peculiares, o Superior Tribunal de Justiça se antecipou em relação à inserção do processo eletrônico. Fato que ocorreu durante o ano de 2009, e ao longo de 2010, que foi levado à sepultura do processo de papel¹⁰⁴. Por outro lado, o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal tem sido o de priorizar a função de casa constitucional, a exemplo do modelo europeu, e principalmente norte-americano, haja vista, a conotação federal legislativa e as enormes dificuldades de aprimorar e uniformizar os julgados. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, com a adoção do processo eletrônico aqui entendido como aquele originário, é ainda mais de perto e de natureza recursal, delimitando no âmbito de suas funções, passo a passo, enfrentando os impasses das questões submetidas.

Portanto, no apanhado geral do tema e numa suma síntese informal do assunto, vê-se que a Lei 11.419/2006 em vigor desde março de 2007, ainda caminha de forma incipiente no tocante à efetiva implementação. Somente poderão tornar-se palpáveis e digeríveis na medida em que houver o senso comum

¹⁰³ HENRIQUE ABRÃO, Carlos. Processo Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 129.

¹⁰⁴ HENRIQUE ABRÃO, Carlos. Processo Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 112.

de possibilidade em papel, e a imediata busca do processo eletrônico como fonte primária e insubstituível - até incondicional - de uma Justiça contemporânea e democrática.

3.2. Conteúdo da Ação

Para o jurisdicionado e principalmente para as partes, a longa duração dos processos implica ineficácia e inutilidade do provimento judicial. Essa morosidade compromete não só a efetivação do direito buscado no âmbito da lide, mas também abala a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade e para solução dos litígios. Dado o sentimento geral de denegação da justiça e de restrição do acesso à jurisdição.

No intuito de mudar esse quadro, a Emenda Constitucional nº 45 que entrou em vigor em 31 de dezembro de 2004, alterou o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88. Faz constar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Outro ponto importante da Lei nº 11.419/06 quanto à forma dos atos praticados em meio digital é a necessidade de criação de uma assinatura eletrônica e da implantação de ferramentas de proteção suficientes para evitar a alteração, adulteração e violação de documentos eletrônicos. A finalidade para tal é assegurar-lhes autenticidade, segurança e credibilidade na prática dos atos e serviços virtuais.

Para cumprir o requisito da validade do documento eletrônico, a Lei nº 11.419/06 possibilita a identificação dos signatários de atos processuais por meio da assinatura eletrônica mediante cadastramento pessoal no próprio órgão judicial. Caso não se utilize o sistema particular de cada tribunal, essa Lei permite a prática de atos processuais por meio de assinatura digital “baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada”, segundo dispõe o seu artigo 1º, § 2º, III, “a”¹⁰⁵.

Hodiernamente, a administração pública, em razão da velocidade e do volume crescente das informações, exige a informatização de seus serviços e rotinas processuais. No Judiciário, essa informatização é medida imperativa para concretizar o princípio da celeridade processual e permitir a ampliação do acesso à jurisdição.

¹⁰⁵ BRASIL. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 20 de março de 2015.

Em que pese significar um grande avanço na prestação dos serviços públicos, há de se reconhecer a complexidade na implantação de um processo totalmente digitalizado. É certo que não se podem perder de vista as dificuldades e entraves na implantação e no uso de um procedimento virtual frente à realidade de cada tribunal, seja em nível administrativo-operacional, econômico ou jurídico.

Tal empreitada exige cautela por parte do Poder Judiciário na implementação dos sistemas eletrônicos de processamento e de certificação digital, com vistas à eficiência e segurança dos serviços, bem como para a preservação dos princípios e garantias fundamentais que norteiam esse processo e permitem a realização de um Estado Democrático de Direito.

4. VALIDADE JURÍDICA E EFICÁCIA PROBANTE

É necessário distinguir as expressões “validade jurídica” e “eficácia probante” dos documentos eletrônicos. Documentos não têm validade jurídica, mas sim maior ou menor eficácia probante. O documento, eletrônico ou não, deve servir para comprovar um fato. Em se tratando de documento eletrônico, sua eficácia probante não deve ficar adstrita à existência ou não, de certificação eletrônica, mas sim da assinatura digital. Isso porque quem assegura autenticidade e integridade ao documento eletrônico é a assinatura digital, gerada por processo de criptografia de chaves públicas.

O certificado ingressa apenas no campo da distribuição das chaves públicas, sendo uma das formas, não exclusiva, de identificação de seus titulares. Assim dispôs o primeiro fórum sobre segurança, privacidade e certificação digital¹⁰⁶:

O documento eletrônico é aceito pelo mundo jurídico porque a comunidade científica internacional testou, durante décadas, a confiabilidade dos conceitos da criptografia assimétrica, e não pela existência de um modelo de negócios baseado na venda de certificados eletrônicos. Essa situação é agravada pela ideia de credenciamento de certificadoras. Elas gerariam a presunção de “validade jurídica” de documentos com

¹⁰⁶ BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação Casa Civil da Presidência da República Outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~rezende/trabs/validade.html>>. Acesso: 20 de março de 2015.

chaves públicas certificadas pelas credenciadas que, em razão dos investimentos necessários para atender aos requisitos da entidade credenciadora, serão poucas, monopolizando o mercado de centenas de milhões de pessoas físicas e jurídicas, em um país de extensão continental como o Brasil.” (Grifos nossos).

O problema do documento, eletrônico ou não, insere-se no campo processual, e diz respeito à sua eficácia probante. Nesse ponto, é preciso adaptar o Código de Processo Civil à nova realidade das provas documentais. Neste diapasão, a Lei 11.416/2006 trouxe em seu artigo 11 os seguinte¹⁰⁷:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1 Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Grifos nossos).

Ao apresentar o elenco das garantias do processo eletrônico, está, na verdade, definindo um bloco de condicionamento do exercício da Jurisdição e da validade da tutela judicial. O Processo Eletrônico é instituição pública constitucionalizada, de controle tutelar de provimento e do uso eletrônico na tramitação de processos judiciais, por via da Lei 11.4016/2006 recepcionada pela legislação pátria. Sejam jurisdicionais, legislativos ou administrativos.

¹⁰⁷ BRASIL. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 20 de março de 2015.

Dessa forma, o processo eletrônico será capaz de abrigar os direitos fundamentais atinentes à igualdade das partes perante a lei, legalidade, participação e controle público dos atos da jurisdição, juízo natural. Além do acesso à jurisdição, direito de defesa, contraditório, isonomia, recurso e motivação das decisões no que tange sua validade jurídica e sua força probante.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o Direito encontra-se em permanente mutação para adaptar-se às novas realidades. Demonstrando que não podemos abdicar de certas práticas que encontram fundamentadas nas regras da experiência.

O Processo Eletrônico é apto para tramitação de documentos processuais. A infraestrutura de Chaves Públicas Privadas confere total viabilidade aos documentos eletronicamente produzidos no que tange a autenticidade, integridade, bem como, garante o sigilo dos dados amparados pelo direito de preservação da intimidade.

Dessa forma, não deve mais prosperar o entendimento de que o processo é puro e simples instrumento dogmático. É importante tratarmos a aplicação de novos meios de acesso aos jurisdicionados pela via eletrônica, por via da informatização com o uso da internet, visando celeridade aos atos processuais e aparelhamento do Poder Judiciário como medida processual inovadora na era da modernização dos meios de comunicação como uma medida revolucionária.

REFERÊNCIAS

- _____. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- _____. BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação Casa Civil da Presidência da República Outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~rezende/trabs/validade.html>>. Acesso: 20 mar. 2015.
- _____. BRASIL. Lei 11.419, de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 1973. Código de Processo Civil.
- CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.p. 72.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 464.

- HENRIQUE ABRÃO, Carlos. Processo Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 90-96.
- LACERDA PISTORI, Gerson. Dos Princípios do Processo. Os Princípios Orientadores. São Paulo: Ltr, 2001, p. 141.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 303.
- PEREIRA BATISTA, J. Reforma do Processo Civil. Princípios Fundamentais. Lisboa: Lex, 1997, p. 107.
- WIKIPEDIA. *Projudi* - Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>>. Acesso em: 20 de mar. 2015.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA: AVANÇO OU RETROCESSO?

Everson Alexandre de Assumpção¹⁰⁸

RESUMO

Artigo Científico de cunho explicativo cuja finalidade é a de apresentar as mudanças trazidas pela minirreforma na Previdência Social. A problemática se insurge porque no dia 30 de dezembro de 2014, o povo brasileiro foi surpreendido pela publicação de uma medida provisória (MP nº 664) que altera as regras de concessão dos benefícios previdenciários de pensão por morte, auxílio doença e aposentadorias. Aumentando assim, as restrições à sua concessão, excluindo algumas coberturas e diminuindo drasticamente o valor dos benefícios e o tempo de sua duração. A medida provisória é um instrumento legislativo adotado pela Presidência da República que por sua definição constitucional, art.62 da CF/88, somente deve ser utilizada em casos de relevância e urgência, tendo sua eficácia condicionada à aprovação pelo Congresso Nacional e sua conversão em lei. Isto dentro do respectivo prazo que não corre durante o recesso parlamentar de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período.

INTRODUÇÃO

A Lei Orgânica de Previdência Social 1960, já nos dava uma ideia de reforma das caixas e institutos de pensão, mas era necessária uma medida mais efetiva que ampliasse o seu universo e a tornasse mais justa, promovendo maior igualdade material e redução das desigualdades sócio econômicas.

Com a entrada da Lei 8.213/91, caminhamos a um nível de proteção mais elevado, de maior bem-estar social, superando aquela ideia bismarquiiana de proteção privada, voltada apenas para os trabalhadores da iniciativa privada.

Com a Constituição Federal de 1988, passamos a ter um modelo de proteção, fonte de custeio, igualdades sociais, insculpidas nos artigos 194, 195 e 201. Muito embora este aumento no campo da proteção social esconda um alibi para o aumento da carga tributária nas contribuições sociais e um enorme ganho para o tesouro nacional. Constituindo-se assim num modelo de retração política, enxugamento do estado e elevação da base de custeio. Consoante a este dispositivo de retração podemos citar a LOAS de 1993 que somente foi regulamentada em 1995 entrando em vigor em janeiro de 1996.

¹⁰⁸Doutorando em Direito pela Universidad J.F. Kennedy e estudante regular do programa para o doutorado da Universidade de Buenos Aires.

Outro reflexo desta contra reforma e ajustes de retração em matéria previdenciária no plano infraconstitucional é a entrada da Lei 8.870 de 1994 que extingue os pecúlios e o abono de permanência por tempo de serviço, paralelamente a Lei 9.032 de 1995, torna novamente o segurado aposentado obrigatório em relação a previdência social, cria o auxílio acidente, salário família e o instituto da reabilitação profissional, também retira o menor sob guarda como pessoa designada no rol de dependentes, proíbe o acumulo de mais de uma pensão por morte e extingue o enquadramento das categorias profissionais para fim de aposentadoria especial, o que só foi possível com a apresentação de laudo técnico pela Lei 9.528/97. Pasmе em 1997 o auxílio acidente não pode ser mais acumulado com nenhuma espécie de aposentadoria.

Outra minirreforma no plano constitucional foi introduzida pela EC nº 20/98, que introduziu a idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição no regime próprio de previdência social. No entanto, não consegue atingir a idade mínima no regime geral de previdência social, que por sua vez, foi atacado com a criação do fator previdenciário pelo advento da Lei 9.876 de 1999. Em 2003, também tivemos a EC nº 41 no regime próprio de previdência social, que impôs a contribuição para os servidores inativos e coloca fim na paridade para os futuros pensionistas e servidores inativos do regime próprio. A década de 90, portanto se mostra no seu contexto como um conjunto de políticas persistentes em matéria de retração de direitos previdenciários, seja no regime próprio ou no regime geral.

Por fim, mais uma vez no final do ano de 2014, por uma necessidade econômica de captação de recursos em curto prazo, a MP 664, convertida em Lei 13.135 de 17 de junho de 2015, traz novamente a ideia de uma nova retração no sentido de desvinculação de verbas da previdência social para cobrir gastos públicos da União¹⁰⁹.

1. Do Auxílio Doença

O benefício de auxílio-doença está previsto nos artigos 59 a 63 da Lei de Benefícios, a Lei 8.213/91, e tem como escopo cobrir o risco da incapacidade laboral. O artigo 59 da Lei de Benefícios assim dispõe:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de

¹⁰⁹ ASSUMPTÃO, Everson Alexandre de. Reforma da previdência avanço ou retrocesso. 20 nov. 2015. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15779>. Acesso em: 5 mai. 2016.

carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Os benefícios de auxílio-doença constituem-se num bom indicador das condições de saúde da população trabalhadora segurada, particularmente daqueles que resultam em condição clínica mais severa com afastamento maior de 15 dias e num maior risco para aposentadoria por invalidez e mortalidade¹¹⁰.

A medida provisória procedeu a alterações quanto ao benefício de Auxílio-doença, todavia, em relação a esse benefício a nova regra não o alterou por completo e não procedeu alterações tão significativas tais como foram com o benefício de pensão por morte. As alterações tentaram introduzir um aumento da despesa social para as empresas e empregadores, porquanto, houve uma profunda alteração quanto ao prazo de encaminhamento do segurado empregado ao INSS em caso de doenças, mas que foram rejeitadas pelo congresso Nacional¹¹¹.

O artigo 61 da Lei 8213/91 dizia que: “O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. ” (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995).

O artigo 61 da Lei de benefícios não foi revogado, entretanto ele foi acrescido por uma peculiaridade da Lei 13.135/15 que acrescentou ao artigo 29 o § 10 que diz: “O auxílio doença não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários de contribuição, inclusive em caso de

¹¹⁰JAKOBI, Heinz Roland et al. Benefícios auxílio-doença concedidos aos trabalhadores empregados no ramo de carne e pescado no Brasil em 2008. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 31(1):194-207, jan., 2015.

¹¹¹OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de. Análise da Medida Provisória nº 664/2014 e sua duvidosa constitucionalidade. Fev. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36093/analise-da-medida-provisoria-n-664-2014-e-sua-duvidosa-constitucionalidade>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

remuneração variável, ou, se não alcançado o número de 12 (doze), a média aritmética simples dos salários de contribuição existentes”.

Bortolotte¹¹² exemplifica com a seguinte reflexão: o segurado acometido por alguma enfermidade, incapacitado para suas atividades laborais, deixa seu emprego em virtude muitas vezes, até mesmo de sua doença. Posteriormente, recolhe contribuição previdenciária facultativa à base de um salário mínimo, porque justamente está sem renda. Digamos que sua doença se agrave e ele necessite se beneficiar do auxílio doença. Quando ele mais precisar ser socorrido pela previdência em virtude de sua incapacidade e para custear seu tratamento ele será prejudicado com sua renda mensal inicial, pois o percentual de 91% do salário de benefício ficará restrito ao teto dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, ou seja, não importa se ele recolheu por 10 (dez) ou 20 (vinte) anos pelo teto previdenciário, e nos últimos 12 (doze) meses ele recolheu sobre um salário mínimo, em virtude da lei 13.135/15 esse mesmo segurado fatalmente passará a receber um salário mínimo.

Anderson¹¹³ afirma que ao contrário do discurso oficial, a MP 664, além de promover a redução de direitos dos trabalhadores como, por exemplo, a instituição de “carências” e outros requisitos novos de elegibilidade para benefícios da previdência social, impõe aumento de 100% (cem por cento) nos custos do setor produtivo relacionados à ampliação da fonte de custeio do auxílio-doença e dos afastamentos por invalidez.

Em outras palavras, a empresa empregadora deveria custear os trinta primeiros dias de afastamento por invalidez, ou auxílio-doença, (rejeitado pelo Congresso Nacional) ao invés dos quinze primeiros dias, como anteriormente previsto. Confirma-se que tais custos simplesmente dobram por força do que restou determinado no artigo 1º, da MP 664, que deu nova redação aos artigos 43, § 2º e 60, § 3º, da lei federal 8.213/91¹¹⁴. Dizem, agora, os dispositivos:

Art. 43. (...)§ 2º Durante os primeiros trinta dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez,

¹¹²BORTOLOTTI, Priscila Aparecida Tomaz. A inconstitucionalidade da Medida Provisória 664/2014, que foi convertida na Lei nº 13.135/2015. Jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40622/a-inconstitucionalidade-da-medida-provisoria-664-2014-que-foi-convertida-na-lei-n-13-135-2015>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

¹¹³ANDERSON, Rogério Oliveira. MPV 664: ampliação do custeio do auxílio-doença e do afastamento por invalidez é inconstitucional. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4287, 28 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36743>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

¹¹⁴d. Ibidem.

caberá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

Art. 60. (...) § 3º Durante os primeiros trinta dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença ou de acidente de trabalho ou de qualquer natureza, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

Ou seja, cem por cento de aumento da contribuição da empresa e nem por isso ouviram-se vozes, além das honrosas exceções de sempre, a denunciar o voluntarismo da medida que francamente ofende ao disposto no artigo 195, parágrafo quarto, da Constituição Federal¹¹⁵, que é expresso: “§ 4º – A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecidas o disposto no art. 154, I”.

Caso vigorasse essa nova regra o prazo para que o afastamento do trabalho gere um auxílio-doença, pago pelo INSS passaria de quinze para trinta dias. Afastamentos de até trinta dias seriam de responsabilidade das empresas. A presente alteração mostra uma evidente transferência do ônus estatal com a concessão dos benefícios, porquanto, afastamento com até trinta dias representam significativa parcela de afastamento, seja o motivo de ordem acidental trabalhista ou não. Ainda em relação ao auxílio-doença, foi estabelecido um teto para o valor de benefício. É flagrante que as modificações introduzidas pela Medida Provisória nº 664, sejam no que se refere ao benefício de Auxílio-Doença, pioraram a condição dos segurados reduzindo direitos e retirando garantias, manifestando-se como verdadeiro retrocesso no âmbito das perspectivas sociais.

1.1 Valor do Benefício de Auxílio Doença

O valor do auxílio doença previdenciário ou acidentário continua a corresponder a 91% por cento do salário-de-benefício, que corresponde à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 até o último recolhimento. Já no que diz respeito ao valor do auxílio-doença, este será limitado à média aritmética simples da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, sendo mantida esta regra pelo Congresso Nacional.¹¹⁶ O que

¹¹⁵Id. *Ibidem*.

¹¹⁶OLIVEIRA, op. cit., 2015.

houve de novidade foi o acréscimo do § 10, no art. 29 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

§ 10º. O auxílio-doença não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos doze salários-de-contribuição, inclusive no caso de remuneração variável, ou, se não alcançado o número de doze, a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes.

A despeito de a nova regra ter sido inserida dentro do art. 26, deve ser interpretada como sendo o “teto” para o valor do benefício e não para o salário-de-benefício. Justifica-se tal interpretação, pois, caso a intenção fosse limitar o salário-de-benefício, caberia ao Legislador ter expressamente assim previsto, o que não fez¹¹⁷.

2. Da Pensão por Morte

Pensão por morte é um benefício previdenciário pago pelo INSS aos dependentes do segurado em decorrência do óbito do segurado instituidor (titular do benefício). Com a morte do segurado instituidor, o benefício chamado de pensão por morte, será pago aos seus dependentes em forma de renda mensal.

2.1. Os Dependentes São Classificados Em Três Classes

O Art. 16 da Lei 8.213/91 assim os classifica:

1ª CLASSE

a) Cônjuge;

b) Companheiro;

c) Filho menor de 21 anos, desde que não tenha sido emancipado;

¹¹⁷Id. *Ibidem*.

d) Filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

2ª CLASSE

Pais do segurado.

3ª CLASSE

a) Irmão menor de 21 anos;

b) Irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (nesse caso, não importa a idade).

2.2. Alteração Trazida Pela Lei 13.135/2015 Na Classe De Dependentes

O Art. 16, III, assim dispõe: “o irmão de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, bem como quem tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, nos termos do regulamento”.

NOTA: a inclusão de pessoas com deficiência grave entre o rol de dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) somente entrará em vigor daqui a 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação da Lei 13.135/15.

A nova redação desse inciso III, que se refere as pessoas com deficiência intelectual ou mental, somente entrará em vigor daqui a 2 (dois) anos da publicação da Lei 13.135/15.

2.3. Isenção De Carência Para O Benefício De Pensão Por Morte

2.3.1. Carência

Carência assim descrita no “caput” do art. 24 da Lei 8.213/91, “é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.

Complementa Santi¹¹⁸ que a carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis à concessão de um benefício

¹¹⁸SANTI, Gilberto. Seguridade social: temas selecionados. São Paulo: Baraúna, 2014.

previdenciário, significando a proteção do sistema previdenciário para o custeio mínimo. Corroborar tal assertiva Castro e Lazzari:¹¹⁹

Nas palavras da lei, período de carência é o número de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (art. 24 da Lei nº 8.213/1991).

Segundo Daniel Machado da Rocha¹²⁰, neste comando legal, faz uma norma protetiva do sistema impondo um período mínimo durante o qual o obreiro, cuja qualidade de segurado foi adquirida, não poderá usufruir determinados benefícios, a fim de se preservar o sistema de previdência social, essencialmente contributivo, daqueles que só ocorrem a ele quando atingidos pelo risco social.

A pensão por morte continua sendo um benefício previdenciário que não depende de carência para sua concessão. Inicialmente a MP 664/2014 fez uma tentativa de incluir a previsão de 24 (vinte e quatro) contribuições a título de “carência” para a concessão da pensão por morte, mas não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Cumpre lembrar que o benefício da pensão por morte não é automático, por isso é necessário comprovar que há o vínculo de dependência do segurado em questão, para que só a partir de aí o benefício seja pago pelo INSS. No caso de filhos e esposas ou companheiras, a comprovação pode ser feita simplesmente com documento de identidade ou certidão de casamento, ou contrato de união estável. Por outro lado, os pais do segurado, os irmãos e outros dependentes, precisam provar que são totalmente dependentes do mesmo, para ter direito a receber o benefício, como previsto no art. 22, § 3º, do Decreto 3.048/99, pois fazem parte da Classe II e III, de acordo com o INSS¹²¹.

2.4. Dependente que Causar a Morte do Segurado

A pensão por morte será paga aos dependentes do segurado que falecer. É a própria lei que prevê quem tem o direito de ser considerado dependente. Previsão

¹¹⁹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. sete ed. rev. conforme as Emendas constitucionais e a legislação em vigor até 10.01.2006. – São Paulo: Ltr, 2006, p. 55.

¹²⁰ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JR., José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹²¹DATAPREV. Definições básicas. Disponível em: <<http://www.dataprev.gov.br/servicos/cadint/DefinicoesBSegurado.htm>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

legal do Art. 16 da Lei 8.213/91. “Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado” (§ 1º do art. 74). A morte do segurado deverá ter sido causada de forma dolosa.

2.4.1. Simulação Fraudulenta de Casamento ou União Estável a Título de Recebimento de Pensão Por Morte

A Lei n.º 13.135/2015 trouxe inovação ao acrescentar o parágrafo 2º do Art. 74, concernente a perda da pensão por morte no caso de comprovação de fraude ou simulação no casamento ou união estável, a título de recebimento de pensão por morte.

Art. 74 *in verbis* [...]

§ 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

2.4.2. Também Perderá o Direito ao Recebimento da Pensão Por Morte

Nova redação dada ao Art.77 da Lei 8.213/91.

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo

afastamento da deficiência, nos termos do regulamento;

V – para cônjuge ou companheiro:

a) Se inválido com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;

b) Em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;

c) Transcorridos os seguintes períodos estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) Vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 2º, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável.

§ 2º B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos, e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 2º, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitando o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento.

Outro significativo dispositivo acrescentado ao benefício de pensão por morte é: “§ 5º. O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso V do § 2º.”

2.5. Valor do Benefício da Pensão por Morte

A MP 664/14 convertida em Lei 13.135 em 17 de junho de 2015, trouxe profundas mudanças no rol de dependentes, redução do tempo de duração do benefício de pensão por morte, tentou introduzir um tempo mínimo de carência de 24 contribuições como também tentou alterar a forma de cálculo da pensão por morte, mas a proposta não foi aprovada pelo Congresso Nacional¹²².

¹²²BRASIL. Lei n. 13.135 de 17 de junho de 2015. Altera as Leis no 8.213, de 24 de julho de 1991, no 10.876, de 2 de junho de 2004, no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em:

Assim, o valor da pensão por morte continua sendo o mesmo valor que o segurado recebia a título de aposentadoria se aposentado fosse, na época do seu óbito, ou o valor da aposentadoria por invalidez que é 100% do salário-de-benefício. Exemplo:

1) Se o segurado instituidor estivesse em gozo de auxílio doença (o benefício de auxílio doença é de 91% do salário de benefício) e recebesse R\$ 910,00 (novecentos e dez reais) a título de benefício, e viesse a óbito, o dependente receberia a título de pensão por morte R\$ 1.000,00 (mil reais), ou seja, 100% (cem por cento).

2) Se fosse aposentado e recebesse a título de aposentadoria R\$ 1.200,00, (mil e duzentos reais) o valor do benefício de pensão por morte que o dependente irá receber é o mesmo, ou seja, R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

3. FÓRMULA 85/95

A Presidente Dilma Rousseff editou no dia 17 de junho de 2015, a MP 676, que cria uma fórmula alternativa para a atual 85/95 aprovada pelo Congresso Nacional que posteriormente foi convertida em Lei 13.183 em 4 de novembro de 2015.¹²³ A fórmula 85/95 é a soma do tempo de contribuição e idade do segurado, para computo de aposentadoria por tempo de contribuição.

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário, no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria for:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 4 ago. 2015.

¹²³Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm > acesso em: 5 de mai. 2016.

I – Igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos;

II – Igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

A alternativa editada pela presidente sofrerá alterações:

§ 2º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no “caput” serão majoradas em um ponto em:

I – 31 de dezembro de 2018;

II – 31 de dezembro de 2020;

III – 31 de dezembro de 2022;

IV – 31 de dezembro de 2024; e

V – 31 de dezembro de 2026.

§ 3º. Para efeito de aplicação do disposto no “caput” e no § 2º, o tempo mínimo de contribuição do professor e da professora que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio será de, respectivamente, trinta e vinte e cinco anos, e serão acrescidos cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição.

O modelo de aposentadoria padrão em 2026 será então a aplicação da nova fórmula 90/100. Atualmente o INSS ainda recebe pedidos de aposentadoria com a aplicação do fator previdenciário.

3.1. Fator Previdenciário

Com a publicação da Lei 9.876/99, foi criado o chamado “Fator Previdenciário”. A aplicação do fator previdenciário pode, conforme o caso, aumentar ou diminuir o valor do “salário de benefício”, sendo que na aposentadoria por tempo de contribuição inclusive a do professor a sua aplicação é obrigatória e nas aposentadorias por idade, por idade do deficiente físico e tempo de contribuição do deficiente físico, ela é opcional, ou seja, o fator previdenciário somente será aplicado se for mais vantajoso para o cidadão.

Esta verificação e aplicação são feitas de forma automática. A obtenção do índice do fator previdenciário se dará a partir da seguinte fórmula matemática. Sendo que:

- f = fator previdenciário;
- Es = expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria;
- Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;
- Id = idade no momento da aposentadoria;
- a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Para facilitar a obtenção do índice de fator previdenciário conforme a idade e o tempo de contribuição, o Ministério da Previdência Social publica anualmente a tabela completa com todos os índices disponíveis, os quais poderão ser aplicados diretamente no salário de benefício encontrado no cálculo inicial.

CONCLUSÃO

As mudanças trazidas pela MP/664/14, posteriormente convertida na Lei 13.135/2015 bem como a MP 676/15, convertida em Lei 13.183/2015, com algumas alterações. Trouxe transformações significativas na seara previdenciária, sendo algumas delas bem prejudiciais (retrocesso) aos segurados. Tais como, no cálculo da renda mensal inicial do benefício de auxílio doença, nos prazos de pagamento da pensão por morte, bem como obstaculizam gradualmente o acesso ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição previdenciário no que tange ao se criar uma idade mínima para obtenção do referido benefício. O projeto é restritivo e foi criado com a única finalidade de arrecadação para

uma economia de recursos em curto prazo para o orçamento do Tesouro Nacional e não como meio de efetiva proteção social.

A universalidade da proteção social descrita no artigo 194 da CF/88, não pode ser subtraída por uma medida provisória ou lei infraconstitucional que não vise proteger os direitos sociais e fundamentais do segurado da previdência social.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Rogério Oliveira. *MPV 664: ampliação do custeio do auxílio-doença e do afastamento por invalidez é inconstitucional*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4287, 28 mar. 2015.
Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36743>>.
Acesso em: 6 ago. 2015.
- ASSUMPCÃO, Everson Alexandre de. *Reforma da previdência avanço ou retrocesso*. 20 nov. 2015. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15779>. Acesso em: 5 mai. 2016.
- BORTOLOTTI, Priscila Aparecida Tomaz. *A inconstitucionalidade da Medida Provisória 664/2014, que foi convertida na Lei nº 13.135/2015*. Jul. 2015.
Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/40622/a-inconstitucionalidade-da-medida-provisoria-664-2014-que-foi-convertida-na-lei-n-13-135-2015>>. Acesso em: 7 ago. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 13.135 de 17 de junho de 2015. Altera as Leis no 8.213, de 24 de julho de 1991, no 10.876, de 2 de junho de 2004, no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências*. Brasília, DF, 2015. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. acesso em: 4 ago. 2015.
- BRASIL. *Medida provisória Nº 676, de 17 de junho de 2015. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social*. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv676.htm> acesso em: 4 de ago. 2015.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Sétima edição revisada conforme as emendas

- constitucionais e a legislação em vigor até 10.01.2006. – São Paulo: Ltr, 2006.
- DATAPREV. *Definições básicas*. Disponível em:
<<http://www.dataprev.gov.br/servicos/cadint/DefinicoesBSegurado.htm>>.
Acesso em: 4 ago. 2015.
- JAKOBI, Heinz Roland et al. *Benefícios auxílio-doença concedidos aos trabalhadores empregados no ramo de carne e pescado no Brasil em 2008*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31(1): 194-207. Jan. de 2015.
- LEI 13.135 de 17 de junho de 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. acesso em: 04 de ago.2015.
- LEI 13.183 de 4 de novembro de 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm>. acesso em: 05 de mai. 2016.
- MEZZOMO, Roberto. *Novas regras do auxílio-doença*. 16 fev. 2015. Disponível em:
<<http://machoadadvogados.com.br/2015/02/16/novas-regras-do-auxilio-doenca/>>. Acesso em: 7 ago. 2015.
- OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de. *Análise da Medida Provisória nº 664/2014 e sua duvidosa constitucionalidade*. Fev. 2015. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/36093/analise-da-medida-provisoria-n-664-2014-e-sua-duvidosa-constitucionalidade>>. Acesso em: 7 ago. 2015.
- ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SANTI, Gilberto. *Seguridade social: temas selecionados*. São Paulo: Baraúna, 2014.
- SILVA, Fernando Borges da. *MP 664/2014: uma grande e questionável reforma na Previdência Social*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4354, 3 jun. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38389>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

OS DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE QUILOMBOLA KALUNGA EM GOIÁS

Fátima Gonçalves Messias Takahash¹²⁴

RESUMO

O objetivo deste estudo dará a oportunidade de conhecer a Lei dos Direitos Humanos para constatar se os cidadãos (as) da Comunidade Quilombola-Kalunga conhecem e fazem uso destes direitos. A pesquisa surgiu a partir do convívio diário com os cidadãos desta comunidade. Ao observar a cultura Quilombola-Kalunga percebe-se a necessidade de implementação das leis de “Direitos Humanos” para que essa comunidade possa “viver” como qualquer ser humano – com dignidade. Há uma necessidade urgente de intervir junto a esse povo, com o intuito de tentar suprir essa carência, para que eles possam obter uma vida de qualidade e usufruir da justiça humana. Sabe-se que essa lei é a mesma que distancia as pessoas que, pela falta de conhecimento sistematizado ou de “informações” para decodificar essas regras, são impedidas de ter as suas vidas transformadas com o mínimo para ser mais digna. Constatou-se, por meio dos resultados obtidos neste exame, ao dar voz aos cidadãos (as) afrodescendentes que eles não tiveram a oportunidade de receber uma educação sistematizada e isso impediu o acesso e o reconhecimento de seus direitos. Os resultados apontam que é urgente levar ao conhecimento desta comunidade os conteúdos dos direitos humanos, fazendo uso de metodologias e didáticas eficazes, para que possam decodificar e internalizar esta lei e assim conseguir uma vida mais digna. Esses conceitos podem ser apresentados por via de palestras, panfletos, cartilhas e outros métodos que se fizerem necessário, assim como poderão ser apresentados em locais públicos como o Multiuso, a Câmara dos Vereadores, as Secretarias de Ação Social, Saúde e Educação com a parceria da Subsecretaria Estadual da Educação e Regional da Saúde Estadual.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Cultura, Cidadania, Conhecimento/Informação, Comunidade Quilombola-Kalunga.

INTRODUÇÃO

¹²⁴ Secretária Estadual da Saúde. Monte Alegre de Goiás, Goiás, Brasil. Secretaria Estadual da Educação (Núcleo Tecnológico da Educação - NTE).

No centro do País, a pouco mais de 375 km de Brasília-DF, aproximadamente cinco mil pessoas vivem em uma comunidade “encravada” nas encostas das montanhas do cerrado, a comunidade Quilombola-Kalunga. Com cerca de 237.000 hectares, situado entre três municípios: Cavalcante, Teresina e Monte Alegre de Goiás, compondo um patrimônio histórico cultural da humanidade. O território Kalunga, está dividido em cinco núcleos e abriga cerca de cinquenta grupos de base familiar: Vão de Almas, Vão do Moleque, Ribeirão dos Bois, Contendas e Kalunga.

Os cidadãos quilombolas do nordeste goiano vão as cidades, normalmente uma vez ao mês somente para receber os benefícios do governo fazer compras entre realizar outras atividades. Ou seja, os Quilombolas-Kalunga tem pouca interação social com as pessoas da cidade, pois realizam suas obrigações sempre em grupo como, por exemplo: ir à farmácia, ir ao banco, ao serviço de saúde e por último fazem as compras de alimentos no supermercado que é o ponto de referência para pegar a condução que os levam de volta a comunidade.

A presente pesquisa foi realizada na Comunidade Quilombola-Kalunga-Riachão de Monte Alegre de Goiás-GO e pretende verificar se estes cidadãos afrodescendentes tem conhecimento da Lei dos Direitos Humanos e, em caso positivo, se fazem uso desses direitos.

A partir da convivência diária com os Quilombola-Kalunga e ao observar sua cultura constatou-se a ausência das leis dos “Direitos Humanos” como parte de sua realidade. Essa carência impede aos cidadãos afrodescendentes a capacidade de viver dignamente, como qualquer ser humano, além de prejudicá-los negando-lhes o direito a uma vida de qualidade e aos benefícios da justiça humana.

Devido à socialização desse grupo ser bastante restrita, eles têm dificuldades para se expressar, mesmo que seja para fazer qualquer tipo de reivindicação, pois estão habituados a se reunir somente para eventos culturais e religiosos com os cidadãos da cidade. Assim, quando os representantes da comunidade – agentes de saúde, vereador ou vice-prefeito participam de reuniões ou discussões em que ocorrem debates, diálogos reivindicando melhoria para a comunidade e legitimar os direitos humanos estabelecidos e declarados por lei ocorre uma paralização:

Suas participações em reuniões abertas são verdadeiras demonstrações de timidez e acanhamento, permanecem sem palavras para solicitar ou exigir qualquer um dos seus direitos. Continuam sem nenhuma fala de reivindicação, imperando apenas o

silêncio, e isso ocorre com quase todos os cidadãos afrodescendentes da comunidade. Quando algum deles relata algo referente ao fracasso das Políticas Públicas nota-se um medo quase infantil, como se estivesse fazendo algo errado. (TAKAHASHI, 2013, p.203).

Nestes momentos os representantes da comunidade, que deveriam estar conscientes dos seus direitos e expor suas reivindicações para que sejam supridas as necessidades prioritárias da comunidade, ficam sem palavras ou mesmo sem ação durante essas reuniões.

Nota-se a necessidade de uma intervenção por via do repasse destes conhecimentos dos “direitos” instituídos pela lei para que os cidadãos se mantenham informados e possam usar da melhor maneira possível a favor de reivindicar as necessidades para a comunidade. Para isso, faz-se necessário intervir junto a essa comunidade com esclarecimentos, pois a falta de conhecimento sistematizado ou de “informações” para decodificar essas regras ou leis os impedem de ter as suas vidas transformadas com o mínimo para ser mais digna.

1. MATERIAIS E MÉTODOS

Esta pesquisa/estudo foi direcionada com a fundamentação na lei dos direitos humanos em consonância com os cidadãos da comunidade Quilombola-Kalunga/Riachão, da cidade de Monte Alegre de Goiás, procurando constatar se esta lei condiz com a realidade vivenciada pelos cidadãos supracitados, devido aos conhecimentos adquiridos pela educação formal ou por meio de informações.

A análise foi embasada na Declaração Universal dos Direitos Humanos-DUDH (1948), Baiocchi (1983), Brasil (1988), Geertz (1989), Laraia (2001), Munanga (2010), Takahashi (2013), entre outros autores. Os equipamentos utilizados para a identificação dos dados foram coletados por meio dos relatos dos cidadãos da comunidade reunindo bibliografias, dissertações e artigos sobre o tema. O procedimento adotado foi a análise da lei da Declaração dos Direitos Humanos identificada com as vivências, os pensamentos, e o histórico/cultural dessa comunidade.

2. DISCUSSÃO

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – de 1948 e após a Conferência de Viena de 1993, os direitos humanos passaram a ser vistos como universais, sendo aceitos em todos os Estados. Estabelecer uma relação entre o processo de construção histórica do que hoje se determina como direitos humanos não é uma empreitada fácil, pois o que lemos, muitas vezes, não condiz com o que valseia a realidade sociocultural vivenciada por muitos cidadãos (as).

Estes direitos legitimados por conta das leis deverão sim, ser declarados e contextualizados como direitos humanos, internalizados e efetivados independente da cultura estabelecida pela raça, cor da pele ou pelo conhecimento adquirido através da educação sistematizada. O art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma o seguinte:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Diariamente percebemos que o poder econômico, poder hierárquico e muitas vezes o poder político (principalmente o ideológico) pulam com facilidade, como se não fizessem parte da natureza do caminho a percorrer que é o de “direito estabelecido”. Este direito estabelecido, da “Lei dos Direitos Humanos” normalmente de conhecimento de pessoas alfabetizadas, que tem o domínio da leitura, mascara através da burocratização, sendo que para a realidade fica de difícil interpretação, conforme relata a cidadã da Comunidade Quilombola-Kalunga, Araçá: “quando eu era pequena tinha muita vontade de escrevê, pegava um pedaço de pau que soltava tinta e riscava o papel” (TAKAHASHI, 2013, p.200). Nesta fala de Araçá nota-se o distanciamento entre direito constituído, conhecimento sistematizado, informação e cultura, reforçando a criação de comportamentos sociais contrários, estabelecendo uma desordem na ordem de direitos humanos estabelecidos pela lei.

O bem-estar social advindo dos direitos estabelecidos pela lei são itens como casa própria, salário digno vindo do suor autônomo, água potável, vestimentas conforme as suas necessidades, saúde e educação. O sujeito tendo as

“informações” necessárias de como enfrentar o seu meio e transformá-lo cada vez mais para uma melhor qualidade de vida, poderá adquirir direito a um sistema político que respeite suas opiniões e não o transforme apenas em “intelectual orgânico”, usando e submetendo-o ao uso livre da política partidária. Os que dominam a política elaboram projetos e ações conforme a sua visão hegemônica, esquecendo a contextualização das necessidades culturais dos cidadãos que residem nesta comunidade. Faz-se necessário fazer uma releitura nos “Direitos Humanos Universais”, percebendo e reconceitualizando fatores importantes como cita o autor:

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. Concebidos como direitos universais, como tem acontecido, os direitos humanos tenderão sempre a ser um instrumento do ‘choque de civilizações e “a sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local” (SANTOS, 2003, p. 438).

Nesta luta pela construção da democracia de direito humano para a equidade, reconhecendo os cidadãos da Comunidade Quilombola-Kalunga como autores de suas próprias histórias e valorizando o seu contexto cultural para a busca de sua identidade em seu contexto sócio/geográfico, sabemos que estes direitos humanos com ênfase na globalização hegemônica, são inexistentes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu Artigo 25, parágrafo 1 afirma que:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de

perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Esta “homogeneização” citada nos direitos humanos como “universais” não é compatível à realidade desta comunidade quilombola-Kalunga que sofre muitas vezes com o preconceito racial. Na realidade este preconceito advém não somente pela cor da pele do negro ou pelo seu vestuário, mas sim pelo poder econômico massificador que assola os valores humanos em um mundo capitalista.

Ao estudar a história humana em consonância com os “direitos Humanos”, percebe-se uma evolução para os “direitos” nas leis que são indispensáveis a todos as pessoas. Com a universalização dos direitos humanos e da cidadania plena será necessário trazer à tona as contradições existentes no contexto sociocultural dos cidadãos afrodescendentes.

Conforme relata Tinguizal: *“Todo mundo vem cá e promete e depois vá embora. [...] não sei escrevê, fazê, eu não sei fazê, tenho a mão dura.... Não dou conta não. [...] eu nunca estudei, eu não fui na escola. Eu não tenho tempo”*. (TAKAHASHI, 2013, p.201). Esta falta de conhecimento e de informações declarada por Tinguizal (pseudônimo), membro da comunidade Quilombola-Kalunga, nos permite identificar a necessidade de fazer uma intervenção com o intuito de levar as informações de seus direitos que são estabelecidos por lei. Amburana, outra moradora da comunidade também acrescenta: “Vou estudar quando depois de pequena, é difícil aprende”.

O termo cidadania, segundo o dicionário Houaiss (2001, p.714) significa: *“Qualidade ou condição de cidadão; [...] Condição de pessoa que, como membro de um Estado, se acha no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política”*. De acordo com o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, o vocábulo é definido como: “a qualidade ou estado de um cidadão, que por sua vez é definido como o indivíduo no gozo dos direitos civis ou políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”, ou seja, essas concepções nos fazem refletir sobre equidade e possibilidades de direito. Nos conceitos dos Direitos Humanos a cidadania se depara com uma ligação quase hegemônica, pois uma palavra não se afirma sem a outra. Os direitos humanos entrelaçados na cidadania são entendidos como direitos básicos, quando um dos conceitos se ausentar gerará lacunas no outro. Não podendo descartar o papel político fundamental do Estado e suas obrigações em oferecer uma educação sistematizada e de qualidade a todos os cidadãos.

Ainda no contexto de cidadania a reflexão a equidade e as possibilidades deste direito se fazem necessário percebendo assim que, como cidadãos, podemos intervir como agentes de transformação para a qualidade de vida. Mas, ao nos depararmos com as desigualdades socioculturais existentes entre as comunidades quilombolas e os povos em geral este conceito de “universalidade” deixa subentendido que não poderá existir nenhum tipo de discriminação, independente da classe social, econômico, religioso, étnica entre outras denominações não poderão consolidar-se superior aos demais. Com isso percebe-se a necessidade de conceituar antropologicamente “cultura”.

De acordo com Laraia (2001, p.16) “no ano de 1871, Taylor definiu cultura como sendo todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética”. Em seu livro, *Cultura: um conceito antropológico*, o autor ainda afirma que “as diferenças de comportamentos entre os homens não podem ser explicadas através das disparidades mesológicas ou sematológicas” (Idem, 2001, p.9), pois o que determina tanto o geográfico como o biológico, foi impossibilitado em definirem a dubiedade em conciliação da grande diversidade cultural da espécie humanas, sendo que esta diversidade não pode ser o “entrave” para se chegar aos direitos.

Não existe correlação significativa entre a distribuição dos caracteres genéticos e a distribuição dos comportamentos culturais. Qualquer criança humana normal pode ser educada em qualquer cultura, se for colocada desde o início em situação conveniente de aprendizado. (LARAIA, 2001, p.17):

O autor acrescenta que as diferenças existentes entre os homens não podem ser explicadas através das limitações que lhes são impostas pelo seu aparato biológico ou pelo meio ambiente em que vive - a grande qualidade da espécie humana foi romper com suas próprias limitações, independente de outros fatores e corresponder ao aprendizado dependendo da situação conveniente.

Percebe-se que os adultos e idosos da comunidade Quilombola-Kalunga que hoje ocupam cargos representativos não desenvolvem com êxito os seus direitos em decorrência da falta de uma educação sistematizada. Será que para manter e preservar a história cultural de um povo é necessário deixá-los analfabetos? Será um tipo de exclusão? Dando continuidade a esta reflexão e

analisando como exemplificação a postura/ação de um dos maiores líderes afrodescendente que já existiu na história, Zumbi dos Palmares (1655-1695):

Nascido no Quilombo dos Palmares (Alagoas) em 1655, Zumbi foi capturado e entregue a um padre católico que o criou sob o nome de Francisco e lhe ensinou português e latim. Aos quinze anos, fugiu e retornou a Palmares, tornando-se um importante guerreiro do quilombo sob o nome de Zumbi. Após a morte de Ganga Zumbi, em 1678, Zumbi tornou-se o líder supremo de Palmares. (BEZERRA NETO, 2002, apud MORAES et al, 2013, p.319)

De acordo com a história, Zumbi era biologicamente igual a todos os negros de sua época, porém foi criado por um padre católico que o alfabetizou e ensinou o português e o latim. A partir dessa educação acredita-se que pedagogicamente o ambiente oportunizou em sua formação, proporcionando e desenvolvendo o seu lado crítico de líder para lutar pelos direitos humanos de seu povo e, principalmente, a ter consciência de que se encontrava acorrentado pelo poder desumano.

Com este diferencial de criação na época, Zumbi, conseguiu desenvolver um espírito crítico, sendo protagonista de sua própria história e não apenas expectador, construindo e expandindo novos pensamentos através de ações paradigmáticas. Percebe-se que ele se tornou um exemplo de liderança: “... Atualmente, Zumbi é representado como um dos maiores líderes contra a opressão dos escravos e dos afrodescendentes brasileiros...” (LIBBY, FURTADO, 2006 apud MORAES et.al, 2013, p. 320), tendo sido um mártir/representante de seu povo e de cultura/aculturação.

Seguindo este raciocínio entende-se que o conceito de “cultura” é tudo que possibilita os conhecimentos, como: leis, moral, costumes, qualquer capacidade conquistada pelo homem, sendo definido primeiramente por Edward Taylor (1832-1917). No ano de 1960, John Locke (1632-1704), ao registrar o Ensaio que remete sobre o entendimento humano, justificou que a mente humana não é mais do que uma caixa vazia ao nascer, tem a capacidade ilimitada para adquirir conhecimento, denominado de endoculturação. Esta capacidade é conceituada segundo o dicionário da Língua Portuguesa (2013-2016) como:

[...] o processo permanente de aprendizagem de uma cultura que se inicia com assimilação de valores e experiências a partir do nascimento de um indivíduo e que se completa com a morte. Este processo de aprendizagem é permanente, desde a infância até à idade adulta de um indivíduo. A medida que o indivíduo nasce, cresce, e desenvolve, ele aprende envolvendo-se cada vez mais a agir da forma que lhe foi ensinado.

Este é um processo de aprendizagem permanente de endoculturação, inicia-se na infância e se estende até à idade adulta de um indivíduo que, ao ser inserido em uma determinada cultura, vai aprender e cada dia mais se apropriar e se comportar conforme a orientação recebida no meio em que está aprimorando e recebendo conhecimentos sistemáticos sem, porém, deixar as suas raízes culturais.

Laraia (2001, p.15) cita o americano Marvin Harris (1969) que tem um diálogo, em seu tempo, da fala de Locke “nenhuma ordem social é baseada em verdades inatas, uma mudança no ambiente resulta numa mudança de comportamento”. Jacques Turgot (1727-1781), afirma que o homem é capaz de assegurar a retenção de suas ideias eruditas, comunicá-las para outros homens e transmiti-las para os seus descendentes como uma herança sempre crescente. Para a busca de subsistência se faz necessário ouvir a voz da cidadã em seu relato declarada por Aroeira (pseudônimo), “[...] se eu tivesse um estudozinho eu saberia mais o que fazer com o povo de fora. É difícil ir só pra cabeça. É difícil fazer o nome às vez faz certo outa faço errado. Oh meu Deus! Aparece alguém pra me ajudar” (TAKAHASHI, 2013, p.201).

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) seguiu os passos de Locke e de Turgot ao atribuir um grande papel à educação, chegando mesmo ao exagero de acreditar que esse processo teria a possibilidade de completar a transição entre os grandes macacos (chimpanzé, gorila e orangotango) e os homens. Kroeber (1950) historiou que: "a maior realização da Antropologia na primeira metade do século XX foi à ampliação e a clarificação do conceito de cultura". Laraia exalta que: as centenas de definições formuladas após Taylor serviram mais para estabelecer uma confusão do que ampliar os limites do conceito. Em 1973, Geertz escreveu que o tema mais importante da moderna teoria antropológica era o de "diminuir a amplitude do conceito e transformá-lo num instrumento mais especializado e mais

poderoso teoricamente". Ainda sobre o conceito de "cultura", Laraia acrescenta que Alfred Kroeber (1876-1960) contribuiu para ampliá-la essa concepção, dizendo que a cultura, mais do que a herança genética, determina o comportamento do homem e justifica as suas realizações. Nesse sentido, o homem age de acordo com os seus padrões culturais e, além disso, consegue adaptar-se aos diversos ambientes biológicos, por isso foi capaz de romper as barreiras das diferenças ambientais e transformar toda a terra em seu habitat. Assim, a cultura é um processo que se desenvolve de forma acumulativa, advinda das experiências históricas das gerações anteriores. Este processo pode limitar ou estimular a ação criativa do indivíduo.

Laraia (2001) sintetiza os principais esforços da antropologia na modernidade, reconstruindo o conceito de cultura, fazendo o uso do esquema do antropólogo Roger Keensing encontrado em seu artigo "*Theories of Culture*", na busca de encontrar uma determinação conceitual. Em sua análise propõe que quando o homem vê o mundo através de sua cultura tem como consequência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural. O autor afirma também que a participação do indivíduo em sua cultura é sempre limitada; nenhuma pessoa é capaz de participar de todos os elementos de sua cultura e que tal tendência, denominada etnocentrismo, é responsável em casos extremos pela ocorrência de numerosos conflitos sociais.

Se o homem vê através da sua cultura, os cidadãos (as) da Comunidade Quilombola não estão absorvendo as leis escritas nos "direitos humanos", que estão transcritos e normalmente sendo usados por cidadãos (as) que são alfabetizados, para prévias leituras levando-os a conhecer os seus direitos instituídos através das Leis.

Laraia (2001) continua seu propósito concluindo que o importante, porém, é que deve existir um mínimo de participação do indivíduo na pauta de conhecimento da cultura a fim de permitir a sua articulação com os demais membros da sociedade. E que existem dois tipos de mudança cultural: a primeira é "interna", resultante da dinâmica do próprio sistema cultural, e uma segunda que é o resultado do contato de um sistema cultural "com outro". Na dinâmica do próprio sistema cultural da comunidade Quilombola-Kalunga, os cidadãos (as) não tiveram ao seu alcance uma educação sistematizada, conforme constatado, que pudessem aprender e decodificar os seus direitos através de uma Instituição Educacional. A segunda afirmação: Sistema Cultural com o outro que também foi constatado através de pesquisa que eles mantêm esta relação social, ainda fechada para o outro. Percebendo assim o valor da cultura e como

ela é determinante para a interação social e conceituando a epistemologia da cultura Laraia (2001) cita Lévi-Strauss (1976), que ajustou a primeira regra, a primeira norma como o início da cultura; e White (1955), que diz que a passagem do estado animal para o humano ocorreu quando o cérebro foi capaz de gerar símbolos.

Percebe-se que o avanço ocorreu não da forma necessária por lei no contexto dos Direitos Humanos, ocorre de forma lenta e descompassada sempre esbarrando ou entrvando-se em nome de uma cultura diferenciada e da geografia inóspita. Há 30 anos o Nordeste Goiano ainda não tinha asfalto, estrutura educacional (professores graduados), saúde entre outras políticas públicas que fazem parte da vida dos cidadãos (as) para que vivam com dignidade. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE pode-se notar um crescimento significativo em comparação com o passado na estrutura da região do Nordeste Goiano, onde está situada a Comunidade Quilombola-Kalunga.

O Índice de Desenvolvimento Humano-IDH vem sendo usado desde 1993 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) como avaliador do desenvolvimento humano dos municípios brasileiros e a seguir vemos o quadro com o resultado do IDH do município de Monte Alegre de Goiás – GO dos últimos três relatórios fornecido pelo IBGE.

Índice de Desenvolvimento Humano-IDH do município de Monte Alegre de Goiás-Goiás

ANO	PERCENTUAL %
IDH 1991	0,312
IDH 2000	0,418
IDH 2010	0,615

Fonte: Atlas Brasil 2013 Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

De acordo com os dados coletados nas pesquisas o IDH de Monte Alegre de Goiás tem apresentado considerável elevação nos índices, percebe-se então que realmente está ocorrendo desenvolvimento na região. Porém, a cidade de Monte Alegre de Goiás, assim outros municípios do nordeste goiano, continua entre as piores de acordo com o IFDM – Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal.

Municípios do Nordeste de Goiás estão entre os piores no Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal.

MUNICÍPIOS DO NORDESTE GOIANO NO RANKING DO IFDMCONSOLIDADO			
RANKING		MUNICÍPIO	IFDM CONSOLIDADO
NACIONAL	ESTADUAL		
2466º	143º	Campos Belos	0,6760
2923º	174º	Vila Boa	0,6523
2943º	177º	Buritinópolis	0,6512
2971º	181º	Alto Paraíso de Goiás	0,6490
3126º	191º	Alvorada do Norte	0,6411
3443º	199º	Damianópolis	0,6211
3502º	203º	São João d'Aliança	0,6174
3630º	212º	Simolândia	0,6090
3668º	215º	Iaciara	0,6064
3803º	219º	Posse	0,5972
3969º	222º	Colinas do Sul	0,5856
4001º	224º	Teresina de Goiás	0,5833
4143º	229º	Nova Roma	0,5736
4228º	230º	Mambaí	0,5668
4256º	232º	Cavalcante	0,5648
4406º	237º	Monte Alegre de Goiás	0,5538
4545º	238º	São Domingos	0,5422
4701º	239º	Divinópolis de Goiás	0,5274
4724º	240º	Guarani de Goiás	0,5257
4783º	242º	Flores de Goiás	0,5185
		Sítio d'Abadia	

Fonte: FIRJAN

Os dados citados fazem parte de um “levantamento feito pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN) a partir de estatísticas públicas oficiais, de saúde, educação e emprego e renda, divulgadas pelos ministérios do Trabalho e Emprego, da Educação e da Saúde” conforme Miranda (2016). A posição do município de Monte Alegre de Goiás no ranking nacional é 4406º e estadual é 237º. Isso demonstra que o desenvolvimento da cidade é considerado regular.

E na Comunidade Quilombola-Kalunga, que vivencia outro tipo de cultura, o que mudou de fato em relação aos direitos para estes cidadãos afrodescendentes? O território Quilombola-Kalunga que faz parte do município de Monte Alegre de Goiás, está geograficamente afastado da cidade, nas montanhas da Chapada dos Veadeiros, é uma região inóspita e longínqua, dificultando o acesso desse povo aos direitos humanos fundamentais.

Não existe transporte adequado para levá-los a cidade e trazê-los a comunidade, o único meio de locomoção que eles têm é o fretado. Normalmente é uma camionete ou caminhão onde são levadas na carroceria – crianças, jovens, adultos e idosos – sem nenhum critério, junto com as

mercadorias adquiridas na cidade como gêneros alimentícios, botijão de gás, arame, sacos de mantimentos, animais, ou das condições climáticas. Vivendo e sobrevivendo na contramão dos direitos estabelecidos pela lei citada dos direitos humanos referenciada na Constituição Federativa do Brasil.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

O artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Essa afirmativa nos faz refletir sobre a vida e as relações sociais dos cidadãos (as) Quilombola-Kalunga - povo que há muito tempo tem vivido aquém do quesito “iguais em dignidade de direitos”.

Pois bem, o ser humano, como natureza racional, existe como valor absoluto e fim em si e, por isso, constituem-se como a base da lei prática. O ser humano não deve, por conseguinte, absolutamente ser usado como meio, mas tão-somente como fim em si mesmo, devendo ser chamado de pessoa e não de coisa, porque, enquanto esta possui valor relativo, aquela é fim em si mesmo, possui valor absoluto e, portanto, dignidade. (KANT, 2009, p. 207).

Como declara Kant o ser humano é considerado como valor total e fim em si, porém na prática percebe-se que ocorre uma dicotomia entre a natureza racional e o fim em si mesmo. Isso ocorre em decorrência do preconceito existente em nossa sociedade com relação aos cidadãos negros, mais especificamente os Quilombola-Kalunga, que na maioria das vezes recebem tratamento com valores relativos, pois são reconhecidos apenas no contexto de sua cultura afrodescendente que engrandece e realça o de bonito no contexto social. Como por exemplo, o “espírito de

fraternidade” entre a população da cidade de Monte Alegre de Goiás e os afrodescendentes é percebido com maior ênfase nos festejos religiosos da igreja Católica, tanto nos festejos dos Santos da comunidade quilombola-Kalunga, quanto os festejos da igreja Matriz de Santo Antônio na zona urbana, em que se comemora a festa de Nossa Senhora do Rosário.

Anualmente os cidadãos da comunidade quilombola-Kalunga participam das festividades com a apresentação da Sussa e a Congadas – manifestações culturais e religiosas de influência africana, que consiste de encenação com muitos cantos e danças – e momento em que há interação entre a comunidade quilombola (rural) e população da zona urbana. Outra ocasião em que ocorre a integração é durante os períodos de eleições, quando alguns candidatos visitam as casas e fazem comícios retratando-se em uma falsa fraternidade. Saindo do calendário destas datas dos festejos e período de política/partidária, não se percebe esta integração do espírito de fraternidade, entre as comunidades da zona rural e urbana e a comunidade Quilombola-Kalunga. Os afrodescendentes, quando vão à cidade, realizam suas atividades reunindo-se sempre em grupo, sem permitir que ocorra esta integração/fraternal entre as duas comunidades a que se propõe o artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH.

Sabe-se que todos os seres humanos são iguais perante a lei, porém a falta de informação ou de conhecimento sistemático prejudica o acesso aos direitos estabelecidos pela lei, neste pensamento reflexivo de direitos democráticos, Rousseau declara:

Não é conveniente que aquele que elabora as leis as execute. Não é possível imaginar um povo que estivesse constantemente reunido para atender aos negócios públicos; não existe governo mais exposto às guerras civis e às agitações internas do que o democrático ou popular (80,81 e 82).

Percebidos através das leis dos direitos, o que ocorre realmente nesta comunidade? A fala de Rousseau vem ao encontro aos discursos, ditos “democráticos”, na região do nordeste goiano no momento de sistematizar as documentações para buscar os direitos humanos. As lideranças dessa Comunidade estão sem fundamentação dos direitos das leis, como se elas não existissem para “fortalecer”, e fazer vir à tona, as conquistas dos direitos humanos para todos

demonstrados através da fala de Gonçalo cidadão, solicitando ajuda para as suas necessidades: “[...] preciso arrancar os quatro dente que resta na boca. Vó precisa de uma chapa [...]”. (TAKAHASHI, 2013, p. 201).

Ainda referente ao direito a “justiça” esta irá ao encontro do direito fundamental de todos os cidadãos (as) independente de fatores, contrapondo as desigualdades sociais. O dicionário de Filosofia conceitua justiça de duas formas:

[...] 1- como conformidade da conduta a uma norma; 2- como eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens [...]. [...] No segundo conceito, a J. não se refere ao comportamento ou à pessoa, mas à norma; expressa a eficiência da norma, sua capacidade de possibilitar as relações humanas. (ABBAGNANO, 2007, p.594)

Esta justiça está sendo representada pelo Estado que existe para garantir a solidariedade social de direito que será distribuída através das estruturas organizacionais. Para que ocorram transformações sociais faz-se necessário suscitar mudanças para cessar a exclusão humana, em outras palavras, as estruturas econômicas e tecnológicas devem servir ao bem-estar humano, não colaborar para retirá-lo do contexto, direcionando-o a exclusão social.

Para que ocorram intervenções positivas referentes ao direito democrático faz-se necessário conhecer a história dos direitos humanos e suas legalidades, que estão direcionadas e expressas no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos da ONU (2005) e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2006). Fala-se muito em direitos humanos, mas pouco se sabe na vida real a respeito do tema, levando o indivíduo a ficar em um discurso “vazio”, tendo seus direitos violados no emaranhado de vários fatores.

Que “universalidade” de direitos, que não chega a todos os cidadãos (as) brasileiros (as)? Portanto, os conceitos de direito e de Estado se confundem, pois, se este último é estabelecido e regulado pelo direito (direito público), o primeiro passa a ser ditado e imposto pelo Estado. À consolidação do Estado moderno corresponde o fortalecimento do direito positivo (posto pelo Estado), em detrimento do chamado direito natural. No Brasil as políticas Públicas se rebelaram a partir de 1966 e ganharam reforço em 2002 ao fazer parte da

Agenda Nacional (BRASIL, 1988) embora já existissem militantes dos movimentos sociais, especialmente dos negros, que continuam até a atualidade em suas lutas ideologicamente desiguais.

A sociedade civil deverá organizar-se de maneira igualitária ouvindo, compartilhando propósitos, preocupações e interagindo entre si constituindo uma comunidade mais humana e solidária, distribuindo os direitos instituídos por lei para a vivência da cidadania plena, estendendo-se na complexidade humana para o bem-estar.

Segundo o dicionário Houaiss (2001, p.430) bem-estar é o “estado de satisfação plena das exigências do corpo e/ou do espírito. Sensação de segurança, conforto, tranquilidade. Condição material capaz de ensejar uma existência agradável; prosperidade”. Ou seja, é a condição daquele que está satisfeito, tanto física quanto emocionalmente, pois para que isso ocorra são necessários alguns elementos como: saúde, conforto, segurança etc. Esta sensação de conforto e saúde, que o bem-estar deveria proporcionar aos cidadãos (as) não é percebida na fala dos afrodescendentes como o morador da comunidade, Gonçalo “[...] eu queria mesmo era um posto de saúde pra quando adoecer um, tem remédio pra salva um doente. Eu mesmo fui mordido de cobra duas vezes, fiquei aqui no Kalunga e tomei um contraveneno é um negócio que coloca no copo um pó e querendo coloca uma pinga”. (TAKAHASHI, 2013, p.201).

As falas desse idoso retratam a denúncia da realidade em que vivem estes cidadãos (as) que estão na direção contrária do que propõe o bem-estar humano conforme o Artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, parágrafo 1, corrobora e reafirma com a definição acima:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e ainda quanto a serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

O artigo citado amplia este conceito de bem-estar que é direcionado e estendido não somente ao indivíduo, mas também a sua família, quanto aos serviços sociais necessários para a subsistência/humana.

Para que sejam efetivados os direitos dos cidadãos Quilombola-Kalunga faz-se necessário estruturar intervenções levando informações e conhecimentos das leis dos direitos humanos para esta riqueza cultural Brasileira que são os humanos, cidadãos afro-brasileiros, para retirá-los do assistencialismo, que sobrevive muitas vezes no aguardo da ajuda do Estado como, por exemplo: bolsa família que não supre as necessidades e a dignidade de suas realidades.

A partir da História da vida dos afrodescendentes brasileiros, percebeu-se o quanto eles trabalharam para o desenvolvimento do país e a grande dívida que o Brasil tem com estes descendentes de escravos. Eles ainda não conquistaram a democracia para sua cidadania plena e que ainda dependem de uma política institucional que possa “intervir positivamente” em seu favor, advindo da consciência humana para a efetivação deste bem-estar de direito.

A sociedade brasileira, rica em sua diversidade cultural, se depara com dois polos diferenciados: uma parte explorada em suas potencialidades e a outra estagnada, passiva e anacrônica, como se existisse dois Brasis, confirmada pela fala de Comparato (2008, p.01) ao declarar que “[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito [...]”. Esse respeito é percebido quando conhecemos nossos direitos fundamentais, que a lei proporciona e a coloca em prática, pois se torna impossível fazer uso daquilo que não se conhece, como é percebido através das falas dos cidadãos (as) da comunidade quilombola-Kalunga. Quando o cidadão sabe dos seus direitos instituídos ele solicita aos órgãos competentes sem necessidade de negociações ou barganhas políticas partidárias.

Baseada nos Direitos Humanos a Constituição de 1988 ressalta o princípio da igualdade de direitos promovendo as possibilidades, em que todo cidadão brasileiro têm direito a tratamento idêntico perante a lei (BRASIL, 1988). Independente de fatores existenciais, resguardados por essa efetivação institucional, essa tão sonhada liberdade, tem por objetivo principal a igualdade de condições sociais, essa busca incansável, mas pelo aplicativo e da distribuição das Políticas Públicas de direito. Portanto, uma relação entre duas partes que está diretamente ligada à afirmação do princípio da não discriminação humana. Ou seja, reconhece-se que todos os brasileiros são iguais perante a lei, de acordo com a Constituição Federativa do Brasil em seu artigo 5º – “Todos são iguais

perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade”. (BRASIL, 1988).

A grandeza das palavras escritas na Constituição Federativa do Brasil, em que todos “terão direitos iguais como: saúde, educação, acesso à justiça etc.” não equivalem de fato aos direitos em uso pelos cidadãos, pois as desigualdades sempre serão combatidas, pelos cidadãos de bem no contexto da sociedade. A igualdade é um conceito sempre em construção, uma vez que sempre estaremos renovando e inovando as nossas ações para a qualidade de vida tida como ideal para a qualidade de vida dos cidadãos da comunidade Quilombola-Kalunga, que necessitam conhecer o que está inserido nos Direitos Humanos. A justiça comutativa de pensamento quantitativo foca apenas em recuperar os prejuízos na mesma proporção em que este foi causado e, com este pensamento retributivo, faz-se necessário restituir aquilo que foi negado a esses cidadãos (as) afrodescendentes da comunidade Quilombola-Kalunga.

Percebem-se em suas falas que eles desconhecem os seus direitos institucionais, exposto em uma das declarações da cidadã Ipê (TAKAHASHI, 2013, p.202): “... A muié Kalunga obedece mais que a outras porque não tem conhecimento, não tem estudo e a profissão, vai pela profissão as muié da cidade tem outro regime de trabalho e a muié do Kalunga da roça só faz o trabalhim da roça, não pode ser nem empregada”. O carimbo de exclusão devido à falta de uma educação sistematizada, declarada na fala de Ipê, nos faz refletir sobre a justiça comutativa de pensamento quantitativo que foca apenas em recuperar os prejuízos na mesma proporção em que este foi causado e, com este pensamento retributivo, sendo que se trata de um povo com uma cultura diferenciada do branco. Assim, não basta apenas o sentimento ou desejo de intervir, faz-se necessário perceber que se trata de uma comunidade com um sincretismo cultural.

Desta forma, a mestiçagem como foi articulado no pensamento brasileiro, tanto na sua forma biológica (miscigenação) quanto na sua forma cultural (sincretismo cultural), desembocaria numa sociedade unirracial e unicultural, pois em nenhum momento se discutiu a possibilidade de consolidação de uma sociedade plural (MUNANGA, 2004, p.96).

Esta tão sonhada sociedade plural que Munanga menciona-nos leva a refletir que, para os cidadãos (as) da comunidade Quilombola-Kalunga de Monte Alegre de Goiás-Riachão, conforme relato anterior ainda está longe de ser resgatada, sendo que há dois séculos os afrodescendentes esperam o resgate dos seus direitos. Débito este que foi iniciado com a vinda dos seus ancestrais da África para o Brasil, escravos que chegaram durante o período em que predominava o sistema escravista, como cita Leite (2006), referenciando o explicativo da palavra quilombo e suas lutas para melhor entendimento do conceito de ancestrais:

A palavra “quilombo”, que em sua etimologia bantu quer dizer acampamento guerreiro na floresta foi popularizado no Brasil pela administração colonial, em suas leis, relatórios, atos e decretos para se referir às unidades de apoio mútuas criadas pelos rebeldes ao sistema escravista e às suas reações, organizações e lutas pelo fim da escravidão no País. Essa palavra teve também um significado especial para os libertos, em sua trajetória, conquista e liberdade, alcançando ampla dimensão e conteúdos. O fato mais emblemático é o do Quilombo dos Palmares, movimento rebelde que se opôs à administração colonial por quase dois séculos atrás. (LEITE 2006 p.965)

Estes movimentos de lutas para a liberdade de direito, estão atualizados em pleno século XXI, sendo que ainda não foi legalmente amortizado pela prática da justiça social dos direitos humanos, pois a libertação dos escravos não trouxe a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática e, ainda hoje, a despeito das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos. (CARVALHO, 2006, p.53). Com a citação de Carvalho refletimos sobre a libertação dos escravos e conceituamos a palavra “liberdade”:

Nível de independência absoluto e legal de um indivíduo, de uma cultura, povo ou nação, sendo nomeado como modelo (padrão ideal). Estado ou

particularidade de quem é livre; característica da pessoa que não se submete. Estado da pessoa que não está presa... (HOUAISS, 2001, p.1752).

Constatamos que esta liberdade ficou muitas vezes no papel, ou seja, continuando a ser negada na prática, citada na voz da cidadã (Araçá) que reside na Comunidade Quilombola Kalunga-Riachão: ao ser interrogada sobre qual elemento retiraria do desenho, ela não hesitou em dizer que tirava ele mesmo. “*Porque era eu mesma, ir embora para gozá a vida*”. (TAKAHASHI, 2013, p.93). Segundo Munanga (2004), enquanto não olhar a sociedade como plural não será possível liquidar esta dívida que a sociedade brasileira tem com este povo. Com palavras da alma o poeta Aimée Césaire, citado por Sartre (1960, p. 131), busca dar dignidade a esse povo, ao mesmo tempo em que exalta a sua forma de ser negro:

Minha negritude não é uma pedra, surdez que é lançada contra o clamor do dia, minha negritude não é uma catarata de água morta sobre o olho morto da terra. Minha negritude não é nem torre e nem catedral, ela mergulha na carne rubra da terra, ela mergulha na ardente carne do céu, ela perfura o opaco desânimo com sua precisa paciência.

A diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Fala-se muito em direitos humanos, mas há pouca ou nenhuma prática dessas garantias, principalmente se levarmos em conta a realidade vivida por estes afrodescendentes que, como cidadãos (as) comuns, permanecer em um discurso “vazio para a efetiva ação” e os seus direitos que são violados cotidianamente no emaranhado das justificativas econômicas, sociais e geográficas. As políticas públicas não chegam para servir os cidadãos (as) Quilombola-Kalunga.

Sem a pretensão de desenvolver “juiz de valor”, mas sim, registrar dados para que possa vir à tona através dos relatos, os pedidos dos “direitos humanos”, declarados através das falas dos cidadãos (as) da Comunidade Quilombola-Kalunga- Riachão Aroeira, moradora da comunidade também faz o seu pedido em forma de súplica: “*Ó meu Deus, aparece alguém pra me ajudá. Todo dia eu pedia a Deus pra me ajudá. Usava folha de mato, todo dia eu pedia a Deus. O osso tão*

afastado da outra junta...” (Idem, 200). A seguir o relato de Tinguizal: “[...] *todo mundo vem cá e promete e depois vai embora. [...] precisa de posto de saúde, até midiu o chão e não feiz*”. (Idem, 200).

Segundo Sarlet (2007), o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foram acompanhados de progressiva recepção de direitos, liberdade e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Comparato (2008, p.80) assegura: “A Carta Magna foi o ápice para afirmar a democracia no contexto da modernidade”. É importante destacar ainda que: “[...] A importância da Magna Carta, no contexto dos direitos para o constitucionalismo, é irrefutável, sendo, ainda, em muitas passagens, aplicável até hoje” (Tavares, 2009, p.454) e, principalmente, quando destacamos a conquista da democracia e o da cidadania plena de direitos constituídos. Dessa forma, o homem foi destinado à liberdade, igualdade e prováveis mudanças sociais embasadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como cita o autor: “[...] todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (COMPARATO, 2008, p. 12). E este embasamento, de que todos os homens são iguais, foi concretizado através da lei escrita, tornou-se direito adquirido e normatizado, fundamentado no social político, independente de classe ou fatores sociais, aponta Comparato (2008).

Percebe-se também que a ausência de uma educação sistematizada declarada no artigo XXVI; 1, dos Direitos Humanos: [... Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução fundamental será obrigatória...]. Contribuiria significativamente e principalmente para os representantes das lideranças da comunidade Quilombola-Kalunga, como: Agentes de saúde, vereadores, representantes de conselhos e até o vice-prefeito da cidade entre outras representações. Esta falta de conhecimento ou de informações sobre estes direitos instituídos prejudica a busca da autonomia/identidária ressaltada no Artigo XXIX[... 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível...]. Esta falta de conhecimento/informação sobre estes direitos instituídos cria uma dicotomia da realidade vivenciada (presente) que poderia nascer e se fortalecer através do conhecimento colaborando para as mudanças de comportamento e bem-estar desta comunidade de afro descendente, rompendo com a exclusão social que o autor declara; Dessa forma entende-se que:

A exclusão social atinge os diversos níveis de integração da pessoa à comunidade, tolhendo-lhe, de um lado, as condições materiais mínimas para uma vida digna e, de outro, privando-a da participação política e, portanto, das condições de reivindicação de seus direitos perante as diversas instâncias do poder político e econômico. (PINSKY, 2004, p. 23).

Sabe-se, através de conhecimento e também do conceito de cultura, que a educação sistematizada tem o mesmo valor no contexto de todos os povos, “universalidade”, porém quando o cidadão caminha em busca de seus direitos constituídos o “conhecimento” tem que fazer morada neste contexto, pois sem este conhecimento sistematizado fica difícil e às vezes até impossível alcançar os “Direitos Humanos” universais.

Art. 5º dos Direitos Humanos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Esta igualdade deverá vir juntamente com as culturas/multiculturas em sintonia com o conhecimento e decodificando as leis que regem os “Direitos Humanos”, para que se possa buscar e colocar em prática estes direitos humanos, ditos, transcritos e afirmados como universais. Conceituando cultura segundo o dicionário:

Cultura: Cabedal de conhecimentos, a ilustração, o saber de uma pessoa ou grupo social: Conjunto de padrões de comportamentos, crenças, conhecimentos etc., que distingue um grupo social: Forma ou etapa evolutiva das tradições e valores intelectuais, morais, espirituais de um lugar ou período específico /civilização. Complexo de atividades instituições padrões sociais ligados à criação e difusão das belas artes ciências humanas e afim. (Houaiss 2001, p.888)

Ao nos depararmos com outra cultura, como a Comunidade Quilombola-Kalunga, é que percebemos as diferenças existentes e detectamos a necessidade de uma “intervenção”, necessária e contextualizada para esta população através de aulas, panfletos informativos, palestras, mesa redonda entre outras ações necessária para que possa romper com a prática para a igualdade efetiva. Conforme citação a seguir:

A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática, ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos (CARVALHO, 2006, p.53).

Tornando assim as palavras contidas nos direitos humanos como: igualdade, globalização, universalização um perigo constante de negação destes direitos como uma homogeneização entre os homens, como se não existisse as diferenças e o desequilíbrio econômico e assistência social diferenciada entre os direitos humanos da comunidade da zona rural e urbana.

No decorrer da história da dignidade humana alguns questionamentos foram feitos por meio da ciência, da religião e da filosofia, porém foi somente dos séculos VIII e II A.C. que o ser humano passou a ser regido pelo pensamento da razão e da liberdade e dentre os vários pensadores podemos citar Pitágoras, na Grécia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi adotada e promulgada na Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948 e, atualmente, é exaltada em quase todos os escritos sobre liberdade e direitos humanos, demorou muitos séculos para chegar a esse consenso, até que o mundo se conscientizasse de que o ser humano independe da cor da pele, da religião, da raça etc.: “Todos os indivíduos nascem livres e iguais perante o direito e a dignidade humana”. Com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos houve um grande salto qualitativo para a dignidade humana através da história e das leis que normatizam este direito à cidadania. O esforço da busca da liberdade nos dá o compasso para percorrermos a fundamentação na modernidade a legalidade da lei para a ação da liberdade.

CONCLUSÃO

A igualdade de reconhecimento para todos os seres humanos independentemente de cor, raça, credo, língua, contexto social ou econômico, como promove o artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornou-se um patrimônio incomparável em sua grandeza para a humanidade. E a universalidade como direito humano dos cidadãos (as), a cultura e o conhecimento (através da

educação sistematizada) são os enfoques relevantes para se adquirir realmente esta cidadania tão declarada aos quatro ventos do universo.

Essa lei dos Direitos Humanos é a mesma que distancia as pessoas que, pela falta de conhecimento sistematizado ou de “informações” para decodificar esses direitos, são impedidos assim de obterem transformação em suas vidas. Isso é o que acontece com os cidadãos (ãs) da comunidade Quilombola-Kalunga/Riachão, pois devido à baixa ou nenhuma escolaridade – não estudaram por diversos motivos, principalmente, a falta de estrutura institucional – percebem o que a falta de uma educação sistematizada faz em suas vidas e tem outra visão para o futuro dos filhos e netos. Mesmo com toda a dificuldade existente essa comunidade sabe o quanto a instituição escolar fará a diferença em suas realidades dando maior oportunidade de uma ascensão psicossocial e valorização cultural.

Justiça e equidade são valores fundamentais para que o ser humano possa viver. Outro ponto importante para esta população é quanto à Saúde, que é insuficiente para suprir necessidades básicas como: posto de saúde, atendimento médico etc. As desigualdades declaradas nas falas dos Quilombola-Kalunga nos permitem perceber uma fragilidade preponderante com relação aos direitos humanos, sendo que eles vivem à mercê de uma exclusão para à possibilidade da equidade. Faz-se necessário uma intervenção, levando-os a conhecer os seus direitos para que eles mesmos possam intervir através de solicitações e assim suprir as suas necessidades. É humanamente importante que as políticas públicas em saúde e educação, declaradas na Constituição Federativa do Brasil e na Declaração Universal dos Direitos Humanos cumpram-se como um dever do Estado, sustentado no tripé: justiça, equidade e democracia, promovendo o bem-estar social, dos seus direitos constituídos.

Pretendem-se com os resultados desse trabalho analítico sobre “Direitos Humanos”, intervir juntamente com a Subsecretaria Regional do Estado da Educação, com a Regional de Saúde Estadual e Secretarias Municipais, Núcleo Tecnológico Educacional (NTE), para que elaborem um projeto com este tema a fim de estruturar uma operação que alcance o maior número possível de pessoas da região, principalmente os cidadãos (as) da comunidade Quilombola-Kalunga.

Sabe-se que a educação é um importante meio para que o ser humano aprenda a ler, a escrever e a contar, construindo o seu espaço crítico e, na esfera da saúde pública a educação viabiliza maiores esclarecimentos. A união destes dois pilares gerará maior esperança e possibilidade de modificação, renovando e inovando, rompendo com o conformismo, para o viver melhor. Estas duas

Instituições são fundamentais para levar conhecimento e informações à comunidade Quilombola-Kalunga e isso pode ocorrer por meio de palestras, folders, cartilhas entre outros meios das multimídias, estruturando um novo campo de conhecimento que é a mediação entre estas duas áreas, Educação e Saúde, favorecendo assim a solidariedade que pode ser encontrada nos direitos humanos e na Constituição Federativa do Brasil.

Esta é a grande reflexão proposta, levar conhecimento ou informações decodificadas sobre os direitos humanos, principalmente aos líderes, a fim de que possam alavancar sua busca para suprir as reais necessidades para a qualidade de vida tão sonhada para os seus cidadãos.

Constatou-se, por meio dos resultados obtidos, ao dar voz aos cidadãos afrodescendentes, que eles não tiveram a oportunidade de receber uma educação sistematizada e isso impediu o acesso aos seus direitos. Os resultados apontam que é urgente levar ao conhecimento desta comunidade os conteúdos dos direitos humanos, fazendo uso de metodologias e didáticas eficazes, para que possam decodificar e internalizar esta lei e assim buscar os seus direitos e uma vida mais digna. Esses conceitos podem ser apresentados através de palestras, panfletos, cartilhas e outros métodos que se fizerem necessário.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J. A. L. A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-modernidade. In: Os direitos humanos na pós-modernidade. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- CARVALHO, J. M. A formação das almas: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990,
- BAIOCCHI, M. N. Negros de cedro: estudo antropológico de um bairro rural de negros em Goiás. São Paulo: Ática: Brasília: INL, Fundação Nacional Pró-Memória, 1983.
- BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. Ícone Editora, 1995. Disponível em:>. Acessado em 08 de Dezembro de 2015.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição 1988: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. – Ed. Atual em dezembro de 2000. - Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2001.
- _____, Constituição (1988). Emenda Constitucional Nº 90, de 15 de setembro de 2015. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para

- introduzir o transporte como direito social. In: Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm.
> acessado em 10 de janeiro de 2016.
- BRASIL. Uma história do povo Kalunga. Brasília, DF; 2001. Disponível em:<
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001936.pdf>>Acesso
em: 14 janeiro 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. A formação das almas: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em:
<<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights.html>>.
- DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. In: Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016. Consulta: 20 janeiro de 2016
Disponível na Internet: [http://www.infopedia.pt/\\$endoculturacao](http://www.infopedia.pt/$endoculturacao)
- GEERTZ, C. A interpretação das culturas. Trad. Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Índice de Desenvolvimento Humano-IDH
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.
- LARAIA, R. B. Cultura: Um conceito antropológico. 14ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- LEFEBVRE, F. *Pesquisa de representação social: um enfoque qualiquantitativos: a metodologia do Discurso do Sujeito Coletivo*/Fernando Lefèvre; Ana Maria Cavalcanti Lefèvre. Brasília: Líder Livro Editora, 2010.
- MARSHALL, T.H. Cidadania, classe social e status. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MIRANDA, Dinomar. Municípios do Nordeste de Goiás estão entre os piores no Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal. Flores, Guarani,

- Divinópolis, São Domingos e Monte Alegre estão entre os piores. Blog Dinomar Miranda, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.dinomarmiranda.com/2016/02/municípios-do-nordeste-de-goias-estao.html>>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- MORAES, M. C.; ALMEIDA, M. C. Os sete saberes necessários à Educação do presente: por uma educação transformadora. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2012.
- MORAES, Cristina de Cássia; OLIVEIRA, Luciana de Fátima et. al (Org.). Educação Quilombola. 1ª Edição. Goiânia: UFG, 2013.
- MUNANGA, K. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- MUNANGA, K. Mestiçagem como Símbolo da Identidade Brasileira, in SANTOS, Boa ventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010, p. 444-454. (1984 p. 5).
- PEREZ GÓMEZ, A. I. A cultura escolar na sociedade neoliberal. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001.
- SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARTRE, J. P. Reflexões sobre o racismo. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 2008.
- PINSKY, J. Práticas de cidadania. São Paulo: Contexto, 2004.
- TAKAHASHI, F. G. M. Imagens Representacionais das Políticas Públicas Endereçadas à Educação e a Saúde, no Imaginário de um grupo de Idosos da Comunidade Quilombola-Kalunga de Monte Alegre de Goiás. Brasília-DF. 2013.
- _____. Imagens representacionais das políticas públicas à educação e à saúde, no imaginário de um grupo de idosos da comunidade Quilombola-Kalunga, de Monte Alegre de Goiás. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, Rio de Janeiro, v.23, n. 88, p. 567-592, jul. /set. 2015.
- TAVARES, A. R. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva 2005.
- TORRES, C. A. Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Petrópolis: Vozes, 2001.

CONSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE IMÓVEL, ATRAVÉS DA POSSE

*José de Arimatéia Barbosa*¹²⁵

RESUMO

Para defender a usucapilidade de terras devolutas no Brasil, pelo procedimento da desjudicialização, foi feito um estudo minucioso dos requisitos inerentes a todas as formas de usucapião existentes no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da hermenêutica jurídica que se constatou a necessidade de adequar a norma não somente ao caso concreto, como também fundamentar a solução de antinomias. Tendo o caso concreto tomado forma em ações que caracterizam, pelo fato, o uso da terra correspondente com a função social da posse/propriedade, verifica-se a antinomia da norma que, simultaneamente garantindo a função social da posse/propriedade, reserva para o Estado, terras devolutas, que, de outra forma, se não estivessem nas mãos dos particulares, não cumpririam sua função social. Ora, a função do Estado não é robustecer a qualquer preço ou por quaisquer meios; mas sim: garantir o bem estar da coletividade. O cumprimento da função social da posse/propriedade, acima da inalienabilidade de terras públicas, que não é, necessariamente, o caso das terras devolutas, posto que não estejam registradas no Cartório de Registro de Imóveis.

Palavras-Chaves: Usucapilidade, Terras devolutas, Antinomia, Desjudicialização, Função Social da Posse.

INTRODUÇÃO

¹²⁵ Registrador de imóveis na comarca de Campo Novo do Parecis (MT), Vice-Presidente do IRIB pelo Estado de Mato Grosso e seu representante junto Comissão de Assuntos Fundiários da CGJ/MT. Conselheiro da ANOREG/MT; Membro do Observatório de Direitos Humanos, Bioética e meio ambiente da Universidade de Salerno- Itália.

Graduado em Ciências Jurídicas, Pós Graduado em Direito Público, Direito Notarial e Registral, Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSAO – Buenos Aires, da qual é membro de seu comitê acadêmico, com estágios pós-doutorais na Università Degli Studi di Messina-Itália , em 2013/2015, in Corso Internazionale post dottorato di perfezionamento e di alta formazione su La Proprietà tra Diritto Europeo e Diritto Latino-Americano e na Universidade de Coimbra-Portugal, no programa de Pós doutoramento em Direito das Coisas, Direito Notarial e Direito Registral, onde apresentou Projeto sob o tema : Constituição e Transmissão de Direitos reais no contexto do Mercosul e da Globalização. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires – Ar.

O objetivo deste *paper* é o de elencar elementos que demonstrem ser possível à usucapião de terras devolutas situadas no Brasil, valendo-se, se lhe convier, do procedimento extrajudicial, se dela estiver fazendo uso manso e pacífico, de boa fé, atendendo ao princípio da função social da terra, por período e nas condições que justifique sua aquisição pela prescrição.

Desnecessário assinalar, que o sistema fundiário brasileiro sofre irregularidades desde os primórdios e atualmente requer esforço concentrado de todos aqueles envolvidos com a questão em evidência, a fim de se contemplar quem realmente torna a terra produtiva com seu trabalho. Portanto, imprescindível é que seja disponibilizado pelos órgãos federal e/ou estadual a qualquer cidadão que dele queira tomar conhecimento, o mosaico regular de suas terras, muitas vezes sobreposto a outro elaborado pelo mesmo órgão, culminando com o tropeço do interessado no primeiro e grande obstáculo para identificar seu imóvel, qual seja a sua determinação física, pois incompletas e/ou irregulares são, em grande parte, a descrição das áreas rurais existentes no Brasil, especialmente aquelas situadas na região amazônica, destacada pelas razões adiante assinaladas.

1. A ORIGEM DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Registra a história que a posse tem sua origem na Lei das XII Tábuas, sucedida pelo Código de Justiniano que vigorou no mundo romano-germânico, influenciado na legislação europeia, copiado por vários países do oriente ao ocidente, vindo para o Brasil via ordenações do Reino. Textos bíblicos, contidos no velho testamento, revelam que a posse e/ou propriedade e sua alienação, remontam aos primórdios da própria civilização.

Nos dias de hoje, sua função social é estudada de maneira compartilhada sob o aspecto econômico e jurídico. Nessa seara, a Constituição brasileira de 1988 já trouxe determinadas limitações ao direito de propriedade frente às necessidades que o contexto da época considerava como imperativas. Dessa forma, o legislador como não poderia deixar de fazer coleção o direito de posse/propriedade como garantia fundamental e previu todo um aparato jurídico para sua manutenção e segurança. A inserção desse direito e garantia à propriedade no caput do artigo 5º, demonstra o caráter fundamental desse instituto, que de modo claro, em seus itens XXII e XXIII, garantem o direito pleno daquela propriedade que atender a sua função social.

Em seu texto original, foram elencados dispositivos acerca de sua extensão, forma de tributação, além da previsão de políticas urbanas e rurais,

entre outros temas trabalhados. Ao longo dos anos, nela foram se inserindo legislações específicas por meio de Emendas Constitucionais, alterando-se a redação original da Carta Maior. Essas alterações foram oriundas de diversas formas de contribuições apresentadas pela sociedade, em face da realidade fática e pela necessidade de pacificação social, garantia da ordem pública em sintonia com o direito privado e os direitos individuais. Bem como pelas constantes mutações do cenário mundial.

A conduta humana e seus resultados, bem como a forma que a sociedade encara tais procedimentos constrói-se o direito. E exatamente por ser o direito uma consequência dessas ações e dessas visões humanas é que ele se torna dinâmico. Assim fácil é concluir que por conta desse dinamismo, dessa constante alteração na ordem sócio/econômica, científica e até mesmo religiosa é que em determinados momentos são inseridas algumas restrições a direitos; são redimensionados institutos e são originados novos preceitos e ordenamentos jurídicos.

Essas são questões que inspiram o presente estudo, o qual tem por objetivo, conforme já observado alhures, analisar a constituição do direito real de propriedade, através da posse, direcionando-o para a região amazônica brasileira e apontando as necessárias alterações para que haja uma efetiva regularização fundiária, por meio do instituto da usucapião voluntária, quer seja das terras particulares como também das terras devolutas, adligadas à propriedade daquele que esteja cumprindo sua função social.

1.1. Origem da ocupação, divisão e demarcação de imóveis rurais no Brasil

Segundo ensinamentos do autor Ismael M. Falcão (1995)¹²⁶, partindo da premissa da cristandade; a certidão de nascimento do Brasil é a bula *inter coetera* do papa Alexandre VI, de 04 de maio de 1.493, consolidada no Tratado de Tordesilhas, firmada em 1.494. Para este mesmo autor era sabido que todas as terras existentes no globo terrestre, por disposição do ordenamento jurídico da época, eram pertencentes à Ordem de Cristo, da qual era grão-mestre o Papa, tendo os reis por vassalos e fiéis adeptos. Por outro lado, partindo da premissa espacial, a “descoberta” do Brasil não foi outra coisa senão cravar-se o domínio lusitano sobre o “mundo novo”, em nome do Rei de Portugal e da Ordem de Cristo.

¹²⁶ FALCÃO, Marinho Ismael. Direito Agrário brasileiro. São Paulo, Ed. EDIPRO, 1995

De tal maneira, as terras então descobertas incluíam-se, desde logo, nos domínios da Coroa Portuguesa, sendo, por consequência, todas elas públicas, por origem, como nos ensina Luís De Lima Stefanini (1978, p. 32) ¹²⁷: “[...] o território brasileiro era uma propriedade pública da Coroa. Esta, como entidade de Direito Público, e não como entidade privada – propriedade do Rei de Portugal – isto a entender a situação do Chefe de Estado, como representante da Nação [...]”.

Assevera o Mestre Pinto Ferreira que por ocasião da descoberta do Brasil inúmeras nações indígenas possuíam o seu território próprio por direito e este de forma originária na qual não se tinha divisão de terras a não ser pelo mar. Remata sua preleção, nos seguintes termos: “Vale lembrar que nesta época o índio não era senhor de direito. Segundo as Ordenações do reino, era classificado como ‘coisa’, apropriável de qualquer um”, prevalecia-se assim a concessão Papal” (Ferreira, 1994, p. 107).¹²⁸

Com isto, pode-se observar que as raízes das terras brasileiras, desde os primórdios, não importando a extensão, o proprietário para alguns era Cristo, para outros, a coroa portuguesa ou ainda os índios. Partindo de outra premissa constitucional, é de se dizer que as terras brasileiras sempre pertenceram ao Estado, desde sua mais remota origem legal, seu titular direto.

2. SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO - REGULARIZAÇÃO DA POSSE – PROPRIEDADE

A partir de 1822, com a independência política e administrativa, gradativamente a propriedade no Brasil foi passando para o domínio privado e surge a obrigatoriedade dos registros de terras. Deste modo, pode-se concluir que considerando que à época todas as terras brasileiras eram públicas, qualquer pessoa que se intitulasse proprietária de terras no País teria de provar o desmembramento do imóvel.

É importante destacar que, mesmo garantindo a propriedade em sua plenitude, na constituição de 1824, no art. 179 XXII, a exemplo das ordenações portuguesas, manteve-se silente¹²⁹ quanto aos institutos da posse e da

¹²⁷ STEFANINI, Luis de Lima. A propriedade no direito agrário. 1a. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1978

¹²⁸ FERREIRA, Pinto. Curso de direito agrário. Saraiva, São Paulo, 1994.

¹²⁹ XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização. O inciso XXII – art. 5º da CF/88, reza que “é garantido o direito de propriedade”. Manteve-se

propriedade. As terras continuavam ocupadas por particulares ou eram do patrimônio imperial. A Posse e a Propriedade (MARQUES NETO, 2013, p. 181)¹³⁰, eram institutos estranhos às Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manoelinas e Filipinas), pois não reconheciam a posse autônoma, mas tão somente a mera ocupação. Promulgada a Lei 601, de 1850, foi abolido o costume da aquisição do domínio pelo mero apossamento das terras devolutas - usucapião imediato e os posseiros desprovidos de quaisquer títulos por ela foram obrigados a declararem suas posses perante os Registros de Freguesia, posteriormente Registro Paroquial ou Registro do Vigário.

Assim, por força do artigo 4º a citada lei de terras ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de discriminar o domínio público do particular e regularizar a situação das terras, mandando legitimar as posses e revalidar as sesmarias¹³¹. O Estado passa então, a assumir a iniciativa de discriminar e demarcar suas terras, denominadas devolutas, porém, mediante requerimento do particular; peculiaridade prevista no artigo 36 c/c 10 do Decreto 1318/1854.

No período republicano, foi reconhecida a personalidade jurídica da igreja (Dec.119-A7/01/1890), tanto a posse como a propriedade passaram a ser tituladas pela administração pública, sendo que o Estado desvincula-se da Igreja, sob o aspecto jurídico.

Em 1917, em vigor, o Código Civil afastada a posse, tornou-se obrigatório no Registro de Imóveis os títulos de venda de terras devolutas, excluindo-se outras aquisições, senão por título de compra feita ao império. Atualmente, quanto à constituição dos direitos reais no Brasil, dentre eles o de propriedade, nos exatos termos do artigo 1.227 do Código Civil Brasileiro, só se adquirem pelo Registro no Cartório Imobiliário. A forma e o procedimento para o referido registro estão

silente quanto a posse, é fato. Nada se encontra na carta de 1824. (BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

Acesso em 12 jan.2014).

¹³⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regime Jurídico e Utilização dos Bens Públicos. In: Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder do Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). Tratado de Direito Administrativo. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 398-448.

¹³¹ Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas. (BRASIL. Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>>.

Acesso em 12 jan.2014).

disciplinados pelos artigos: 227, 236, 176, §1º, inc. I, inc. II, 3, “a” e “b” e §§ 3º e 4º, todos da Lei 6.015/73, denominada Lei dos Registros Públicos.

Assim, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

3. CONSTITUIÇÃO DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE, A PARTIR DA POSSE

A transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo é talvez o melhor conceito de usucapião e/ou prescrição aquisitiva do domínio de um bem. Como se vê o instituto da usucapião foi contemplado na Lei das XII Tábuas. De acordo com o DICCIONÁRIO DE DERECHO ROMANO Y LATINES JURÍDICOS¹³² - Doce tablas, páginas 318, 319 y 320, vemos que:

*Tabla VI. - De dominio et posesione. Del dominio y de la posesión. Constituye ley para las partes lo estipulado verbalmente en el nexum o la mancipatio. El comprador, hasta que no paga el precio, no adquiere la propiedad de la cosa vendida y entregada. La usucapión y la garantía de la cosa en caso de enajenación dura dos años si se trata de fundos, y un año en lo demás. No cabe usucapir lo robado, ni el sepulcro ni los confines entre fincas ni las res mancipii (cosas de propiedad) enajenadas por mujer sujeta a tutela de los agnados. Frente al extranjero, la garantía por la enajenación es perpetua. No cabe desunir o reivindicar la viga que entra en la propiedad vecina.*¹³³

Para Pedro Nunes (1984)¹³⁴ o instituto da usucapião subordina-se ao Direito Romano, por meio das Ordenações, da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas (art. 1.325) e principalmente da Nova Consolidação das Leis Civis, de Carlos de Carvalho (arts. 428/442), do Direito das Coisas, de Lafaiete (§ 59, 63 e 70). Assevera o festejado professor que, além das duas formas referidas na citada Lei 601/1850, a usucapião, no direito civil, art. 530, III

¹³² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de derecho romano y latines jurídicos – 1ª ed. – Buenos Aires: Heliasta, 2007

¹³³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. diccionario de derecho romano y latines jurídicos. 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007

¹³⁴ NUNES, Pedro. Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, Forense, 1984.

CC/1916, revogado e alterado o lapso temporal pelo art. 1.238 do CC/2002, também sempre foi uma forma de aquisição da propriedade.

Na mesma linha o jurista, Paulo Garcia¹³⁵, afirma que essa forma de aquisição da propriedade, usucapião no direito privado, sempre foi pacífica. Já no campo do Direito Público o tema toma outra direção. Isso porque os bens públicos patrimoniais também eram tranquilamente usucapíveis até o advento da Lei 601 de 1850 e durante esse período colonial, e mesmo no período imperial, ocupar terras públicas implicava direito à posse, e o Estado era obrigado a fazer o reconhecimento.

Juraci Peres Magalhães¹³⁶ relata que, posteriormente, o art. 67 Código Civil, em vigor no ano de 1917, foi alvo de nova polêmica, liderada por seu autor Clovis Beviláqua, defendendo a tese de que os bens públicos não poderiam mais ser adquiridos pela usucapião. Esse entendimento foi contestado por Carvalho Santos e outros respeitados doutrinadores sob o fundamento de que o artigo 67 do CC de então, dirigia-se tão somente à alienação feita pela vontade do proprietário. Na prescrição aquisitiva, no entanto, a perda da propriedade ocorre contra a vontade deste como é o caso da usucapião.

Pretendendo por fim aos debates, o governo editou o Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1.933, cujo artigo 2º, assim dispõe: “Art. 2º - Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos ao usucapião”.

Destaca-se que referidos ordenamentos jurídicos, eixo de todas essas discrepâncias quando da edição de normas que lhe sucederam, retrata um período revolucionário, pelo qual o chefe do governo provisório passou a exercer as funções típicas do poder executivo e atípicas do legislativo. Isto até o retorno do país ao Estado Democrático de Direito, segundo se vê da leitura do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1.937.

Essa prática casuísta de se criar atalhos para fazer valer uma norma “torta” não foi privilégio de Vargas, Presidente do Brasil no ano da edição do malsinado Decreto, também o é dos governantes que lhe sucederam, conforme nos revela o Ministro Ives Gandra Martins na parte introdutória da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispondo sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis brasileiras, nos seguintes termos¹³⁷:

¹³⁵GARCIA, Paulo. Terra Devoluta. Belo Horizonte: Ed. Livraria Oscar Nocolai, 1958, p. 43.

¹³⁶MAGALHÃES, Juraci Peres. A Propriedade Territorial no Brasil e as Terras do Distrito Federal. RJ: América Jurídica, 2003, p. 63.

¹³⁷PINTO, Antonio Luiz de Toledo. (colab); WINDT, Márcia Cristina dos Santos. (colab); SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. (colab). Regras de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis: lei complementar n. 95, de 26-2-1998. São Paulo: Saraiva, 2000. – (Coleção Saraiva de legislação).

(...) A principal dificuldade encontrada no mapeamento de nosso ordenamento jurídico, no âmbito federal, tem sido o da identificação precisa dos dispositivos legais que efetivamente estão em vigor. Isto porque a fórmula tradicional de terminar o texto das leis com a disposição genérica de “revogam-se as disposições em contrário”, sem que tenha havido um levantamento específico das normas afetadas pela nova lei, dá azo às controvérsias sobre o que está revogado e o que está em vigor.

Há muitos anos, vivendo idêntico conflito, a Argentina finalmente colocou fim a essa “farrá” legislativa promulgando a Lei 26.939/2014, que aprovou o Digesto Jurídico daquele país irmão, pelo qual se criou uma comissão bicameral permanente com atribuições específicas, dentre outras, de manter e atualizar a legislação em vigor, decotando artigos já revogados e/ou declarados inconstitucionais; procedendo assim uma varredura e/ou espécie de enxugamento das normas vigentes, tanto defendidas no Brasil, dentre outros pelo Ministro Gilmar Mendes do STF e pelo festejado jurista, Ives Gandra Martins Filho; apurando-se de sua lição, que as espécies normativas são abstratas, fazendo tão somente previsões genéricas e impessoais, com o intuito de disciplinar indefinidamente as relações jurídicas que venham a ser estabelecidas na vida social.

Na aplicação do Direito, seus operadores devem analisar o caso concreto para identificar com precisão qual norma jurídica disciplina, quais dispositivos legais devem ser aplicados e, desse modo, avaliar as consequências jurídicas de tal ato ou fato jurídico. Necessário se faz uma idônea interpretação do ordenamento jurídico.

Com a finalidade de promover um estudo sistemático das diversas técnicas de interpretação e preencher lacunas porventura existentes no sistema jurídico positivado, surge a hermenêutica jurídica. É a hermenêutica, portanto, que vai assinalar modos pelos quais devemos interpretar as leis, precisando-lhes o sentido e o alcance, sem o que não teriam um correto entendimento e uma correta aplicação, como, aliás, insiste a maior parte da doutrina.

Tem-se, pois, que as finalidades da interpretação normativa são revelar o sentido da norma e fixar o seu alcance. Logo os aplicadores do direito devem interpretar toda e qualquer norma, ainda quando se tratar, segundo DEGNI, de texto categórico de lei, com sentido evidente. Ao tratar de interpretação sistemática

da norma, sem afastar os princípios constitucionais que devem merecer especial atenção do intérprete, assim ensina Sílvio Luís Ferreira da Rocha na conclusão de sua obra¹³⁸.

(...) À luz do princípio da função social da propriedade, que incide também na propriedade pública, caberia perguntar se seria possível a usucapião de bens dominicais, não obstante o teor do artigo 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal. Estamos diante, a nosso ver, de um conflito de normas, pois as normas que estabelecem a função social da propriedade disciplinam um fim que, para ser alcançado, necessita, entre outros instrumentos da usucapião, que, no entanto, em relação aos bens públicos, é vedada. Em outras palavras, as normas que proíbem a usucapião dos bens públicos tiram ou suprimem um importante meio de realização da função social da propriedade, prevista como fim em outras normas, configurando, com isso, uma antinomia teleológica, que, no entanto, é aparente e pode ser solucionada. A resposta afirmativa a esta indagação, isto é, a admissão da possibilidade da usucapião de bens dominicais em razão do princípio da função social da propriedade passa, num primeiro momento, pela distinção da espécie normativa que há entre as normas veiculadas nos artigos 5º., XXIII, 170, III, 182 e 186 da Constituição Federal e as normas veiculadas nos artigos 183, § 3º., e 191, parágrafo único da Constituição Federal. As primeiras são princípios, enquanto as segundas são regras. (ROCHA, 2005, p.148-149)

A norma-princípio ou o princípio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é por definição

¹³⁸ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. SP: Malheiros Editores, 2005, p. 148-149

[...] mandamento nuclear de um sistema; verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹³⁹.

Para o caso em evidência, é fácil verificar que a maioria dos aplicadores do direito, com a devida vênia, por comodismo, insistem em limitar a interpretação do Decreto n 19.924, de 27/04/1931; Decreto-Lei n. 22.785 de 31/05/1933 e outros que lhes sucederam, de forma literal, olvidando outras técnicas, tais como histórica, sistemática e principalmente através de um procedimento finalístico, adaptando-a às exigências sociais de seu tempo e/ou período em que ela foi editada.

Por força da globalização, vivendo novos tempos, notórias são as aceleradas mutações ocorridas a partir da metade do último século, trazendo como resultado a criação de uma inovadora estruturação no campo jurídico voltada para a regulação social com o fortalecimento das relações privadas, afastando gradativamente a forma feudal até então dominante na administração estatal. Nesse diapasão, a tese da usucapião de terras devolutas vem se consolidando a cada dia na moderna doutrina e jurisprudência pátria, se cumprida a função social por parte de quem nela trabalha.

Nesse sentido, sob o mesmo fundamento da função social, acrescido da boa fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes, aliada a situação factual consolidada, foi julgada improcedente no dia 15 de maio de 2011 a mais antiga ação (60 anos) que tramitava no STF - Ação Civil Originária (ACO 79), por coincidência envolvendo terras em MT, proposta pela União contra diversos ocupantes de terrenos onde hoje estão localizadas várias cidades, escolas etc. Veem-se também outras ementas do STJ e pelos Desembargadores do TJMG e do RN.¹⁴⁰

¹³⁹BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 19ª. Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. SP. Malheiros Editores, 2005, p. 883.

¹⁴⁰EMENTA: acórdão- AÇÃO CIVEL ORIGINÁRIA (ACO- 79) - STF-

“ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Áreas superiores a dez mil hectares. Falta de autorização do Senado Federal. Ofensa ao artigo 156, # 2º., da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes dos lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de

Dentro de um critério de valoração das situações subjetivas em relação aos princípios da solidariedade social, aparece a chamada doutrina da função social da propriedade (*Doctrina de la función social de la propiedad*). Para Perlingieri¹⁴¹, a função social da propriedade tem um diferente alcance político e jurídico, que consiste em reclamar, ante uma instituição que foi considerada, tradicionalmente, como expressão do individualismo mais exagerado, um valor, uma função caracterizada pela intersubjetividade, a interdependência e a solidariedade. Desta forma, diante de um estado de passividade do chamado titular do direito, a ordem jurídica volta sua tutela em favor do possuidor que durante muito tempo comporta-se como dono da terra, dando a ele a segurança de que, após os termos legais, seu direito será definitivamente consolidado.

idades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção á confiança legítima, como resultado da ponderação e singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção á confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc¹⁴⁰."

Nesse mesmo sentido, em Minas Gerais, mais precisamente na Comarca de Coronel Fabriciano, processo n. 194.10.011338-3, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública, Marcelo Pereira da Silva, reconheceu por sentença a usucapião de bem público, fundamentada no princípio constitucional da função social da posse, contemplando cerca de 10 famílias, formadas em sua maioria por servidores e ex-servidores do DER-MG, autor da ação que teve indeferido sua pretensão, qual seja a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381.

Referida decisão foi confirmada pelo TJMG em 08-05-2014- Ap cível n. 1.0194.10.011238-3/001, conforme ementa que adiante se vê: EMENTA-Apeiação Cível- Ação Reivindicatória- Detenção- inoorrência- Posse com "*animus domini*"- comprovação- requisitos demonstrados- prescrição aquisitiva- vidência- possibilidade- evidência-Precedentes- NEGAR PROVIMENTO " A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, não adquirida por violência); pública (isto é , exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimdo a prescrição a falta de prova de titulo preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição", O TJRN, também no mesmo sentido, assim decidiu: EMENTA DO RECURSO ESPECIAL Nº 964.223- RN (2007/0145963-0) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPÍÃO. IMÓVEL URBANO. AUSÊNCIA DE REGISTRO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO EM FAVOR DO ESTADO DE QUE A TERRA É PÚBLICA. 1. A inexistência de registro imobiliário do bem objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o imóvel seja público (terras devolutas), cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva. 2. Recurso especial não provido. ACÓRDÃO A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 18 de outubro de 2011 (Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

¹⁴¹PERLINGIERI, Prieto. Introduzione alla Problematica della "proprietá ". Jovone, Università degli Studi Camerino/Scuola di Perfezionamentp in Diritto civile, 1971.

Quando a função social da posse/propriedade é assumida como elemento central da disciplina de domínio, o sentido da proteção outorgada ao proprietário chega até onde a esfera em que começa a utilidade social, que tem uma tutela residual e condicionada. Assim se manifesta a jurisprudência da corte suprema na Argentina:

El acceso a la propiedad por medio de la usucapión – calificado de excepcional por la Corte Suprema (Fallos: 284:206 y sus citas) – requiere una concreta actividad por parte del usucapiente y al propio tiempo, un estado de abstención y pasividad del titular del derecho. Frente a esta situación social que a la propiedad corresponde (aspecto que ya Santo Tomás señaló en Sum. Theol. 2.2 p.66, a2, y sobre el que han insistido los últimos Supremos Pontífices, desde S.S. León XIII en adelante), el orden jurídico positivo vuelca su tutela en favor del poseedor que durante largo tiempo se comporta como dueño, otorgándole la seguridad de que transcurridos los tiempos legales, su derecho habrá obtenido definitiva consolidación (del voto del Dr. Vocos Conesa). CNFed. CAdm., en pleno, 18-3-80, J. A. 1981-1-497¹⁴²:

Com relação às terras públicas, o entendimento dominante na Argentina, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é de prescrição.¹⁴³

Las tierras fiscales situadas dentro de los ejidos de los municipios de la Provincia de Buenos Aires, son del dominio de las comunas. El que ha poseído, a título de propietario, durante cuarenta años, un inmueble perteneciente al dominio privado del Estado, lo adquiere por prescripción¹⁴⁴. Procede la acción reivindicatoria en base al título de posesión cuarentañal, judicial y administrativamente comprobada, de acuerdo a las

¹⁴² CALEGARI DE GROSSO, Lydia Esther. Usucapión – 2ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2010, p.38

¹⁴³ _____, Usucapión – 2ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2010, p.95

¹⁴⁴ CSJN, “Provincia de Buenos Aires c/Molledo, Tomás (terreno Paseo Colón 1195)”, Fallos, vol. XIII, t. 96, p. 72

exigencias de la ley de ejido de la Provincia de Buenos Aires del 3 de noviembre de 1870; al cual no se le puede oponer reparos, desde que la provincia, en virtud de su soberanía, pudo determinar la forma y condiciones en que la tierra cuestionada llegaría a incorporarse al dominio privado.

Evidencia-se que em todos os julgamentos, acima aludidos, esse dever de cumprir a função social da terra, posse propriedade, não exclui o poder público. Esse, aliás, conforme consta em p. 117 de Rocha (2005), são os ensinamentos do Jurista Celso Ribeiro Bastos (1990) que, *in* Comentários à Constituição do Brasil, p. 347, ao tratar da usucapião constitucional, assim preleciona:

“[...] pode ocorrer a usucapião especial mesmo que a área cultivada seja maior do que os cinquenta hectares fixados pela Constituição, pois não há porque apenar aquele que pelo seu zelo conseguiu laborar gleba de terra maior do que é passível de usucapião especial”.

O Professor Doutor Carlos M. Clerc (2007, p. 418) trata o tema Usucapião também como prescrição aquisitiva, em sua obra *Derechos Reales e Intelectuales*, formulando as seguintes perguntas: “¿Cuál es el tiempo fijado por la ley argentina?; ¿Cómo es eso de prescripción adquisitiva sobre cosa propia? ¿Cómo uno se lo va a adquirir algo que ya es suyo?”¹⁴⁵ Clerc (2007, p. 421) observa, ainda, quanto ao conceito de prescrição aquisitiva ou usucapião:

Ya nos hemos ocupado anteriormente (§ 27, a, 1) de los conceptos que VELEZ SARSFIELD incluye en los arts. 3947 y 3948. De acuerdo con lo expuesto precedentemente podemos decir, siguiendo las ideas de GATTI, que “...la prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de los derechos reales sobre cosa propia y de los de goce o disfrute sobre cosa ajena por la continuación de la posesión o de los actos posesorios durante el tiempo fijado por la ley. En el mismo sentido

¹⁴⁵CLERC, Carlos M. /Derechos Reales e intelectuales- volumes 1 e 2.1ª. ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2007, p. 418.

se expresa el Código Civil español en su art. 1930 cuando dice: “Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales”. Claro está que la frase final “... y demás derechos reales”, se refiere a los derechos reales sobre cosa propia y a los de goce y disfrute sobre la cosa ajena que se ejerzan por la posesión. Por lo tanto, podemos sintetizar el concepto afirmando que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir los derechos reales sobre cosa propia y los de goce o disfrute sobre la cosa ajena que se ejerzan por la posesión en virtud del tiempo y demás requisitos legales.

Na Itália e em outros países europeus, diversos são os sistemas de domínio da posse ou propriedade, ressaltando que bem definidos há muitos anos, foi estruturado o público e o privado. A Itália, a partir do Código Civil de 1865, passa a distinguir entre os *beni demaniali* e os *beni patrimoniali*, configurando os primeiros como os que se encontram no regime do domínio público, e os segundos como os que se acham no regime do domínio privado. Os bens podem pertencer à Administração a título de domínio público (*beni demaniali*) ou a título de domínio privado (*beni patrimoniali*), que, por sua vez, se classificam em bens indisponíveis ou em bens disponíveis.

Senatore, p.7, o define como “I”, *usucapione é istituto giurídico attraverso il quale avviene l’acquisto della proprietà o degli altri diritti reali di godimento in virtù del possesso continuato della cosa protratto per un certo lasso di tempo, che varia in base al beni che formano oggetto del possesso stesso e del concorso o meno de ulteriori elementi (buona fede, titolo astrattamente idoneo, trascrizione) richiesti di voltai volta dalla legge.*”

La disciplina dell’istituto é contenuda essenzialmente all’interno del Libro III. Titolo VIII, Capo II, rubriato “Degli effetti del processo” e precisamente agli artt 1158-1167 código civile italiano.

Alinha-se aos entendimentos já mencionados uma inovadora ideia de domínio que pela nova tendência busca sempre, ao reverso da intangibilidade, uma flexibilização na aplicação da lei, notadamente, quando há um princípio constitucional a ser observado, in casu a função social da propriedade.

Em parte, o posicionamento de Juarez de Freitas propõe uma subdivisão dos bens públicos patrimoniais em indisponíveis, jamais usucapíveis, e

disponíveis e mesmo usucapíveis. Especificamente em relação a estes, por implícito no comando constitucional, a prescrição aquisitiva não parece afrontar a indispensabilidade à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares das vias federais de comunicação e preservação ambiental”. Prossegue o preclaro mestre, asseverando que naturalmente as terras que se enquadrem nos moldes da referida imprescindibilidade, estas sim, como que se especializam ou mantidas devolutas são indubitavelmente indisponíveis e devem ser tidas como insuscetíveis de usucapião. Fora disso poderiam, portanto, ser tidas como usucapíveis ao menos em termos de aperfeiçoada técnica. (ROCHA, 2005, p. 148)¹⁴⁶.

Remata o preclaro Mestre que apesar de considerar públicas as terras devolutas sob o aspecto de sua titularidade, estas não têm qualificação quando se leva em conta o destino a que estão afetadas. Ademais, o artigo 188 da Constituição Federal teria feito no mesmo preceito, referência tanto às terras públicas como às terras devolutas, dando a entender ter o texto constitucional acolhido uma distinção entre elas, o que justificaria o posicionamento de que, não obstante um imóvel ser público, nada impede que ele possa ser dominical.

Como se observa, a própria Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso, por meio do provimento 02/2009, recomenda que se promova ação de usucapião em tais situações e ou naquelas referidas no citado provimento, cujo procedimento, com a devida vênia, se revela inoportuno, se judicial, senão vejamos:

4. DAS AÇÕES DE USUCAPIÃO

Item: 6.5.14 – Na eventual impossibilidade de regularização e registro de loteamento, desmembramento ou desdobro de imóvel urbanizado, localizado na zona urbana ou rural, com fundamento na presente seção, recomenda-se o ajuizamento de ação de usucapião.

Não se pode negar que dos vários debates que ocorreram a partir da vigência da Lei 601/1850, restou vitoriosa a tese de que seu artigo primeiro visava tão somente impedir que o governo fizesse concessões gratuitas, salvo na faixa de fronteira.

Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (artigo 191, parágrafo único da Constituição Federal; art. 102 do Decreto n. 22.785/33; Decreto-Lei n. 9.760/46, art. 200, ressalvados os casos de

¹⁴⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. SP: Malheiros Editores, 2005, p. 148

prescriptio longissimi temporis, a de 40 anos em relação consumada antes de 1.917, e os do art. 5º., e, do DL n. 9760/46).

Outro fato a merecer reflexão refere-se à usucapibilidade dos bens de domínio do Estado. Foi em data posterior à sua vigência, quando imperava o direito absoluto da propriedade que o Supremo Tribunal Federal, em 1963, por meio da súmula 340, firmou entendimento de que desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais não podem ser adquiridos por usucapião.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 191, parágrafo único, proíbe a usucapião de imóveis públicos, porém nada dispõe sobre as terras devolutas. Em sintonia com o citado artigo 191, disciplina o artigo 20 II, da mesma Carta Constitucional que quando se trata da organização do Estado, essa proibição limita-se tão somente “às terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicações e às preservações ambientais, definidas em lei”. Ou seja, elas são bens da União.

No capítulo do meio ambiente, do diploma Constitucional, mais precisamente em seu artigo 225, § 5º, a mesma proibição limita-se às terras devolutas, arrecadadas ou não, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, repetindo assim, a parte final do artigo mencionado anteriormente.

No Estado de Mato Grosso, a Corregedoria Geral de Justiça editou o provimento 63/2014, dispondo sobre a padronização do procedimento de averbação de georreferenciamento em matrícula de título deslocado e/ou sobreposto perante o cartório do Registro de imóveis, na forma do Decreto nº 4.449/2002. Nele observa-se que esse recomendado cuidado vem sendo adotado pela jurisprudência brasileira, numa demonstração clara de se desligar da doutrina clássica, oriunda do Direito romano, que tem no positivismo jurídico como lema: A lei é dura, mas é lei. A cultura moderna jurídica passa por reparos, que somente vieram após o decurso de mais de 100 anos de predominância do individualismo e pretensiosa do direito romano.

CONCLUSÃO

Em relação ao Brasil, todo histórico da ocupação e distribuição de suas terras, parcelamento e regularização fundiária tornam o tema em debate de extrema relevância. Isto por que é matéria em desenvolvimento desde a época colonial e passados cinco séculos, ainda trazem divergências causadas pela presença de um ordenamento jurídico pluralista, retratado pelo direito positivo estatal. Este Direito Positivo é cultuado pelos feudos e oligarquias agrárias, constituídas pelas elites hegemônicas e de outra banda pelos atos legais informais, ou mesmo

ilegítimos. Estes são sempre ratificados pelo governo, na maioria das vezes ignorada por parcela significativa do cidadão comum e de inúmeros setores excluídos da vida política e administrativo do País.

A Amazônia ressalte-se, foi o recorte escolhido para este *paper*, tendo em vista tratar-se de uma região que se apresenta com uma enorme complexidade, tanto no que tange ao bioma nela existente, quanto nas relações jurídicas que ali são realizadas e necessitam de regramento próprio, objetivando a regularização e transferência da propriedade, sob pena de tornar-se ineficaz e assim trazer consequências tanto na área registral a desaguar na anulação de registro, cancelamento de garantias hipotecárias ou de alienação fiduciária, como também do oficial registrador, que pode ser responsabilizado, civil, penal e administrativamente pelo registro irregular que por ele for efetuado.

Separar o que é público do privado ainda é um grande desafio no Brasil. A partir do ano 2001, com a edição da Lei Federal 10.267 quanto às propriedades privadas, isso, em parte, tornou-se possível, já que mediante seus decretos regulamentadores, obrigados foram os proprietários dos imóveis rurais a efetuarem vários procedimentos. Dentre eles, a averbação na respectiva matrícula da certificação do georreferenciamento do imóvel rural, a que ela se refere, salvo se não houver sua transferência, desmembramento e/ou remembramento.

Em que pese a ausência de uma política governamental visando melhor estruturar ou descentralizar o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRARIA, necessário se faz modernizá-lo e/ou se criar uma agência executiva para apoiar, coordenar e monitorar o trabalho do Estado e dos Municípios na regularização fundiária, em especial na região amazônica, o fazendo através de um procedimento gradativo de desjudicialização dos atos jurídicos, antes privativo do Poder Judiciário.

Aliás, essas são as diretrizes previstas no novo Código de Processo Civil, (Lei 13.105, de 21/03/2015), pelo qual é facultado ao interessado migrar para os serviços notariais e de registro de imóveis os casos especiais onde houver consenso entre os contratantes maiores e capazes. Exemplo de tais atos são o divórcio, inventário e de acordo com o artigo 1.071 do citado diploma legal, a própria usucapião.

Antecipando à pretensão, os juristas Edésio Fernandes e Mangabeira Unger já lecionavam sobre o avanço para o País, ao se criar uma Agência Executiva, a qual tivesse como primeira atribuição, um cadastro nacional imobiliário rural a ser controlado pela Receita Federal do Brasil e em conjunto com o próprio INCRA, uma vez que esses últimos seriam dotados de

infraestrutura para o independente exercício de sua atividade, mantida pela União.

Concluindo, em sintonia com o pensamento dos pesquisadores, acima referidos, espera-se sejam mantidas a Lei dos Registros Públicos, com as alterações inseridas pela Lei 10.267/2001, que tornou obrigatório o georreferenciamento dos imóveis rurais.

Mantendo-se facultativo o Registro Torrens, introduzido no Brasil em 1890, através do Dec. n. 451-B, revigorado pelo artigo 277 e seguintes da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) que, ao reverso do registro geral obrigatório, assegura a presunção absoluta do registro imobiliário, podendo-se assim afirmar que ele, se aplicado no Brasil, juntamente com a obrigatoriedade do georreferenciamento de todos os imóveis rurais, públicos e particulares, em tese teríamos a melhor alternativa para se regularizar as irregularidades das terras brasileiras.

Todavia, vale reconhecer que em razão de diversos fatores que comprometem sua efetividade, dentre eles seu alto custo, a morosidade do procedimento, que exige duas fases: uma administrativa rematando com outra judicial, faz com que o mesmo permaneça em desuso.

Assim sendo, propõe-se que na linha de desjudicialização de tantos outros atos. Dentre eles, o divórcio ou inventário, quando maiores e capazes, os contratantes. Bem como a regularização da compra e venda de imóvel rural na Amazônia brasileira, oriundo de título imperfeito ou posse, quer seja sobre terras particulares e ou constituído de terras devolutas, seja efetivada, facultativamente. Isso por meio de escritura pública e meramente notarial, objetivando declarar a aquisição de um direito real por usucapião; direito esse originário e pré-existente. Por derradeiro, entendendo perfeitamente aplicável à proposta desse *paper*, traz à colação, a seguinte mensagem do Jurista portenho, José Levitá, que *in totum* poderia ser acolhida pelos Juízes e Tribunais brasileiros:

“Conforme a las ideas expuestas en los capítulos precedentes, entendemos que la prescripción adquisitiva de dominio de inmuebles debe consolidarse como institución jurídica en nuestro derecho y que se le debe asignar el importante rol que aún debe desempeñar en el país” Es necesario que la jurisprudencia argentina se actualice al respecto y deje de “mirar con malos ojos” y colocar

vallas a la institución, vallas que, por otra parte, la legislación no autoriza. La razón que pensamos que un criterio más ajustado al derecho vigente debe coincidir con estas someras conclusiones”.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Jose de Arimatéia Barbosa. *Compra y venta de la propiedad rural- Um enfoque a partir de la Amazônia*. Buenos Aires: Editorial UMSA. 2014
- BARBOSA, José de Arimatéia et al. *Usucapibilidade de terras devolutas*. São Paulo: Lexia, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição*. v.7. São Paulo: Saraiva. 1990
- BÍBLIA *on line*. 2014. Disponível em:
<<http://www.biblionline.com.br/acf>>. Acesso em 12 mar.2014.
- BRASIL. *DEC. Lei 710, de 17-09-1938*. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1938-09-17;710>>. Acesso em 10 jan.2014.
- BRASIL. *Decreto Lei 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências*. Disponível em: <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm>>. Acesso em 10 jan.2014.
- BRASIL. *Lei 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em 12 mar.2014.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*. 25 de março de 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 12 mar.2014
- BRASIL. JTJ/SP 137/595. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AREsp+1.137.595%2FSP>>>. Acesso em 12 mar.2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em 12 mar.2014.

- BRASIL. Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm>. Acesso em 12 jan.2014
- DE TORRES, Guillermo Cabanellas. *Diccionario de derecho romano y latines jurídicos*. 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.
- DE GROSSO, Lydia Esther Callegari. *Usucapión*. 2ª ed. 1ª reimp. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- CAMPOS, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*. Vol. III, 2ª ed. Bauru: E. Jalovi-LTDA, 1981.
- CLERC, Carlos M. *Derechos Reales y intelectuales*. Volumes 1 e 2.1ª. ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2007.
- CÓDIGO *Civil de La República Argentina con todas las notas de Dalmacio Veles Sarsfield*. Edición oficial. 1ª. Ed. 1883, 2ª. Edición del Siglo XXI, Buenos Aires: Gráfica Sur Editora, 2006.
- CSJN. *Provincia de Buenos Aires c/ Moltedo*. Tomás (terreno Paseo Colón 1195), *Fallos*, vol. XIII, t. 96, p. 72.
- CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS, 1937. Editadas pela gráfica do Senado Federal. Brasília, 2001
- DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil: análise comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73*. São Paulo: Atlas. 2015
- FALCÃO, Marinho Ismael. *Direito Agrário brasileiro*. São Paulo, Ed. EDIPRO, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. Saraiva, São Paulo, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira. *Obra compilada do Código Civil*. Esboço. Editada pelo Serviço de Documentação do Ministério de Justiça em 1952- Brasília, 1983.
- GADELHA, Paulo Henrique. *Tese discute ocupação e posse*. 2012. Disponível em: <<http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2012/137-edicao-105--junho-e-julho/1349-tese-discute-ocupacao-e-posse>>. Acesso em 10 jan.2014.
- GARCIA, Paulo. *Terra Devoluta*. Belo Horizonte: Ed. Livraria Oscar Nocolai, 1958.
- HISTÓRIA e Memória. *Leis hipotecárias do Brasil Império*. Disponível em: <http://www.quinto.com.br/leis_imperio/resolucao17071822.asp>. Acesso em 10 jan.2014.

- JONES, Alberto da Silva. *O Mito da Legalidade do Latifúndio*. Legalidade e Grilagem no Processo de Ocupação das Terras Brasileiras (Do Instituto de Sesmarias ao Estatuto da Terra). Tese Doutoral defendida na Universidade de São Paulo, em 2003. Disponível em:
<<http://www.fundaj.gov.br/geral/observanordeste/politicafundiaria/PoliticaFundaria.pdf>>. Acesso em 12 jun.2013.
- MAGALHÃES, Juraci Peres. *A Propriedade Territorial no Brasil e as Terras do Distrito Federal*. RJ: América Jurídica, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regime Jurídico e Utilização dos Bens Públicos*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.). *Tratado de Direito Administrativo*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 398-448.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. SP. Malheiros Editores, 2005.
- MONTESQUIEU. *L'Esprit Des Lois* (1758). Choiks de Textes. Classiques Larousse. French Edition. Mass Market Paperback: May 1, 2007.
- NUNES, Pedro. *Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, Forense, 1984.
- PERLINGIERI, Prieto. *Introduzione alla Problematica della "proprietá "*. Jovone, Università degli Studi Camerinno/Scuola di Perfezionamentp in Diritto civile, 1971
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo. (colab); WINDT, Márcia Cristina dos Santos. (colab); SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. (colab). *Regras de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis: lei complementar n. 95, de 26-2-1998*. São Paulo: Saraiva, 2000. – (Coleção Saraiva de legislação).
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- RODRIGUES, Fernando Pereira. *Usucapião: constituição originária de direitos através da posse*. Coimbra: Portugal. Ed. Almedina.2008
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27ª.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STEFANINI, Luis de Lima. *A propriedade no direito agrário*. 1a.Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1978.

Links visitados

PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: MECANISMOS DISSUASÓRIOS À UTILIZAÇÃO DA VIA RECURSAL COM CUNHO MERAMENTE PROCRASTINATÓRIOS PELAS PARTES E SEUS PROCURADORES E O EXPEDIENTE DA LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ COMO DESVIRTUAMENTO DA AMPLA DEFESA

*Júlio Wagner do Couto e Silva*¹⁴⁷

RESUMO

Este artigo pretende analisar os mecanismos inibitórios à utilização da via recursal pela parte sucumbente com cunho meramente protelatório da prestação jurisdicional, com fim maior de reforçar o direito individual constitucionalmente assegurado à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O trabalho encontra-se dividido em seis capítulos, no primeiro se faz um breve apanhado teórico sobre o Estado civil, e sobre a tripartição de poderes. O segundo capítulo traça linhas gerais sobre o que vem a ser a jurisdição, e o processo. No terceiro capítulo estudam-se os direitos individuais constitucionalmente assegurados à ampla defesa e duplo grau de jurisdição, e a razoável duração do processo. O quarto capítulo é dedicado a apresentar os deveres processuais das partes e dos seus procuradores previstos na lei adjetiva civil. No quinto capítulo têm vez as infrações disciplinares previstas no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e Disciplina da OAB. No sexto capítulo conformam-se os mecanismos inibitórios à litigância de má-fé.

Palavras-Chaves: Celeridade Processual; Mecanismos Inibidores; Litigância De Má Fé; Recursos Protelatórios.

INTRODUÇÃO

Os esforços envidados neste artigo foram no sentido de descortinar a dificuldade por que passa o processo civil brasileiro na presente quadra histórica. Se por um lado a Carta Republicana traz como direito fundamental do indivíduo a razoável duração do processo, por outro, no mesmo capítulo e com a mesma opulência, assegura a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

A escolha do tema proveio de sua contemporaneidade. Pois, no ministério diário da advocacia, não raras às vezes, se vê a parte adversa valer-se das inúmeras

¹⁴⁷ Advogado na Nelson Williams & Advogados Associados.

espécies recursais previstas na legislação instrumental civil com o escopo único de procrastinar a prestação jurisdicional.

A relevância do tema repousa na dificuldade de dizer o direito ao caso concreto em tempo razoável, sem que se olvide a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Dissuade, contudo, àqueles que, recalcitrantes, optam por lançar mão dos recursos disponíveis apenas para ver embaraçado o direito da parte contrária.

O objetivo deste trabalho, deste modo, é apresentar os mecanismos inibidores - a tal postura processual nefasta - atualmente existentes. Já observado o texto do novo Código de Processo Civil que está por entrar em vigor.

Tendo por vista, a sistematização do texto, no objetivo de estabelecer uma interface mais amigável ao leitor houve-se por bem à divisão do conteúdo em capítulos. Assim, este trabalho científico encontra-se dividido da seguinte forma: breve apanhado teórico sobre o Estado civil, e sobre a tripartição de poderes, considerações acerca da jurisdição e do processo. Alguns direitos individuais processuais encartados pela Constituição Federal, os deveres das partes e dos seus procuradores previstos na lei adjetiva civil, das infrações disciplinares previstas no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e Disciplina da OAB, e mecanismos inibitórios à litigância de má-fé.

Neste sentido, é que o presente artigo se propôs a aventar as soluções instituídas pelo legislador, aptas a desestimular o abuso processual ao direito constitucional à ampla defesa.

Em arremate, o artigo assume incontroversa importância aos operadores do direito e acadêmicos da seara jurídica, assim também àqueles que, embora sejam de outras áreas do conhecimento humano, nutram interesse pelo tema. A pesquisa imergiu em conceitos que espera contribua à cognição da postura que devem guardar às partes no Processo Civil brasileiro.

1. BREVE APANHADO TEÓRICO SOBRE O ESTADO CIVIL E SOBRE A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

1.1. Linhas Gerais Acerca do Surgimento do Estado Civil de Acordo com o Modelo Lockeano

Algumas linhas inaugurais acerca do modelo teórico *lockeano* revestem-se de importância, pois, a partir do surgimento do Estado civil uma série de circunstâncias concorreu entre si até que se chegasse ao objeto deste artigo.

Deve-se acrescentar que a escolha do modelo teórico *lockeano* decorreu de sua proeminência para a doutrina liberal do século XIX. Para o teórico, no estágio pré-social, havia uma “liberdade perfeita” (LOCKE *apud* MORRESI, 2006) resultante da racionalidade individual que possibilitava à compreensão de uma lei natural.

Todavia, consigne-se que não muito raro, o exercício dos próprios meios – autotutela – ameaçava a paz social, trazendo a todos, insegurança e incertezas. Sendo, portanto, o marco desta fase à submissão individual a própria razão, ou nas palavras do próprio *Locke*: “Quando homens vivem juntos segundo a razão e sem um superior comum sobre a Terra com autoridade para julgar entre eles, manifesta-se propriamente o estado de natureza.” (LOCKE *apud* MORRESI, 2006).

O homem, no estado de natureza, era, portanto, o seu livre senhor e por meio do seu trabalho transformava as coisas brutas a sua volta, assenhoreando-se de sua produção cultural, opondo-a aos seus pares.

Com o surgimento do comércio adveio a ruptura no estado de natureza *lockeano*, em razão do acúmulo de riquezas, pelo que deixou de existir a igualdade entre os homens. Em decorrência desta nova ordem de fatores, surgiram os constantes atentados à propriedade privada, ante a anomia - absoluta ausência de normas - então vigente.

Para *Locke*, em razão deste rearranjo social os indivíduos se viram obrigados a estabelecer um contrato social. Onde cada um abriu mão de parte de suas liberdades individuais, em favor de um terceiro agora depositário delas. Marco este que, para o teórico, fez nascer o Estado civil. Com o fim último de proteger a propriedade, *latu sensu*, das intempéries internas e externas à comunidade.

Os homens se unem numa sociedade política com o fim de governar segundo uma lei estabelecida, e tal procedimento só pode ser alcançado com o estabelecimento de um poder legislativo e um poder executivo, que são justamente os termos em que *Locke* expressa o ato de criar um governo [...] Sociedade política e governo só podem se separar na mente, mas não têm uma existência independente: a sociedade política precisa do governo. (GOLDWIN, MORRESI, 2006).

A cessão de parte das liberdades individuais a que faz menção o teórico legítima – o poder – a atuação do Estado. Assim, é que o modelo teórico contratualista ressoou no positivismo jurídico¹⁴⁸. Deve-se acrescentar, ainda, que Locke, em seu modelo teórico, defendia a existência de um Estado legalista, onde as suas próprias funções encontravam limitações na lei – reputada esta como a vontade maior de um povo. Sendo despótico, portanto, àquele que exorbitasse a esfera legal.

A constituição do legislativo é o primeiro e fundamental ato da sociedade, pelo qual se provê a continuação de sua união, sob a direção das pessoas e dos vínculos das leis elaboradas por pessoas autorizadas mediante consentimento e nomeação por parte do povo. (LOCKE apud MORRESI, 2006).

O governo que sistemática e continuamente devassa a propriedade privada, segundo Locke, utilizando-se indiscriminadamente da força confere legitimidade à resistência popular¹⁴⁹. Assim é que é *raison d'être* do Estado, a busca do bem comum, ou como apregoava Locke, a tutela da propriedade, que em sentido amplo alberga bens como: a vida, a saúde, a liberdade etc¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2015); Artigo 3.º A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 2015); Artículo 1 La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. (ESPAÑA, Constitución Española, 2015); Art. 1. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. (ITÁLIA, Costituzione della Repubblica Italiana, 2015); ARTICLE 3. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. (FRANÇA, Constitution de la République Française, 2015).

¹⁴⁹ O estado de guerra imposto ao povo pelo governo configura a dissolução do estado civil e o retorno ao estado de natureza, onde a inexistência de um árbitro comum faz de Deus o único juiz, expressão utilizada por Locke para indicar que, esgotadas todas as alternativas, o impasse só pode ser decidido pela força. (WEFFORT, 1999).

¹⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2015); Artigo 24.º, 1. A vida humana é inviolável. Artigo 27.º, 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança. (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 2015); Artículo 15 Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Artículo 15 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en

1.2. Do modelo tripartite de Montesquieu:

Outro modelo teórico de grande relevância histórica foi o aprimorado por Montesquieu, em contraposição ao *Ancien Régime*. Aqui, se faz a importante ressalva de que desde Aristóteles a separação de funções do poder uno do Estado permeava o corpo teórico. “A Constituição do Estado tem por objeto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania [...]”. (DE PAULA, 2008).

Passados séculos da institucionalização do Estado civil como depositário das liberdades individuais, aquele se agigantou de tal modo que com a aglutinação de funções nas mãos do monarca instituiu-se a tirania em detrimento dos cessionários das liberdades. Em resposta a esta postura despótica por parte do monarca, o barão de Montesquieu defendeu imperiosas limitações à reunião de funções nas mãos do governante.

La forma en que Montesquieu presenta su teoría separatista implica que cree hallar en el Estado tres potestades diferentes [...] iguales, independientes y autónomas en sus relaciones de unas con otras. A su vez, las tres clases de autoridades que corresponden a esta división tripartita de la potestad del Estado constituyen orgánicamente tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, en el sentido de que cada una de ellas posee una parte especial y diferente de la potestad estatal, así como tiene cada una de ellas su esfera de acción propia [...] (MALBERG apud OLIVEIRA, 2007).

Para Montesquieu, a separação de funções possuía o condão de refrear o próprio Estado evitando ingerências às liberdades tuteladas. Conquanto, a “teoria rígida e inflexível não está no próprio Montesquieu, mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram contornos rigorosos.” (BARRACHO apud OLIVEIRA, 2007).

Em verdade, o que realmente objetivou Montesquieu quando do desenvolvimento do seu modelo teórico foi o controle que cada função deveria exercer sobre a outra, de forma equânime, sem hierarquização, com o fim último de proteção das liberdades individuais. “Se o poder executivo não tivesse o direito

la ley. (ESPAÑA, Constitución Española, 2015); Art. 13. La libertà personale è inviolabile. (ITÁLIA, Costituzione della Repubblica Italiana, 2015).

de refrear as ações do corpo legislativo, este seria despótico; pois, ao atribuir-se todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes.” (MONTESQUIEU *apud* OLIVEIRA, 2007).

Observando o Estado inglês, Montesquieu constatou que a função executiva encontrava-se nas mãos de apenas uma pessoa, o monarca, em razão da necessária rapidez de decisão e ação. A função legislativa, por seu turno, estava personificada em duas assembleias: a Câmara dos Lordes, representando a nobreza, e a Câmara dos Comuns, representando o povo. Havia ainda uma terceira função a quem incumbia julgar, sendo essencialmente o intérprete das leis. As funções cooperavam entre si fiscalizando umas às outras evitando a exorbitância às suas esferas de competência.

Assim é que o modelo tripartite das funções, do poder uno e indivisível do Estado, axioma do Estado liberal defende a autocontenção daquelas na salvaguarda das liberdades individuais. Ou, nos dizeres de seu patrono: “o poder executivo [...] deve participar da legislação pela faculdade de vetar [...]” (MONTESQUIEU *apud* OLIVEIRA, 2007).

A relevância do modelo tripartite de Montesquieu permeia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – que condiciona à existência própria das Constituições, àquelas sociedades onde à garantia de direitos são asseguradas, e há separação das funções do poder uno do Estado¹⁵¹.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO

2.1. Breves Comentários Acerca Da Jurisdição:

Conforme já se disse neste trabalho o poder uno e indivisível do Estado – depositário/garantidor das liberdades individuais – é exercido através das funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Segundo magistério de Alvim, o termo jurisdição provém do latim, *ius* (direito) e *dicere* (dizer), e significa “dicção do direito”. Sendo a função do Estado através da qual se aplica o direito objetivo à solução dos conflitos de interesses, visando à pacificação social e à manutenção do império das leis.

¹⁵¹ARTICLE 16. *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.* (FRANÇA, *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, 2015).

Alvim registra ainda em sua obra que no ordenamento jurídico pátrio, atualmente, além do Estado-juiz apenas pessoas ou instituições autorizadas pelo Estado, como ocorre com os árbitros¹⁵², podem fazer justiça.

O exercício da jurisdição para Carnelutti, segundo Alvim, consiste em verdadeiro poder-dever do Estado-juiz. Ensinando o autor mineiro que para Lopes da Costa a função jurisdicional é um poder-dever do Estado-juiz de declarar e realizar o direito, ao tempo em que para Frederico Marques cabe a função jurisdicional aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação a uma pretensão.

Assim, com “a jurisdição, o Estado-juiz garante a sua autoridade de Estado-legislador, fazendo com que se realizem no mundo dos fatos, as consequências práticas dos preceitos enunciados pelas normas de direito.” (ALVIM, 2012).

Para Chiovenda, na lição de Alvim, o verdadeiro traço qualificador da função jurisdicional reside na substituição da atividade alheia, por uma atividade pública, decorrente da avocação pelo Estado da tarefa de resolver os conflitos de interesses. Consistindo à jurisdição “na atuação da lei mediante a substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade alheia, seja afirmando a existência de uma vontade de lei, seja tornando-a efetiva na prática” (CHIOVENDA *apud* ALVIM, 2012).

Para Lopes da Costa, alerta Alvim, o conceito de jurisdição está ligado, intimamente, aos conceitos de ação, de processo e de coisa julgada.

Em face dessas considerações, Lopes da Costa resume assim as notas características da jurisdição: a) atuação do juiz *supra partes*; b) em processo; c) sob provocação do interessado; d) substituindo, no processo de conhecimento, a inteligência das partes, e, no processo de execução, a vontade delas; e) em decisão com efeito de coisa julgada; f) declarando a existência de direitos e realizando-os, se necessário. (ALVIM, 2012).

¹⁵²A arbitragem é constitucional, tem natureza jurisdicional, e é regulada pela Lei n. 9.307/96. (ALVIM, 2012).

2.2. O Processo Como Instrumento Para A Positivção Do Poder

Em poucas linhas, e consoante magistério de Cintra; Grinover; *et* Dinamarco o termo processo provém do latim, *procedere* e significa “seguir adiante”. Razão pela qual, por muito tempo, foi ele definido como a simples sucessão de atos processuais (procedimento). Acrescentam os autores que Büllow, em sua obra Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, de 1868, lançou uma nova perspectiva sobre o processo, que passou a ser compreendido através dos atos que lhe corporificam e das relações entre eles, bem como das relações entre os seus sujeitos.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. (...) O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivção do poder). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009).

Extrai-se daí, ainda que de maneira sintética, que é o processo o instrumento pelo qual a jurisdição dita o direito ao caso concreto.

3. ALGUNS DIREITOS INDIVIDUAIS PROCESSUAIS ENCARTADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1. O Direito Individual À Ampla Defesa Com Os Meios E Recursos A Ela Inerentes E O Duplo Grau De Jurisdição

O processo, contudo, não se encontra regulado apenas pela legislação infraconstitucional, ao contrário tem o seu alicerce na própria Carta Republicana, notadamente, na parte em que versa sobre os direitos e garantias fundamentais.

Assim é que em sua obra ensinam Paulo *et* Alexandrino que não se pode conceber o devido processo legal (*due process of law*) sem que se outorgue a

amplitude de defesa, nela inclusos o direito a defesa técnica, a publicidade dos atos processuais, a citação, a produção de provas, a recursos, a contestação etc.

Por ampla defesa¹⁵³ entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de provas lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua autoincriminação.
(PAULO, ALEXANDRINO, 2013).

Os autores seguem a sua lição ensinando que o princípio do duplo grau de jurisdição corresponde a cogente possibilidade de reapreciação da causa por um órgão de instância superior em decorrência da interposição de um recurso contrário a decisão do órgão de instância inferior.

Em termos mais simples, significa que devem existir ao menos duas instâncias na via em que corre o processo (judicial ou administrativa) e deve haver um recurso à disposição de ambas as partes que implique a devolução da matéria apreciada e decidida em primeira instância a uma segunda instância, que novamente a apreciará e decidirá, podendo confirmar ou modificar a primeira decisão.
(PAULO, ALEXANDRINO, 2013).

Trata-se, pois, nos dizeres dos autores de verdadeira garantia em prol do indivíduo que seja parte em um processo, de que a sua lide será apreciada, no mínimo, por dois órgãos de instâncias distintas.

No país, em regra, o órgão julgador de primeira instância é singular, e o de segunda é colegiado, razão pela qual o duplo grau de jurisdição importa no fato de que a lide deduzida será apreciada, pelo menos, por um órgão colegiado.

¹⁵³Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o postulado da ampla defesa e do contraditório inclui: (a) direito de as partes obterem informação de todos os atos praticados no processo; (b) direito de manifestação, oral ou escrita, das partes acerca dos elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito das partes de ver seus argumentos considerados. (PAULO et ALEXANDRINO, 2013).

3.2. O direito individual à razoável duração do processo

Conquanto seja garantia constitucional o duplo grau de jurisdição, a Emenda Constitucional nº 45/2004 encartou a razoável duração do processo, judicial ou administrativo, “e os meios que assegurem à celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), como direito individual, dentro do título que tutela os direitos e garantias fundamentais¹⁵⁴.

Sabe-se que no Brasil a morosidade dos processos judiciais e a baixa efetividade de suas decisões, dentre outros males, retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. (PAULO, ALEXANDRINO, 2013).

Afirmam, ainda, os autores que o direito a razoável duração do processo, judicial ou administrativo, “e os meios que assegurem à celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), veio reforçar à eficácia de outros direitos fundamentais como o de petição aos poderes públicos (Art. 5º, XXXIV), como a inafastabilidade de jurisdição (Art. 5º, XXXV), como o contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV) e como o devido processo legal (Art. 5º LIV).

Sendo, em seu entender, manifesta a sua premência, por garantir aos cidadãos o “direito de ver julgados, em prazo razoável, sem demora excessiva ou dilações indevidas, os litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário (e também da Administração Pública, no âmbito dos processos administrativos)” (PAULO, ALEXANDRINO, 2013).

¹⁵⁴A relevância do reconhecimento desse direito, mesmo antes do acréscimo do inciso em comento pela EC 45/2004, vinha sendo assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em mais de um julgado, teve a oportunidade de afirmar a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional, de neutralizar retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios, por parte de magistrados e Tribunais. (PAULO et ALEXANDRINO, 2013).

4. OS DEVERES DAS PARTES E DOS SEUS PROCURADORES PREVISTOS NA LEI ADJETIVA CIVIL

4.1. Dos deveres das partes e dos que de qualquer forma participem do processo

O Constituinte Derivado por seu turno, visando efetivar “a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (Art. 5º, LV da Constituição Federal) e o duplo grau de jurisdição, sem descuidar da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), no artigo 5º da lei adjetiva civil, dispôs no Art. 5º Aquele que de *qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*. (grifos nossos)

A própria qualidade de parte em um processo, ensina Barroso, traz consigo faculdades, obrigações, ônus e poderes relativos à relação jurídica processual e aos demais sujeitos que a integram.

A despeito disso, o dispositivo legal em apreço expressamente institui à sujeição a boa-fé àquele “que de qualquer forma participa do processo.” (Art. 5º, do Código de Processo Civil).

Para Theodoro Junior, esclarece Barroso, os deveres processuais correspondem às prestações destituídas de conteúdo econômico, como o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé previsto no artigo em análise.

Assim, segundo Barroso, à utilização das técnicas jurídicas em um processo deve ser levada a efeito com honestidade, buscando um fim lícito, sem que se procrastine ou frustre o direito alheio.

4.2. Da responsabilidade das partes por dano processual

Conforme foi dito neste trabalho, o processo é o instrumento pelo qual, a jurisdição diz o direito ao caso concreto. Sendo a todos, assegurado o direito “à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), sem que se prejudique o duplo grau de jurisdição. Devendo a parte se valer da técnica jurídica sem que se retarde ou se frustre o já declarado direito alheio.

Assim é que o Constituinte Derivado cuidou em estabelecer nos artigos 79 e 80 do Código de Processo Civil, à relação de causa e efeito para as partes que pleitearem de má-fé em um processo:

Art. 79. *Responde por perdas e danos àquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.*

Art. 80. *Considera-se litigante de má-fé aquele que:*

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - *interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.* (grifos nossos)

Deve-se destacar que o comando legislativo foi peremptório em determinar que “responde por perdas e danos” (Art. 79., do Código de Processo Civil), e não que poderá responder por perdas e danos as partes que litigarem de má-fé, assim compreendidas, dentre outras hipóteses, aquelas que interpuserem “recurso com intuito manifestamente protelatório.” (Art. 80., VII do Código de Processo Civil).

Assim, não é faculdade conferida ao órgão julgador, ao contrário, é a este obrigatória à condenação da parte que “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” (Art. 80., VII do Código de Processo Civil).

¹Como se vê, a legislação processual relaciona as condutas entendidas como litigância de má-fé para coibir a errônea e astuta utilização de técnicas e institutos do processo civil para fraudar ou iludir direito alheio, servindo de exemplo, a protelação do processo com a interposição de recursos infundados, formulação de pretensões descabidas ou que não se relacionem com o objeto da

demanda, requerimentos para prática de atos inúteis ao fim a que se destina o processo etc. (BARROSO, 2007).

Portanto, o magistrado deve estar atento até onde vai o legítimo inconformismo da parte sucumbente, e onde começa o abuso de direito de defesa desta, levado a efeito para protelar ou frustrar o já reconhecido direito da parte adversa.

Para ministros do STJ, a litigância de má-fé desvirtua ampla defesa. A ampla defesa é um princípio assegurado na Constituição de 1988. Essa garantia baseia-se no direito à informação, no direito de manifestação e de ver seus argumentos considerados. Contudo, o que é um direito torna-se abuso de direito quando advogados violam os deveres de lealdade processual e comportamento ético no processo, desvirtuando a própria ampla defesa. É a chamada litigância de má-fé.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Porém, se uma das partes no processo age de forma maldosa, seja com dolo ou culpa, utilizando procedimentos escusos para vencer ou ainda, mesmo sabendo ser impossível vencer, para prolongar o andamento do feito, o magistrado pode penalizar quem abusa do direito de pedir.

No STJ (Superior Tribunal de Justiça), os ministros têm enfrentado situações que demonstram haver cada vez menos tolerância com a litigância de má-fé. O Tribunal tem se dedicado a reduzir tanto o acervo quanto a duração dos processos em trâmite, e a tentativa de meramente procrastinar o desfecho judicial, além de não encontrar abrigo na jurisprudência, é vista como antiprofissionalíssimo. Os magistrados podem condenar o litigante de má-fé, independentemente de um pedido nesse sentido, em multa ou indenização à parte contrária. Sucessivos e infundáveis.

O artigo 538, parágrafo único, do CPC (Código de Processo Civil) estabelece que a apresentação de embargos de declaração protelatórios autoriza que o órgão julgador condene o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 1% do valor da causa. Havendo a reiteração de embargos protelatórios, é possível a majoração da multa a até 10%, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo. Em junho de 2012, a 3ª Turma aplicou multa por litigância de má-fé de 1% sobre o valor da causa em razão de interposição, pela segunda vez, de embargos de declaração com “intuito manifestamente protelatório”, como avaliou o relator

do processo, ministro Villas Bôas Cueva. Insistente, a parte apresentou novos embargos - pela terceira vez - e, em novembro, a Turma aumentou a multa para 5%.

O ministro Cueva esclareceu que os embargos de declaração são recurso restrito, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão em que se encontre obscuridade, contradição ou omissão. No caso, porém, houve a reiteração dos argumentos que pretendiam modificar a decisão, o que, para a Turma, denota o caráter protelatório dos embargos. O ministro ainda condicionou a interposição de novos recursos ao depósito da multa. Majoração da multa. A mesma Turma, ao julgar o quarto recurso interno sobre o Recurso Especial (REsp) 1.203.727, chegou a aplicar multa de 10% sobre o valor da causa. Foram quatro embargos de declaração na insistência de ver reconhecida tese sobre o termo inicial de prescrição em ação de cobrança de diferença de indenização securitária.

O relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, afirmou que a matéria estava exaustivamente analisada e que houve a “mera repetição de argumentos” já apresentados anteriormente. A 4ª Turma, que também analisa questões de direito privado, adotou medida semelhante no julgamento do Agravo de Instrumento (Ag) 1.237.606. O relator, ministro Luis Felipe Salomão, nos segundos embargos de declaração, não só aplicou multa de 10% sobre o valor da causa, como condenou a recorrente a indenizar a parte contrária em R\$ 5 mil reais. Contra texto de lei.

O artigo 17 do CPC elenca as hipóteses em que se reconhece a litigância de má-fé. Uma delas é deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. As demais são alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados e interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Em julgamento realizado em 2006, a ministra Nancy Andrichi explicou que “não se caracteriza a litigância de má-fé por pretensão contra texto expresso de lei, se a interpretação dada ao dispositivo pelo órgão julgador for diversa daquela pretendida pela parte e houver plausibilidade na tese defendida por esta”. Já em outra hipótese analisada, a 1ª Turma, em 2005, condenou o estado do Maranhão ao pagamento de multa por litigância de má-fé. No caso, era contestada decisão que concedeu à parte contrária o benefício da assistência judiciária, em razão de o serviço não ser prestado por profissional da Defensoria Pública, mas por advogado escolhido pela parte.

Ocorre que a Lei de Assistência Judiciária condiciona a concessão do benefício à simples afirmação do postulante sobre seu estado de pobreza. O relator, ministro José Delgado, já aposentado, entendeu que o equívoco do estado contribuiu para o “injustificado retardamento da jurisdição buscada”.

A litigância de má-fé também é combatida nos processos que debatem matéria penal. O ministro Marco Aurélio Bellizze, presidente da 5ª Turma do STJ, esclareceu que, muito embora na esfera penal não seja viável a fixação de multa por litigância de má-fé, em tais casos “é perfeitamente possível, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão, para que se inicie o cumprimento da pena que lhe foi imposta”.

A afirmação foi feita no julgamento de um agravo de instrumento, em outubro de 2012. Era a terceira vez que a defesa do réu havia interposto agravo regimental, recurso destinado a combater decisão monocrática. No caso, a defesa apresentou por duas vezes tal recurso contra decisão do colegiado, a quinta turma: “somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, constituindo erro grosseiro e inescusável a interposição desse recurso para impugnar decisão colegiada”, repreendeu o ministro Bellizze em seu voto.

O ministro considerou que a insistência da defesa no mesmo erro revelou o seu nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da ação penal e viabilizar uma possível prescrição da pretensão punitiva. Em outro caso, julgado em 2011, o então desembargador convocado Celso Limongi, após os segundos embargos de declaração no julgamento de um agravo, também determinou o imediato início da execução da pena, independentemente da publicação do acórdão ou da interposição de eventual recurso. A mesma medida foi adotada pela ministra Laurita Vaz ao julgar o quarto recurso interno contra uma decisão sua.

“A interposição descabida de recursos [ou outro remédio processual] acaba por configurar abuso do poder de recorrer.” Foi o que afirmou o ministro Felix Fischer ao decidir sobre o esgotamento da prestação jurisdicional do STJ no caso da condenação de réus do episódio conhecido como “Massacre de Carajás”, ocorrido no Pará, em 1996. O recurso especial sustentava haver nulidades nos quesitos formulados pelo juiz durante o julgamento no Tribunal do Júri. Autuado em 2006, o recurso da defesa do coronel Mário Pantoja foi negado pela Quinta Turma em dezembro de 2009.

Em fevereiro de 2010, a defesa apresentou novo recurso, chamado embargos de divergência. No mês seguinte, o recurso foi indeferido

liminarmente. Novo recurso e a posição foi confirmada pela Terceira Seção. Houve mais um recurso à Seção, outro recurso ao STF (Supremo Tribunal Federal), o qual não foi admitido, e uma sequência de mais cinco recursos contra essa última decisão.

O ministro Fischer, então vice-presidente do STJ, determinou a baixa definitiva dos autos, independentemente do trânsito em julgado, em razão da interposição descabida e desmedida dos recursos. Neste caso, destacou o ministro, é evidente a intenção da defesa em prolongar indefinidamente o exercício da jurisdição, com petições desprovidas de qualquer razão e notoriamente incabíveis. Direito de recorrer. Em contraponto a essa jurisprudência, os ministros do STJ também têm reconhecido que é preciso distinguir a litigância de má-fé ou o ato atentatório à dignidade da Justiça do exercício do direito de recorrer.

A Corte decidiu que "a aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos [ação e defesa]". Em julgamento realizado em 2009, o ministro Fernando Gonçalves, já aposentado, decidiu que a interposição de recurso legalmente previsto não poderia ser considerada litigância de má-fé.

No caso analisado, a 4ª Turma excluiu a multa aplicada por conta do ajuizamento simultâneo de recurso de apelação e de agravo de instrumento – o primeiro contra a sentença e o segundo contra decisão proferida em exceção de suspeição –, ainda que a fundamentação e o objetivo de ambos fossem parcialmente coincidentes. Para os ministros, no caso ficou claro o legítimo exercício do direito de ação. No mesmo julgamento, a Turma ainda afastou a multa aplicada em grau de recurso, por ocasião do julgamento de embargos opostos contra o acórdão de apelação.

Os ministros aplicaram a Súmula 98 do STJ, segundo a qual "embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". Em 2012, ao julgar um recurso, o ministro Salomão afastou a multa aplicada pela segunda instância, considerando que "não tem lugar a condenação por litigância de má-fé quando se mostrar evidente o desinteresse dos recorrentes em procrastinar o feito".

Para o ministro, no caso analisado, ocorreu o legítimo exercício do direito de recorrer, "prática na qual a jurisprudência, em diversas ocasiões, não reconheceu a caracterização de malícia processual".

Processual civil. Agravo regimental. Compensação. Juros moratórios. Taxa Selic. Lei nº 9.250/95. Precedentes. Intenção procrastinatória. Litigância de má-fé. Multa. Arts. 16, 17, IV e VII, 18 e 557, § 2º do CPC. Leis nº 9.668/1998 e 9.756/1998. (...) 3. Recurso que revela sua patente intenção de procrastinar o feito, dificultando a solução da lide ao tentar esgotar todas as instâncias e impedindo, com isso, o aceleração das questões postas a julgamento ao insistir com uma tese, quando esta Corte já pacificou seu entendimento sobre a matéria. Ocorrência da litigância de má-fé por “opor resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, IV, do CPC), ao “*interpor recurso com intuito manifestamente protelatório*” (art. 17, VII, do CPC – Lei nº 9.668/1998)¹⁵⁵.

Civil e processual civil – agravo regimental – contrato de renegociação e confissão de dívida – capitalização anual dos juros – vedação – serviços de proteção ao crédito – registro no rol de devedores – pedido prejudicado – *matéria pacificada – recurso manifestamente improcedente e procrastinatório – multa* – CPC art. 557, § 2º. I – Segundo o entendimento pacificado neste Tribunal (4ª Turma, REsp nº 219.281/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 16.11.99), é vedada a capitalização, inclusive a anual, nos contratos de confissão de dívida, com fundamento na Súmula nº 121 do STF e no Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura). (...) III – Sendo manifestamente improcedente e procrastinatório o agravo, é de se aplicar a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de novos recursos

¹⁵⁵ STJ – AGRESP 584808/PE – 1ª Turma – Rel. Ministro JOSÉ DELGADO – j. 05/02/2004 – DJ 03/05/2004, p.119, grifos nossos.

sujeita ao prévio recolhimento da penalidade imposta¹⁵⁶.

É importante destacar que as perdas e danos previstos no artigo 79 do Código de Processo Civil contemplam tanto as decorrentes dos danos patrimoniais, como as dos danos extrapatrimoniais.

Anote-se, ainda, que a multa prevista no artigo 81 da lei adjetiva civil é aplicável apenas “aquele que litiga de má-fé como autor, réu ou interveniente” (Art. 79., do Código de Processo Civil), não alcançando, portanto, a figura de seu patrono:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. *O ressarcimento dos danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverá ser verificado em ação própria, não cabendo, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, a condenação do advogado nas penas a que se refere o art. 18 do Código de Processo Civil.* 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar da sentença a condenação do advogado do recorrente nas penalidades do artigo 18 do CPC¹⁵⁷.

¹⁵⁶ STJ – 4ª Turma – AgREsp nº 583317/RS – Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR – J. 18/03/2004 – DJ 10/05/2004, grifos nossos.

¹⁵⁷ STJ - REsp: 1194683 MG 2010/0089496-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 26/08/2010, grifos nossos.

5. AS INFRAÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NO ESTATUTO DA ADVOCACIA E NO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

5.1. Das infrações disciplinares previstas no EAOAB:

A Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), estabelece as hipóteses de infração disciplinar em que pode incorrer o advogado:

Art. 34. Constitui infração disciplinar: (*omissis*)

VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; (*omissis*)

XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa;

XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

Assim, constitui infração disciplinar imputável ao advogado no exercício de sua função “advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior” (Art. 35., VI da Lei nº 8.906/94).

Outro expediente reprovável, consistente em infração disciplinar em que pode incorrer o advogado diz respeito a deturpação do “teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa” (Art. 35., XIV da Lei nº 8.906/94).

O advogado ainda poderá incorrer em infração administrativa sempre que “prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (Art. 35., XVII da Lei nº 8.906/94).

5.2. Dos deveres impostos aos advogados pelo código de ética e disciplina da OAB:

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por seu turno, impõe aos advogados os seguintes deveres:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. *São deveres do advogado: (omissis)*

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, *lealdade*, dignidade e *boa-fé*; *(omissis)*

Art. 6º *É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.*

Assim é que, por exemplo, o manejo recursal por parte do advogado com o intuito meramente procrastinatório do feito fere, a um só tempo, previsões do Código de Processo Civil, do Estatuto da Advocacia e da OAB, e do Código de Ética e Disciplina da OAB.

6. MECANISMOS INIBITÓRIOS À LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

6.1. Da multa por litigância de má-fé prevista na lei adjetiva civil

Em complemento aos artigos 79 e 80 do Código de Processo Civil dispõe o artigo 81¹⁵⁸, que:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§1o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§2o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§3o *O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.* (grifos nossos)

Assim é que o magistrado tem o poder-dever de aplicar a multa em estudo à parte que litigar de má-fé, como ocorre na hipótese de interposição de “recurso com intuito manifestamente protelatório.” (Art. 80., VII do Código de Processo Civil).

Trata-se de matéria de ordem pública, cogente, portanto, a atuação do órgão julgador, no sentido de dissuadir, quando não admoestar o “autor, réu ou interveniente” (Art. 79., do Código de Processo Civil) que pretenda ou que tenha

¹⁵⁸ Conforme já foi dito neste trabalho a multa em análise não alcança a figura do advogado, limitando-se ao “autor, réu ou interveniente” (Art. 79. do Código de Processo Civil).

deixado de “comportar-se de acordo com a boa-fé” (Art. 5º., do Código de Processo Civil), no processo.

Observe-se que a multa a ser fixada pelo magistrado deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa. Acaso o valor da causa seja módico ou inestimável a multa por litigância de má-fé, poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o salário mínimo.

A despeito disso, e para além da multa em estudo, o litigante de má-fé indenizará o adverso pelos prejuízos que este suportou, sendo a indenização fixada pelo magistrado.

Quando não for possível a sua fixação, proceder-se-á ao arbitramento ou ao procedimento comum, dentro dos próprios autos. A indenização em comento será ainda acrescida de honorários advocatícios e de todas as despesas que se viu o prejudicado obrigado a efetuar.

Demais a mais, quando houver mais de um litigante de má-fé “o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.” (Art. 81., § 1º do Código de Processo Civil).

Para além dessas disposições, aplicáveis a quaisquer recursos protelatórios, o parágrafo único do artigo 1.026 do Digesto Processual Civil estabelece que:

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

§ 2º *Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.*

§3o Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4o Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios. (grifos nossos)

Aqui, se deve destacar que aos embargos de declaração protelatórios¹⁵⁹ se aplica a multa do artigo em comento, e não aquela prevista no já estudado artigo 81 da lei adjetiva civil.

Na hipótese em comento, a dos embargos de declaração protelatórios, deverá o órgão julgador condenar, em decisão fundamentada, o embargante em multa que não excederá a 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Acaso o litigante de má-fé reitere os embargos protelatórios à multa será elevada a valor que não excederá a 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. No entanto, à interposição de qualquer outro recurso ficará condicionada

¹⁵⁹ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO COLEGIADA. DESCABIMENTO. ART. 535, I E II, DO CPC. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO INEXISTENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I. O voto condutor do acórdão apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo embargante. II. Conforme a jurisprudência do STJ, "não cabe Agravo Regimental contra Acórdão proferido por Seção julgadora. Impossibilidade de aplicação do Princípio da Fungibilidade, por consistir em erro grosseiro. Precedentes" (STJ, AgRg no REsp 1.410.839/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 11/06/2014). III. Inexistindo, no acórdão embargado, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo do embargante com as conclusões do decisor. IV. Consoante orientação desta Corte, "os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade, contradição ou erro material. A concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração somente pode ocorrer em hipóteses excepcionais, em casos de erro evidente. Não se prestam, contudo, para revisar a lide. Hipótese em que a irrisignação da embargante resume-se ao mero inconformismo com o resultado do julgado, desfavorável à sua pretensão, não existindo nenhum fundamento que justifique a interposição dos presentes embargos" (STJ, EDcl no REsp 850.022/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJU de 29/10/2007). V. Embargos de Declaração rejeitados. (STJ - EDcl no AgRg no RMS: 41766 SP 2013/0094516-5, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 07/08/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2014).

ao depósito prévio do valor respectivo, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

Destaque-se, por fim, que “não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.” (Art. 1.026., § 2º do Código de Processo Civil).

6.2. Das sanções disciplinares aplicáveis aos advogados:

A Lei nº 8.906/94 em seus artigos 35 e 36 ainda prevê sanções aos advogados que incorrem em qualquer das hipóteses de infração disciplinar.

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

I - censura;

II - suspensão;

III - exclusão;

IV - multa.

Parágrafo único. As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I - *infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;*

II - *violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;*
(omissis)

Parágrafo único. A censura pode ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante. (grifos nossos)

Assim é que embora a multa por litigância de má-fé prevista no artigo 81 da Lei Instrumental Civil não alcance a figura do advogado, está este suscetível à admoestação disciplinar por seu órgão de representação. Logo, em socorro ao direito individual constitucionalmente assegurado à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).

Sempre que se: “advogar contra literal disposição de lei” (Art. 35., VI da Lei nº 8.906/94); com deturpação do “teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa” (Art. 35., XIV da Lei nº 8.906/94); sempre que se “prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (Art. 35., XVII da Lei nº 8.906/94); que se furtar o advogado em atuar com “veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé” (Art. 2º., II do Código de Ética e Disciplina da OAB); ou expondo “fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé” (Art. 6º., do Código de Ética e Disciplina da OAB).

Deverá o órgão julgador, independentemente de requerimento da parte prejudicada, por se tratar de matéria de ordem pública, determinar seja oficiado o Conselho Seccional do local da infração disciplinar, ou o Conselho Federal a depender do caso concreto.

PROCESSO CIVIL. RECURSO
PROTELATÓRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ
RECONHECIDA. ART. 17, INCISOS V/VII DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO
REGIMENTAL EM EMBARGOS
DECLARATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE
RECURSO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO
COLEGIADA. RECURSO TERATOLÓGICO.
ERRO GROSSEIRO. AUSÊNCIA DE
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
FUNGIBILIDADE. CONDENAÇÃO EM
MULTA POR *RECURSO MANIFESTAMENTE
INFUNDADO E INADMISSÍVEL. EXPEDIÇÃO
DE OFÍCIO À OAB.*

I - Reconhece-se a litigância de má-fé, com espeque no art. 17, incisos V a VII do Código de Processo Civil, dado o modo temerário de agir.

II - Não cabe agravo regimental contra decisão colegiada, sendo certo que é vedado conhecimento do recurso aviado como embargos declaratórios, com aplicação do princípio da fungibilidade recursal, porque é erro grosseiro e inescusável a interposição de agravo regimental contra acórdão de órgão Colegiado, sendo sua previsão exclusiva para atacar decisão monocrática do Relator.

III - Sendo o agravo manifestamente inadmissível, bem como infundado, condena-se o agravante a pagar ao agravado multa fixada em 4% (quatro por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor, nos precisos termos do art. 557, § 2º do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n.º 9.756/98.

IV - Recurso não conhecido com aplicação de multa¹⁶⁰.

No tocante a competência para o processamento de infração disciplinar, dispõe o artigo 70 da Lei nº 8.906/94, que:

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

¹⁶⁰STJ - AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag: 186620 MG 1998/0028712-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/04/2000, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/06/2000 p. 95, grifos nossos.

Demais disso, o procedimento administrativo para a apuração de eventual falta disciplinar do advogado “instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.” (Art. 72, da Lei nº 8.906/94).

CONCLUSÕES

Este artigo estima ser de extrema relevância para os operadores do Direito em tempos atuais. O manejo das espécies recursais pode estar atrelado ao legítimo direito ao inconformismo da parte sucumbente. Bem como de maneira sádica, pode ser instrumento pelo qual o vencido empreende ver retardado ou frustrado direito de seu adverso.

Por seu turno, essa nefasta segunda hipótese colide com a vontade do Constituinte Originário que erigiu à categoria de direito individual a razoável duração do processo e meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Bem assim se choca com a vontade do Constituinte Derivado que no Código de Processo Civil estabeleceu ser dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo comportar-se com de acordo com a boa-fé.

Daí surge à necessidade de estudar os mecanismos inibitórios a tal conduta processual perniciososa, com especial atenção a figura do advogado que é imune à multa instituída pela lei adjetiva civil para a hipótese de litigância de má-fé.

A despeito da reprimenda pecuniária encartada pelo Código de Processo Civil não alcançar a figura do advogado, dispõe o órgão julgador ou qualquer interessado de expediente apto a encetar o competente procedimento administrativo disciplinar junto ao Conselho Seccional ou Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dependendo da hipótese concreta. Esta poderá resultar na admoestação do advogado litigante de má-fé.

Para ministros do Superior Tribunal de Justiça a litigância de má-fé desvirtua a ampla defesa. Nesta Corte os ministros têm enfrentado situações que demonstram haver cada vez menos tolerância com a litigância de má-fé. O Tribunal tem se dedicado a reduzir tanto o acervo quanto a duração dos processos em trâmite, e a tentativa de meramente procrastinar o desfecho judicial, além de não encontrar abrigo na jurisprudência, é vista como anti-profissionalismo.

Há mecanismos desestimuladores do manejo recursal com fins protelatórios do feito, tanto para as partes, como ocorre quando da aplicação da multa prevista no Código de Processo Civil, quanto para os seus procuradores, em razão do disposto no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e

Disciplina da OAB. Tais reprimendas têm assumido relevo na Corte Superior de Justiça.

Por fim, é importante que os demais órgãos julgadores assimilem que o manejo recursal para à procrastinação da entrega da prestação jurisdicional desvirtua a ampla defesa, malferindo, o também direito individual a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pelo que deve ser veementemente repudiado.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 11. ed., revista e atualizada. São Paulo: Método, 2013.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I: teoria geral e processo de conhecimento. 2. ed., atualizada. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- BRASIL. Lei 8.906/94. *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Art. 17, Vii, do CPC*. Lei nº 9.668/1998. AGRESP 584808/PE. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 05/02/04.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag.REsp nº 583317/RS*. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 10/05/04.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1194683 MG 2010/0089496-3*. Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no RMS: 41766 SP 2013/0094516-5*. Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 07/08/2014, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/08/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag: 186620 MG 1998/0028712-4*. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/04/2000, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/06/2000 p. 95.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- DE PAULA, Alexandre Sturion. *Elementos para segurança jurídica no ativismo judicial processual*. Revista do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 1, n. 3, set./dez. 2008.
- ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&fin=9&tipo=2>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- FRANÇA. *Constitution de la République Française*. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- FRANÇA. *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- ITÁLIA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- MORRESI, Sergio. *Pactos e Política: o modelo lockeano e a ocultação do conflito*. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/17_morresi.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2015.

OLIVEIRA, André Pinto de Souza. *A teoria da tripartição dos poderes no âmbito dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos pátrios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1522, 1 set. 2007.

Disponível em:

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10337>>.

Acesso em: 7 mar. 2011.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

WEFFORT, Francisco C (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1. Ed. 11. Ática, São Paulo, 1999.

_____. *Interposição de recursos: para ministros do STJ litigância de má-fé desvirtua ampla defesa*. Última instância, 2013. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/59723/para+ministros+do+stj+litigancia+de+ma-fe+desvirtua+ampla+defesa.shtml>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

Recife/PE, em 02/01/2015.
Júlio Wagner do Couto e Silva
(61) 8374-4870
adv.juliowagner@gmail.com

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL, NORMAS JURÍDICAS

*Luiz Vitor Pereira Filho*¹⁶¹

RESUMO

O Processo Administrativo Federal é regulamentado pelo Decreto Lei n.º 70.235 de 6 de março de 1972, recepcionado pelo ordenamento jurídico tributário de 1988 como Lei Ordinária. Nesta senda, foi instaurado um procedimento próprio, com estrita garantia aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, com a instrumentalidade de impugnações, recursos voluntários e manifestação de inconformidade, tema do Capítulo I. No Capítulo II, estão as questões adstritas ao procedimento administrativo com dicção normativa no Decreto n.º 7.574 de 29 de setembro de 2011, que finalmente regulamentar o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Não podendo deixar de ressaltar a Portaria MF 203 de 14 de maio de 2012 que Aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que prever a revisão de lançamento tributário, com o título de manifestação de inconformidade. O Capítulo III trata questões pertinentes ao Código Tributário Nacional, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966 foi recepcionado como Lei Complementar, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insculpido efeitos suspensivo ao procedimento administrativo fiscal, uma vez instaurado, nos termos do artigo 151, inciso III do referido regramento jurídico tributário, que possibilita a discursão do lançamento tributário antes de sua constituição definitiva. Evitando, desta forma, a constrição patrimonial de forma injusta e improcedente. O Recurso Voluntário é julgado pelo CARF _ Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com que de acordo com a PORTARIA Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009, estatui o Regimento Interno e dá outras providências. Segue anexo, também o cronograma do CARF, que ajuda entender sua composição. Formando, assim, o Capítulo IV. E por fim, de forma subsidiária, a Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que consagrou os

¹⁶¹ Advogado Tributarista na Vitor, Cardoso & Marques Advogados Associados S/S - Vitor Teles & Cardoso Advogados Associados S/S.

princípios fundamentais, traçando regras gerais, que não havia anteriormente no sistema jurídico administrativo, tema do Capítulo V. A representação criminal, prescrita no artigo 83 da Lei n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996, com escólio na Súmula Vinculante n.º 24, do Supremo Tribunal Federal. Que estabeleceu não tipificar crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo, o contencioso fiscal. Ilidindo inúmeras injustiças, por erros e até mesmo arbitrariedades da Autoridade Fiscal.

Palavras-chave: Procedimentos Administrativo Fiscal, Direitos e Garantias Fundamentais, Ato Administrativo Normativo. Suspensão, Recursos Administrativos. Impugnação. Recurso Voluntário. Embargos de Declaração. Recurso Especial. Representação Penal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico não tem finalidade e exaurir o tema proposto, mas nos limites de sua propositura, introduzir, especificamente, os procedimentos administrativos tributários quanto à legitimidade, impugnação, consulta tributária, manifestação de inconformidade (revisão de lançamento) e recurso voluntário, recurso especial e embargos de declaração, no âmbito administrativo.

Inicialmente, importante consignar que o Processo Administrativo Federal é prescrito pelo Decreto Lei n.º 70.235 de 6 de março de 1972, recepcionado pelo ordenamento jurídico tributário de 1988 como Lei Ordinária. Nesta senda, foi instaurado um procedimento próprio, com estrita garantia aos direitos fundamentais do contribuinte advindos do novo sistema jurídico tributário instaurado, em razão da nova Constituição de 1988, com a instrumentalidade de impugnações, recursos voluntários, consulta tributária e manifestação de inconformidade, que recebe nova conotação lógica sistemática.

Nos termos dos enunciados normativos do artigo 1º do Decreto Lei n.º 70.235/1972 o procedimento administrativo tributário é formado por determinação e exigência dos créditos tributários da União e procedimento de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, que passamos a analisar as questões fundamentais.

Os Atos e Termos Processuais estão delineados nos artigos 2º, 3º e 4º do referido regramento jurídico, prescrevendo que não havendo prescrição normativa os atos serão realizados, unicamente, os indispensáveis à sua finalidade, sem espaço em branco, e sem entrelinhas, rasuras ou emendas não

ressalvadas. Nota-se que utilizou a concepção de processo em vez de procedimentos.

Conquanto, adotamos o termo procedimento em razão de melhor adequação. Não diminuindo o repositório valorativo da expressão e importância à instância administrativa para solucionar os conflitos tributários entre Fisco e Contribuintes. Isso em razão da especialidade material que é empregada, que em muitos casos não é encontrada no próprio controle judicial dos atos administrativos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello nos procedimentos administrativos há precedência dos atos administrativos, que tornam condições indispensáveis para o desenvolvimento daquele, completando-se conseqüentemente, *ipsis verbis*:

Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subsequentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disso, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incidível.

Com a nova redação dada pela Lei n.º 12.865/2013, parágrafo único do artigo 2º do Decreto Lei n.º 70.235/1970 sofreu alteração para possibilitar que os atos e termos processuais poderão ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital, conforme disciplinado em ato da Administração Pública Tributária, plenamente vinculada.

Estabeleceu, a norma jurídica tributária, o prazo de trinta dias para a Autoridade Competente realize os atos que são de sua incumbência, na jurisdição que pertença, por solicitação de outra autoridade preparadora ou julgadora, devendo, ainda o servidor praticar seus atos no prazo de oito dias, nos termos dos enunciados normativos dos artigos 3º e 4º do epígrafado regramento jurídico.

Importante destacar que os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento, tendo como termo inicial ou encerramento no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

1. CONSULTA TRIBUTÁRIA

Antes de ingressar no procedimento fiscal tributário contencioso, importante ressaltar a consulta tributária sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado, que em meio e um emaranhado de normas jurídicas possibilita, em tese, maior segurança jurídica e possibilita evitar o contencioso fiscal.

A previsão normativa da consulta tributária está nos enunciados normativos dos artigos 46 e 58 do Decreto Lei n.º 70.235/1972, artigos 48 e 50 da Lei n.º 9.430/1996, artigos 88 e 102 do Decreto 7.574/2011, regulamentada pela Instrução Normativa SRF n.º 740/2007 e Instrução Normativa n.º 1.396/2013, prescrevendo legitimidade para o contribuinte, sujeito passivo da relação jurídica, os órgãos da administração pública, as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais.

O domicílio tributário do contribuinte ou sujeito passivo atrai a competência da entidade incumbida de administrar o tributo para responder à consulta realizada, que deverá ser feita por escrita. A norma jurídica foi garantista ao afastar a instauração de procedimento fiscal em detrimento do contribuinte ou sujeito passivo postulante, relativo à matéria objeto da consulta. Possibilitando a denúncia espontânea até o trigésimo dia subsequente a cientificarão de seu conteúdo, de forma definitiva, ou seja, se esgotado única.

Entretanto, não há suspensão do prazo para recolhimento do tributo, seja ele retido na fonte ou auto-lançado, sequer da respectiva obrigação acessória. Não constitui força constrictiva para recolhimento do tributo, que deixou de ser efetiva durante o período de consulta, compreendidos o interstício entre a ciência das decisões de instância única e do recurso especial.

Importante ressaltar que a garantia de que nenhum procedimento fiscal será instaurado, afeta unicamente, no caso de consulta formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional, os associados ou filiados, não abrangendo toda a classe econômica ou profissional. Situação fática semelhante ao do mandado de segurança coletivo

Conquanto, a inobservância dos requisitos normativos formais de admissibilidade e não cumprimento dos ônus inerente ao procedimento, os efeitos da consulta não se consubstanciam.

Entre os requisitos formais de admissibilidade podemos enumerar: (01) a forma escrita, não admitida a forma verbal ou por atestarão; (02) o objeto deve versar sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado, não sendo admitida a hipótese tributária em que o sujeito passivo não está submetido; (03) legitimidade, o sujeito passivo da relação jurídica, os órgãos da administração pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais; (04) domicílio tributário do consulente, devendo ser realizada ao órgão local da entidade incumbida de administrar o tributo; (05) a consulta tem que haver clareza e precisão e descrever, de forma completa ou exatamente, a hipótese a que se referir, pois se não contiver os elementos necessários à sua

solução, salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora, haverá sua inadmissão de plano.

Há também os requisitos subjetivos ao consulente para admissão do procedimento de consulta tributária, e.g. a inercia deste em promover as medidas necessárias para impulsionar o desenvolvimento do procedimento administrativo de consulta, relativos ao fato objeto da consulta, em prazo hábil, após devidamente cientificando, princípio da publicidade, incorre na preclusão temporal. No caso de existir procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada, com relação ao consulente; ou quando o fato já houver sido objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente; bem como quando o fato estiver disciplinado em ato normativo, publicado antes de sua apresentação, é questionável porque pode ser objeto até mesmo da consulta e deve ser de suporte normativo para a resposta.

A norma foi taxativa ao incluir na hipótese de inadmissibilidade, o fato definido ou declarado em disposição literal de lei. Esta é sem dúvida uma incógnita porque a norma tributária é complexa. É uma alteração constante e não é una, pois é formada por um emaranhado de normas que nem sempre se convergem harmonicamente.

Existe ainda, a hipótese restritiva ao fato definido como crime ou contravenção penal. Não há como recepcionar pelo ordenamento jurídico porque a própria súmula vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal prescreve que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Logo, como pode ser inadmitida a consulta antes da análise material.

A instrução do procedimento administrativo de consulta deve ser realizada pelo órgão da entidade fiscal encarregado da administração do tributo, como já exposto, nos requisitos de admissão. O julgamento é realizado em instância única no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, isso em razão das alterações prescritas a Lei n.º 9.430/1996. Excluiu a segunda instância, gerando constante divergência, ficando definido que a competência para solucionar a consulta ou declarar sua ineficácia, na forma disciplinada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Poderá assim, ser atribuída à unidade central ou à unidade descentralizada. A norma impediu a interposição de recurso, até mesmo do pedido de reconsideração da solução da consulta ou do despacho que declarar sua ineficácia.

Conquanto, a divergência existente entre as consultas tributária realizada, fundada em idêntica norma jurídica, cabe a interposição de recurso especial,

porém sem efeitos suspensivos, e será encaminhada para a Divisão de Controle Aduaneiro (Diana) da SRRF, quando se tratar de classificação de mercadoria, ou à Divisão de Tributação (Disit) da SRRF, nos demais casos, nos termos do artigo 6º, inciso V da Instrução Normativa SFB n.º 740 de 2 de maio de 2007 e Coordenação de Tributação (Cosit), nos termos do artigo 7º da Instrução Normativa SFB n.º 1.396/2013.

O ônus existência de divergência sobre idênticas situações é de quem interpuser o recurso, ficando o juízo de admissibilidade do recurso realizado na forma disciplinada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Neste corolário, o artigo 16, § 2º, da Instrução Normativa SFB n.º 740/2007, delineava que a competência para admissibilidade do recurso pela Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil do domicílio tributário do recorrente. Não caberia recurso do despacho denegatório da divergência, dos processos administrativos de consulta sobre interpretação da legislação tributária e aduaneira relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e sobre classificação de mercadorias.

Com o advento da Instrução Normativa da RFB n.º 1.396/2013, alterou-se a competência dos processos administrativos de consulta sobre interpretação da legislação tributária e aduaneira relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e sobre a classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzem variações no patrimônio. Ficando o juízo de admissibilidade do recurso especial e da representação de competência da Disit ou da Cosit (Coordenação-Geral de Tributação).

Inaugura-se o procedimento fiscal com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto, com a apreensão de mercadorias, documentos ou livros e com o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. Portanto, o início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. Ficam sem efeito os termos do artigo 138 do Código Tributário Nacional. Este possibilita a denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração, excluindo a penalidade administrativa.

O CARF consignou em seus acordão que os efeitos da denúncia espontânea não alcançam a penalidade decorrente do não cumprimento das obrigações acessórias, conforme Súmula CARF n.º 49, *ipsis verbis*:

Súmula CARF n.º 49: A denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional) não alcança a penalidade decorrente do atraso na entrega de declaração. Acórdão n.º CSRF/04-00.574, de 19/06/2007 Acórdão n.º 192-00.096, de 06/10/2008 Acórdão n.º 192-00.010, de 08/09/2008 Acórdão n.º 107-09.410, de 30/05/2008 Acórdão n.º 102-49.353, de 10/10/2008 Acórdão n.º 101-96.625, de 07/03/2008 Acórdão n.º 107-09.330, de 06/03/2008 Acórdão n.º 107-09.230, de 08/11/2007 Acórdão n.º 105-16.674, de 14/09/2007 Acórdão n.º 105-16.676, de 14/09/2007 Acórdão n.º 105-16.489, de 23/05/2007 Acórdão n.º 108-09.252, de 02/03/2007 Acórdão n.º 101-95.964, de 25/01/2007 Acórdão n.º 108-09.029, de 22/09/2006 Acórdão n.º 101-94.871, de 25/02/2005.

2. IMPUGNAÇÃO E RECURSO VOLUNTÁRIO

A lavratura do Auto de Infração deve ser realizada com estrita observância aos requisitos formais prescrito no artigo 10 do Decreto Lei n.º 70.235/1072, prevendo a impugnação no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do inciso V do referido dispositivos normativos, *ipsis verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do atuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Da mesma forma a notificação de lançamento deve constar o prazo para impugnação, nos termos do artigo 11, inciso II do Decreto Lei n.º 70.235/1072, *ipsis verbis*:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Inobstante, para Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez Lopez a norma jurídica (Decreto n.º 70.235/1972) estabeleceu distinções entre intimações e notificação, isso porque esta não visa ordena que se faça ou deixe fazer algo, imbuída de levar ao conhecimento do contribuinte a existência de um ato específico (lançamento), consagrando o princípio da publicidade, *ipsis verbis*:

Notificação, na terminologia adotada pelo Decreto n.º 70.235/72, tem acepção distinta da intimação, porquanto não visa ordenar que se fizesse ou deixe

de fazer algo, mas, apenas, levar ao conhecimento da parte interessada ato específico, qual seja: o lançamento fiscal. Daí entender-se que, no processo administrativo fiscal, o termo notificação está vinculado à comunicação do ato de lançamento.¹⁶²

Dessarte, a impugnação é a primeira instrumentalidade que o contribuinte ou parte interessada tem para se opor ao a imposição do Auto de Infração ou o lançamento do crédito tributário, com efeitos suspensivos que possibilita a discursão sem a constituição de mora e constrição patrimonial.

Como consignou Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez Lopez, o julgamento de primeira instância era singular, passando a ser colegiado com advento da novel redação do artigo 64 da Medida Provisória n.º 2.113-30 de 26 de abril de 2001, posteriormente pela Medida Provisória n.º 2.158-35 de 24 de agosto de 2001, regulamentada pela Portaria n.º 258 de 24 de agosto de 2001, *ipsis verbis*:

Com o advento do artigo 64 da Medida Provisória nº 2.113-30, de 26 de abril de 2001 – posteriormente Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e pela Portaria MF nº 258, de 24 de agosto de 2001, o julgamento de primeira instância deixou de ser singular, passando a sê-lo por Colegiados, ou turmas, composto cada um deles por cinco julgadores, conforme comentários a seguir.¹⁶³

Essa instrumentalidade de defesa possibilita o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios essenciais do direito administrativos, tendo como parte interessada ou legítima o próprio contribuinte ou terceiro solidário, podendo fazer representar por advogado ou por qualquer outro representante legal. Fazendo do profissional contábil o principal articulador para a defesa do contribuinte ou para fornecer suporte fático e técnico para elaboração desta.

A fase litigiosa é inaugurada com a impugnação, formalizada por escrito e devendo ser instruída com todos os documentos que fundamentar a defesa do interessado, devendo ser apresentada ao órgão preparador. Fixando, o prazo de trinta dias, contada da que for realizada a intimação ou notificação, nos termos dos artigos 14 e 15 do Decreto Lei n.º 70.235/1972.

A impugnação, nos termos do artigo 16 do Decreto n.º 70.236/1972, deverá conter endereçamento da autoridade julgadora, qualificação do

¹⁶² NEDER, Marcos Vinicius. LOPEZ, Maria Tereza. Processo administrativo fiscal federal. 3ª Edição. São Paulo. Dialética. 2010. p. 234.

¹⁶³ NEDER, Marcos Vinicius. LOPEZ, Maria Tereza. Processo administrativo fiscal federal. 3ª Edição. São Paulo. Dialética. 2010. p. 375.

impugnante, os motivos de fato e fundamentos jurídicos, especificando os pontos de discordância e as provas, as diligências ou perícias deseja realizar, com exposição dos motivos que justifique, devendo, no caso de perícia apresentar os quesitos e o nome, endereço e qualificação profissional do perito, sob pena de preclusão temporal. A norma prescreve ainda, que a matéria que esteja sob litígio judicial dever ser informação com a juntada da cópia da petição inicial (art. 16, V do Decreto n.º 70.235/1972).

Apesar de ser taxativa quanto ao momento de juntada das provas documentais, nos termos do § 4º do artigo 16 do Decreto Lei n.º 70.235/1972, que estabelece que devam ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, exceto que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, ou, destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

A impugnação, no âmbito da administração pública federal, poderá ser proposta em qualquer das Agências da Receita Federal do Brasil – ARF, competente para executar as atividades de atendimento ao contribuinte, que recepcionará as declarações, requerimentos, manifestações de inconformidade, impugnações e recursos voluntários, nos termos do artigo 231 da Portaria MF n.º 203 de 14 de maio de 2012. Serão responsáveis pelo encaminhamento para as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ, com jurisdição nacional. Estas quem compete conhecer e julgar em primeira instância, depois de instaurado o litígio, especificamente, impugnações e manifestações de inconformidade.

Após a decisão de primeira instância, sendo improcedente total ou parcialmente, caberá recurso voluntário para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no prazo de trinta dias, nos termos do artigo 33 do Decreto n.º 70.236/1972, a parti da ciência da decisão, cujos efeitos serão suspensivos. A faculdade do contribuinte, não exercida, não exclui a apreciação pelo poder judiciário, assegurando o direito e garantia fundamental de acesso à justiça.

Inobstante, a impugnação em primeira instância é condição de admissibilidade para interposição do recurso voluntário.

O processamento do recurso voluntário será julgado no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno, Portaria n.º 256 de 22 de junho de 2009.

3. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Apesar de não haver previsão normativa expressa para a manifestação de inconformidade no Decreto n.º 70.235/1972, esta foi amplamente tratada no Regulamento o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, Decreto n.º 7.574 de 29 de setembro de 2011, com previsão, também, no Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, Portaria MF n.º 203 de 14 de maio de 2012.

Consubstancia-se essa proposição no princípio da verdade material no processo administrativo federal, como esclarece Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, que afirma que esse princípio é o vetor mais marcante da distinção entre o processo administrativo e a jurisdicional, isso porque a Administração Pública deve observar outros princípios, tais como da oficialidade e do informalismo, que estão subsumidos a mesma legenda, *ipsis verbis*:

O Princípio da Verdade Material, em sua acepção ampla, é o vetor mais marcante da distinção entre a jurisdição judicial e a administrativa, considerando-se que outros princípios igualmente próprios do processo administrativo fiscal a ele se conectam, ou podem ser lidos como facetas desse mesmo postulados: o Princípio da Oficialidade e do Informalismo, estariam subsumidos a essa mesma legenda¹⁶⁴.

4. REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL

As questões adstritas ao procedimento administrativo com dicção normativa no Decreto n.º 7.574 de 29 de setembro de 2011, que finalmente regulamentar o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Não podendo deixar de ressaltar a Portaria MF 203 de 14 de maio de 2012 que que Aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que prever a revisão de lançamento tributário, com o título de manifestação de inconformidade.

¹⁶⁴ CONRADO, Paulo Cesar (Coordenador). ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. PROCESSO TRIBUTÁRIO ANALÍTICO. Volume II. São Paulo. Noesses. 2013. p. 05.

O regulamento de uma norma jurídica tem por finalidade assegurar a estrita observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade, continuidade, indisponibilidade, autotutela, supremacia do interesse público sobre o privado, igualdade, eficácia, motivação e razoabilidade. Que para Diogenes Gasparini assegura fiel cumprimento da lei, *ipsis verbis*:

O ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar chama-se regulamento. Pode, em nosso ordenamento, ser definido como o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la. Por essa definição vê-se que o Direito Positivo brasileiro só admite o regulamento de execução, isto é, o regulamento destinado à fiel execução da lei, consoante prescreve o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal¹⁶⁵.

Um dos pontos mais importantes do Decreto n.º 7.574/2011 é a sistemática de sua instituição, principalmente no que se refere à formação de provas, que instituiu com hábeis para comprovar a verdade dos fatos todos os meios de provas que são admitidas em direito, em estrita observância ao artigo 332 do Código de Processo Civil. Refutando as provas obtidas por meios ilícitos, nos termos da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 30, que Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A presunção de veracidade da escrituração mantida com observância das prescrições legais dos fatos registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, constitui prova a favor do contribuinte na relação jurídica tributária, nos termos artigo 9º, §§ 1º e 2º do Decreto Lei n.º 1.598 de 26 de dezembro de 1977 *c/c* o artigo 26 do Decreto n.º 7.574/2011, *ipsis verbis*:

Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou

¹⁶⁵ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 15ª Edição. Atualizada por: MOTTA, Fabricio. São Paulo. Editora Saraiva. 2010. p. 175.

esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

(...)

Art. 26. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do sujeito passivo dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 9º, § 1º).

Parágrafo único. Cabe à autoridade fiscal a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no caput (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 2º).

A referida regra jurídica também regulamentou o arrolamento de bens, prescrito no artigo 64 da Lei n.º 9.532/1997. Estabeleceu que este ocorreria por ofício, como prescrito na soma originária, procedido pelo chefe da unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil responsável pela exigência do crédito tributário e será obrigatório se o crédito tributário for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

Existe ainda, a revisão do lançamento que o Regimento Interno da Receita Federal do Brasil e o Decreto n.º 7.574/2011 conceberam a denominação de manifestação de inconformidade e maior conotação normativa que do Decreto Lei n.º 70.235/1972. Este que pode ser proposto a qualquer

momento, desde que instruídos das provas materiais substanciais, quando erro de fato ou as arguições pertinentes, quanto erro de direito.

A maior dúvida é a existência ou não de efeitos suspensivos, em cujos quais não são expressos os respectivos regulamentos. Contudo, não afastado os efeitos suspensivo, isso porque constada a improcedência do crédito tributário, não pode compelir o Contribuinte a pagar o tributo sem antes ter a revisão concebida em sua amplitude legal, desde que, abarrotado em provas que comprometam o lançamento tributário efetivado.

Luiz Martins Valero arguiu que existe diferença entre o caráter inquisitório do procedimento arbitrário, para o jurista este se desenvolve sob o manto da ilegalidade, quanto aquele é velado pela legalidade, *ipsis verbis*:

Não há que se confundir procedimento inquisitório com procedimento arbitrário, porque aquele se processa sob o manto da legalidade objetiva. O caráter inquisitório do procedimento está em que, nesta fase, não se admitem as penas garantias do contraditório e da ampla defesa que são reservados para a fase litigiosa (fase processual, inaugurada com a impugnação ao lançamento tributário)¹⁶⁶.

Nesta concepção é possível entender e repelir a legalidade da fase da formação dos procedimentos, onde o fisco não admite o contraditório e a ampla defesa, formando provas unilaterais. O que ocasiona lesões ao contribuinte ainda maior, porque os atos da administração pública são revestido pela presunção da veracidade dos fatos. Logo, mesmo oportunizado em fase posterior o contraditório e a ampla defesa ao contribuinte, não altera os danos já existente, como e.g. o arrolamento administrativos dos bens do autuado, que poderia ser evitado se houvesse oportunidade de melhor esclarecimento dos fatos substanciais. Pois, não é possível assegurar a ampla defesa se o contribuinte não tem voz, não pode sequer prestar os devidos esclarecimentos, logo, a formação abrupta do Auto de Infração com erros de fato, pode ser evitado, já que estes pode ser revisto até mesmo de ofício pela própria Autoridade Administrativa Competente.

¹⁶⁶ TORRES, Heleno Taveira (coordenador). VALERO, Luiz Martins. Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicado. São Paulo. Quartier Latin. 2005. p. 243.

Proposição extraída da Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, que consignou que a Administração Pública pode anular seus próprios atos, isso porque deles não se originam direitos, *ipsis verbis*:

Súmula 473: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL.

Destarte, podemos afirmar, apesar de haver, ainda, ausência convergências sistêmica dos procedimentos administrativos, houve grande avanço na esfera federal com relação aos procedimentos administrativos tributário, tornando uma ferramenta importante para o contribuinte, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Até porque, como veremos no Capítulo IV, o Conselho Administrativo de Recurso Fiscal tem se tornado um órgão administrativo com grande mérito de especialização, em razão de uma composição intelectual e comprometida. Podemos até discorda de posições assumidas, mas não podemos afastar a construção lógica e sistêmica de seus julgados.

5. EFEITO SUSPENSIVO DAS IMPUGNAÇÕES, RECURSO VOLUNTÁRIO E MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

O Código Tributário Nacional, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 foi recepcionado como Lei Complementar, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insculpido efeitos suspensivo ao procedimento administrativo fiscal, uma vez instaurado, nos termos do artigo 151, inciso III do referido regramento jurídico tributário, que possibilita a discursão do lançamento tributário antes de sua constituição definitiva. Evitando, desta forma, a constrição patrimonial de forma injusta e im procedente, *ipsis verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

Aufere-se que nos enunciados normativos do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações (impugnações) e recursos, nos termos prescrito nas normas jurídica que regem os procedimentos administrativos tributários é concebido os efeitos suspensivos.

Nos enunciados normativos dos artigos 33 e 56 do Decreto Lei n.º 70.235/1972 e artigos 73 e 74 do Decreto n.º 7.574/2011, delineou os efeitos suspensivos para o recurso voluntário, seja ele total ou parcial da decisão singular, *ipsis verbis*:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

(...)

Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência.

Decreto n.º 7.574/2011:

Art. 73. O recurso voluntário total ou parcial, que tem efeito suspensivo, poderá ser interposto contra decisão de primeira instância contrária ao sujeito passivo, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da decisão (Decreto no 70.235, de 1972, art. 33).

Art. 74. O recurso voluntário total ou parcial, mesmo perempto, deverá ser encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção (Decreto no 70.235, de 1972, art. 35).

Conquanto, é óbvia a existência dos efeitos suspensivo na primeira instância nos termos dos enunciados normativos do artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional. De acordo com Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez Lopez os efeitos suspensivos são concebidos nos termos do artigo 151 do CTN, incorrendo, também a prescrição intercorrente, nos moldes daquela reconhecida pelo Poder Judiciário, situação fática análoga e lógica, que consagra o princípio da segurança jurídica, *ipsis verbis*:

No Direito Tributário, esse conceito está associado à ideia de cobrança pela Fazenda Nacional do crédito tributário já regulamente constituído. Alguns contribuintes, entretanto, reportam-se à prescrição mesmo antes da decisão definitiva no contencioso administrativo, quando o crédito tributário ainda está sendo discutido administrativamente e sua exigibilidade suspensa por determinação do artigo 151 do CTN. É a chamada prescrição intercorrente, nos moldes do que é conhecido pelo judiciário, e tem seu fundamento na excessiva demora no julgamento dos recursos administrativos pela repartição fazendária. Diante da inércia do credo do tributo de solucionar a demanda do contribuinte, pleiteia-se a perda do

direito de realizar a cobrança depois de transcorrido mais de cinco anos do lançamento¹⁶⁷.

Não restando dúvida os efeitos suspensivos, tendo na doutrina como na própria concepção jurídica da Administração Pública Federal, em se tratando da instrumentalidade de impugnação administrativa em prazo hábil.

De acordo com culto professor Paulo de Barros Carvalho, o que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não do próprio crédito, este fica incólume, aguardando unicamente os efeitos da exigibilidade para Fazenda Pública iniciar as diligências de sua gestão, para receber o que lhe é devida, *ipsis verbis*:

Por exigibilidade havemos de compreender o direito que o credor tem de postular, efetivamente, o objeto da obrigação, e isso tão só ocorre, como é óbvio, depois de tomada todas as providências necessárias à constituição da dívida, com o lavratura do ato de lançamento tributário. No período que antecede tal expediente, ainda não se tem o surgimento da obrigação tributária, inexistindo, conseqüentemente, crédito tributário, o qual nasce com o ato do lançamento tributário. Ocorrendo alguma das hipóteses previstas no art. 151 da Lei n. 5.172/66, aquilo que se opera, na verdade, é a suspensão do teor da exigibilidade do crédito, não do próprio crédito que continua existindo tal qual nascera. Com a celebração do ato jurídico administrativo, constituidor da pretensão, afloram os elementos básicos que tornam possível a exigência: a) identificação do sujeito passivo; b) apuração da base de cálculo e da alíquota aplicável, chegando-se ao quantum do tributo; e c) fixação dos termos e condições em que os valores devem ser recolhidos. Feito isso, começa o período de exigibilidade. A descrição concorda bem como os atributos que dissemos ter o ato jurídico administrativo do

¹⁶⁷ NEDER, Marcos Vinicius. LOPEZ, Maria Tereza. Processo administrativo fiscal federal. 3ª Edição. São Paulo. Dialética. 2010. p. 421.

lançamento: presunção de legitimidade e exigibilidade. Com ele, inicia a Fazenda Pública as diligências de gestão tributária, para receber o que de direito lhe pertence. É o lançamento que constitui o crédito tributário e que lhe confere foros de exigibilidade, tornando-o susceptível de ser postulados, cobrados, exigidos¹⁶⁸.

É sem dúvida uma garantia fundamental do Contribuinte, que possibilita a discursão acurada da hipótese tributária, sem a continuidade das cobranças inerente ao respectivo lançamento tributário. O CARF consignou em sua jurisprudência a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mesmo por medida judicial, não impede a lavratura do auto de infração, *ipsis verbis*:

SÚMULA CARF Nº 48: A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração. Acórdão nº CSRF/02-03.257, de 30/06/2008 Acórdão nº 101-96910, de 17/09/2008 Acórdão nº 107-09452, de 13/08/2008 Acórdão nº 204-03122, de 07/04/2008 Acórdão nº 101-96492, de 06/12/2007 Acórdão nº 202-18012, de 22/05/2007 Acórdão nº 106-15548, de 24/05/2006.

6. O CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, RECURSO VOLUNTÁRIO, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E RECURSOS ESPECIAL

O Recurso Voluntário é julgado pelo CARF _ Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com que de acordo com a PORTARIA Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009, estatui o Regimento Interno e dá outras providências. Segue anexo, também o cronograma do CARF, que ajuda entender sua composição.

A estrutura Administrativa do Conselho Administrativo de Recursos Federais – CARF é formado pela: 1. Presidência - Presi {2}; 1.1 Serviço de Assessoria Técnica e Jurídica – Astej {2}; 2. Seções de Julgamento - Sejl {2}; 2.1 Assessoria Técnica - Astec 2.2 Serviço de Seção – Sesej; 2.3 Presidência de

¹⁶⁸CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Ano: 2010. p. 506-507.

Câmara – Prcam; 2.3.1 Equipe de Apoio de Câmara – Secam; 3. Secretaria Executiva – Secex; 3.1 Assistência Técnica Administrativa – Astad; 3.2 Serviço de Logística – Selog; 3.2.1 Equipe de Gestão de Atividades Auxiliares – Geaux; 3.3 Serviço de Controle de Julgamento – Secoj; 3.3.1 Equipe de Gestão de Processos Fiscais – Gepaf; 3.3.2 Equipe de Movimentação de Processos Fiscais - Movep{2}; 3.4 Serviço de Documentação e Informação – Sedoc; 3.5 Serviço de Tecnologia da Informação – Seinf; 3.6. Equipe de Gestão e Desenvolvimento Organizacional - Gdorg{2}.

Já a estrutura de julgamento dos recursos fiscais é formada por três Seções, compostas por 4 (quatro) Câmaras cada, estas integradas por turmas ordinárias e especiais. Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), formada por 3 (três) turmas. Existindo o pleno da CSRF, com competência de editar (apreciar proposta) de enunciado de súmula quando se tratar de matéria que, por sua natureza, for submetida a duas ou mais turmas. Ao Pleno da CSRF compete, ainda, a uniformização de decisões divergentes, em tese, das turmas da CSRF, por meio de resolução e, por proposta do Presidente, dirimir controvérsias sobre interpretação e alcance de normas processuais aplicáveis no âmbito do CARF.

A composição das Sessões é formada, cada uma, por quatro Câmaras. Sendo que as Câmaras são divididas em turmas ordinárias e turmas especiais de julgamento, com seis integrantes cada turma, tanto a ordinária quanto a especial, sendo três representantes da Fazenda Nacional e três representantes dos contribuintes. Não iremos exaurir a competência de cada órgão administrativo julgador, pois não é o objetivo deste artigo, mais de analisar as instrumentalidades que o cidadão comum pode utilizar, já que o preparo e distribuição do referido órgão administrativo julgador instrui o processo de acordo com suas atribuições. Tornando relevante conhecimento, com maior profundidade, para eventuais nulidades de competência, em razão da especialidade. Isso porque a competência dos órgãos julgadores do CARF o julgamento de recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e serão especializadas por matéria.

Conquanto, o Presidente do CARF, poderá propor ao Pleno da CSRF julgar, temporariamente, estendendo a especialização estabelecida para outra Seção de julgamento, visando à adequação do acervo e à celeridade de sua tramitação. Contudo, importante ressaltar que a existência de processos pendentes de julgamento, nos quais os lançamentos tenham sido efetuados com base nos mesmos fatos, inclusive no caso de sujeitos passivos distintos, os

processos poderão ser distribuídos para julgamento na Câmara para a qual houver sido distribuído o primeiro processo.

Existe, ainda, os recursos que pode ser interpostos contra as decisões proferidas pelos colegiados do CARF, que são os Embargos de Declaração e o Recurso Especial, não sendo admitido pedido de reconsideração das decisões dos colegiados.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Dessarte, os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão pelo conselheiro do colegiado, pelo contribuinte, responsável ou preposto, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão.

Visando a eficiência dos resultados o presidente da Turma poderá designar conselheiro para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração, evitando assim a continuidade de recursos protelatórios e intempestivos. É definitivo o despacho do presidente que declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da turma em caso contrário.

Existe a interrupção do prazo para interposição de recurso especial, se os embargos de declaração opostos tempestivamente e sendo admitido. Todos e qualquer resultado será dato ciência ao embargante, com homenagem ao princípio da publicidade.

8. RECURSO ESPECIAL

O recurso especial é de competência da CSRF, por suas turmas, julga-lo, interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF. Não sendo admitido recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância. Por esta razão o

seguimento do recurso especial interposto pelo contribuinte se a matéria tiver sido objeto prequestionada, ficando este incumbido de demonstrá-la.

O prazo para interposição do recurso especial é de 15 (quinze) dias contados da data da ciência da decisão. A competência do juízo de admissibilidade é do presidente da câmara recorrida, que em despacho fundamentado julgará satisfeitos os requisitos ou não. Uma vez admitido o recurso especial será cientificado a parte contrária para no prazo de 15 (quinze) dias oferecer contrarrazões.

9. NORMAS GERAIS E SUBSIDIARIA DO PROCEDIMENTO FISCAL ADMINISTRATIVO.

E por fim, de forma subsidiária, é aplicado à Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que consagrou os princípios fundamentais, traçando regras gerais, que não havia anteriormente no sistema jurídico administrativo.

O referido regramento jurídico consagrou os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Enquanto nos termos do artigo 151, inciso III do CTN os efeitos suspensivos são regra, na Lei n.º 9.784/1999 é exceção, nos termos do artigo 61, *ipsis verbis*:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

A suspensão da exigibilidade do crédito não tributário deve ser concebida pela Autoridade julgadora, com supedâneo no princípio da segurança jurídica, que é, sem dúvida, uma das vias mestras do Estado Democrático de Direito, e sua convalescia com o nulo ou anulável é provável causar dano maior do que manter o status quo, in verbis:

Segurança jurídica – o princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho, um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para Almiro do Couto e Silva, um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele esta visceralmente ligada à exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vias mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”. A Lei 9.784, acima referida determina a obediência ao princípio da segurança jurídica (art.1º).

Como uma das consequências dessa determinação, ao tratar da interpretação da norma administrativa, essa lei veda textualmente a “aplicação retroativa de nova interpretação” (inc. XIII parte final, do parágrafo único do art. 2º). Aliás, a aplicação retroativa da nova interpretação seria contrária até mesmo ao princípio da moralidade administrativa.

Estudioso desse princípio, Almiro do Couto e Silva, no artigo já citado e em outro, quando trata do ato nulo frente ao princípio da segurança jurídica, ensina que “no Direito Público, não constitui um excrescência ou uma aberração admitir-se a sancionatória ou o convalidamento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado, mas que após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se

dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país”.

Embora dando maior destaque ao princípio da boa-fé ou da confiança do administrado na Administração e dizendo que entre eles, no fundo, existe complementação recíproca como a da segurança jurídica, Juarez Freitas, em excelente estudo, chega ao mesmo entendimento, demonstrando que os juristas Sabra Fagundes e Miguel Reale são do mesmo posicionamento. Como diz o STF, a “essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitar situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão (seja ele servidor público ou não), representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio”.

Não temos dúvida em sufragar esses posicionamentos, valendo notar que eles encontram supedâneo no próprio princípio da moralidade administrativa e, como visto, na norma infraconstitucional do inc. XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784, de 29.1.99.

A moralidade aqui é semelhante à “boa-fé subjetiva” do Direito Privado, denotando um “estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao Direito” ou “a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular”¹⁶⁹.

Observando ainda os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, que ao tratar dos pormenores da segurança jurídica, em específico o ato administrativo, asseverando a necessidade dos requisitos da competência, finalidade, forma, motivação e objeto, in verbis:

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivação e objeto. Tais componentes pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou gestão¹⁷⁰.

¹⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por: AZEVEDO, Euciro de Andrade. ALEXIO, Dêlcio Balestra. FILHO, José Emmanuel Burle. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 34ª Edição. São Paulo. Malheiros Editora. 2008. ps. 99-100.

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por: AZEVEDO, Euciro de Andrade. ALEXIO, Dêlcio Balestra. FILHO, José Emmanuel Burle. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 34ª Edição. São Paulo. Malheiros Editora. 2008. ps. 153-154.

10. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL

A representação criminal prescrita no artigo 83 da Lei n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996, só pode ser realizada após a constituição em definitiva do crédito tributário, com escólio na Súmula Vinculante n.º 24, do Supremo Tribunal Federal. Que estabeleceu não tipificar crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo, o contenciosos fiscal. Ilidindo inúmeras injustiças, por erros e até mesmo arbitrariedades da Autoridade Fiscal.

Neste corolário, nos termos do artigo 47 do Decreto n.º 7.574/2011, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil formalizará representação fiscal penal, que será realizada em autos separados.

A representação penal será protocolizada simultaneamente na lavratura do auto de infração, sempre que o procedimento de fiscalização resultar na lavratura de auto de infração relativo a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese, nos termos do artigo 1º do Decreto no 2.730, de 10 de agosto de 1998.

As condutas ilícitas são aquelas: (01) crime contra a ordem tributária tipificada nos arts. 1o ou 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990; (02) crime de contrabando ou de descaminho tipificado no art. 334 do Decreto-Lei no 2.848, de sete de dezembro de 1940 - Código Penal; (03) crime contra a Previdência Social tipificado nos arts. 168-A ou 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 1940.

Os enunciados normativos do artigo 48 do Decreto n.º 7.574/2011, prescreve que a representação será formalizada e protocolada no prazo de até 10 (dez) dias contada da constituição do crédito tributário, ocasionando o arquivamento pela decisão administrativa de extinção do crédito tributário ou pagamento, *ipsis verbis*:

Art. 48. As representações fiscais para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, definidos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 1940 - Código Penal acrescentados pela Lei no 9.983, de 14 de julho de 2000, serão formalizadas e protocolizadas em até dez dias contados da data da

constituição do crédito tributário, devendo permanecer no âmbito da unidade de controle até que o referido crédito se torne definitivo na esfera administrativa, respeitado o prazo para cobrança amigável (Lei no 9.430, de 1996, art. 83).

Parágrafo único. Caso o crédito tributário correspondente ao ilícito penal seja integralmente extinto pelo julgamento administrativo ou pelo pagamento, os autos da representação, juntamente com cópia da respectiva decisão administrativa, quando for o caso, deverão ser arquivados.

Quando a representação fiscal para fins penais relativa a contrabando ou descaminho, delineados no artigo 334 do Código Penal, nos termos do artigo 49 do Decreto n.º 7.574/2011, *ipsis verbis*:

Art. 49. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando ou descaminho, definidos no art. 334 do Decreto-Lei no 2.848, de 1940 - Código Penal, será formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de lavratura até o final do prazo para impugnação.

§ 1º Se for aplicada a pena de perdimento de bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida, a representação de que trata o caput deverá ser encaminhada pela autoridade julgadora de instância única ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de dez dias, anexando-se cópia da decisão.

§ 2o Não aplicada a pena de perdimento, a representação fiscal para fins penais deverá ser arquivada, depois de incluir nos autos cópia da respectiva decisão administrativa.

Os servidores da Secretária da Receita Federal do Brasil devem, de ofício, formalizar a representação para fins penais, perante os titulares das unidades centrais, superintendentes, delegados ou inspetores da Secretaria da Receita Federal do Brasil aos quais estiverem vinculados, sempre que identificarem situações que, em tese, configurem crime contra a administração pública federal ou em detrimento da Fazenda Nacional, nos termos do artigo 51 do Decreto n.º 7.574/2011, *ipsis verbis*:

Art. 51. Além dos casos de representação previstos no art. 47, os servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, observadas as atribuições dos respectivos cargos, deverão formalizar representação para fins penais, perante os titulares das unidades centrais, superintendentes, delegados ou inspetores da Secretaria da Receita Federal do Brasil aos quais estiverem vinculados, sempre que identificarem situações que, em tese, configurem crime contra a administração pública federal ou em detrimento da Fazenda Nacional.

§ 1o A representação de que trata o caput deverá ser:
I - levada a registro em protocolo pelo servidor que a elaborar, no prazo de dez dias, contados da data em que identificar a situação caracterizadora de crime;

II - remetida no prazo de dez dias, contados da data de sua protocolização, ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal.

§ 2o Deverá ser dado conhecimento da representação ao titular da unidade do domicílio

fiscal do sujeito passivo, na hipótese de o servidor formalizar representação perante outra autoridade a quem estiver vinculado.

Conquanto, a ratificação de crime contra a ordem tributário prescrita no artigo 1º da Lei n.º 8.137/90, só ocorrerá subsunção da norma ao fato depois de encerrado o processo administrativo contencioso quando, conforme Súmula Vinculante n.º 24, *ipsis verbis*:

SÚMULA VINCULANTE 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Em uma situação fática complexa como na tipificada, como crime material contra a ordem tributária, não há segurança jurídica razoável para o oferecimento da denúncia criminal, até que a situação seja analisada integralmente no âmbito administrativo e seja resguardado o direito do devido processo legal e a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

Em um sistema tributário complexo, com imensa variedade de normas jurídicas esparsas que disciplina as diversas hipóteses de incidência tributária, é imperativa a existência e regras regulamentadoras garantidoras, contrabalanceando as regras do jogo. O que em muitas das vezes é desleal e submente o sujeito passivo, contribuinte, que gera empregos e produz riquezas para todo país, a situação fática insuportável que vem sendo contida com perdões fiscais, anistias e benefícios fiscais. Que não evolui a condição alguma.

A Fazenda Pública possui instrumento exacerbado para cobrança dos créditos tributários, em relação ao cidadão comum, com norma executiva própria, que ainda requer garantia integral para interposição de Embargos à Execução Fiscal, no processo judicial.

Mesmo com garantia e privilégios que o crédito tributário é velado, a equação deve ser contrabalanceada com procedimento que possibilite o sujeito passivo a conter os excessos cometidos. A garantia assegura a proteção do direito,

como instrumento de sua efetividade, colocando o devido processo legal como uma garantia constitucional de acordo com Hugo de Brito Machado, *ipsis verbis*:

Feita essa ressalva em atenção ao pluralismo de ideias, diremos que a garantia destina-se a proteção do direito. É um instrumento de sua efetividade. Enquanto o direito pode ser sentido em si mesmo, a garantia só tem sentido como proteção do direito. Por isto é que se coloca do devido processo legal como uma garantia constitucional. Por meio dela e Constituição protege os titulares de direitos contra a violação destes. E essa proteção é mais efetiva, porque se entende o devido processo legal como um princípio constitucional. Mais, portanto, que uma simples regra jurídica, ele tem conteúdo bem mais abrangente, que se manifesta, aliás, por meio de diversas regras específicas, explícitas ou implícitas no texto da Constituição, albergando garantias que já estão de algum modo nele contidas¹⁷¹.

Miguel Reale já advertia que a estrutura lógica da norma jurídica abrangia unicamente determinadas categorias, estando ausente para regular a conduta do Estado, *ipsis verbis*:

Entendemos, porém, que essa estrutura lógica corresponde apenas a certas categorias de normas jurídicas, como, por exemplo, às destinadas a reger os comportamentos sociais, mas não se estendia a todas as espécies de normas como exemplo, às de organização, às dirigidas aos órgãos do Estado ou às atribuições, na ordem pública ou privada. Nestas espécies de normas nada é dito de forma condicional ou hipotética, mas sim categórica, excluindo qualquer condição¹⁷².

¹⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2ª Edição. São Paulo. Editora: Atlas. Ano: 2009. p. 293

¹⁷² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Ano 2002. p. 94.

A importância de regras de condutas para a Administração Pública é indispensável em Estado Democrático de Direito, de forma que assegure o pleno desenvolvimento e equilíbrio das relações jurídicas.

Ives Gandra da Silva Martins consignou a ausência de um dispositivo que realmente limite o poder de tributar, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isso porque o projeto final aprovado pelo Plenário houve sensível prevalência da voracidade fiscal, *ipsis verbis*:

Nem por isto representa nítida limitação ao poder de tributar. Nas discussões que tiveram lugar entre o anteprojeto inicial da Subcomissão de Tributos e o projeto final aprovado pelo Plenário, houve sensível prevalência da voracidade fiscal - que caracteriza os políticos brasileiros - sobre os direitos dos contribuintes, que os sustentam¹⁷³.

Contudo, para isso é preciso julgadores que detenham independência e com liberdade para julgar, evitando assim mais um privilégio da Fazenda Pública Federal. Dessarte, a especialidade dos julgadores perfilhada com esse requisito fundamental constitui um Estado Democrático de Direito, com direitos e garantias fundamentais ao Cidadão, sujeito passivo da relação jurídica tributária.

E por fim, a consciência do sujeito passivo de seus direitos e garantias fundamentais, para questionar, se opor e aplicar o sistema jurídico tributário, em estrita observância aos princípios fundamentais de valores e objetivos delineadores do direito. Consagrados na Constituição da República Federativa de Direito, mas que ainda necessita de definições práticas.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Ano: 2010.
- CONRADO, Paulo Cesar (Coordenador). ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. *Processo Tributário Analítico*. Volume II. São Paulo. Noesses. 2013.

¹⁷³MARTINS, Ives Gandra da Silva. Uma Teoria do Tributo. São Paulo. Editora Quartier Latin. Ano: 2005. p. 361.

- TORRES, Heleno Taveira (coordenador). VALERO, Luiz Martins. *Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.
- NEDER, Marcos Vinicius. LOPEZ, Maria Tereza. *Processo administrativo fiscal federal*. 3ª Edição. São Paulo. Dialética. 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 2ª Edição. São Paulo. Editora: Atlas. Ano: 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma Teoria do Tributo*. São Paulo. Editora Quartier Latin. Ano: 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por: AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALEXIO, Délcio Balestra. FILHO, José Emmanuel Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Edição. São Paulo. Malheiros Editora. 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo. Ed. Malheiros. 2012.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Ano 2002.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 15ª Edição. Atualizada por: MOTTA, Fabricio. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS DE IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED

*Marcos da Silva Carrilho Rosa*¹⁷⁴

RESUMO

O Sistema Público de Escritura Digital, instituído pelo Estado brasileiro, se converteu em uma revolução não apenas tecnológica no Sistema Tributário Nacional, como também revolucionou procedimentos de fiscalização e apuração de tributos. Constituindo “*obrigações acessórias correlatas*” aos contribuintes, além daquelas classificadas pelo art. 113 do Código Tributário Nacional. Essas novas obrigações denotam-se um pouco exacerbadas em alguns aspectos, ocasionando aparente violação a princípios constitucionais como o da livre iniciativa, da livre circulação de pessoas e bens e do não confisco. Competem à Administração Tributária atenuar ou sistematizar de forma mais compassada a implantação do sistema, priorizando o direito à informação dos micros, pequenos e médios contribuintes. Compete, ainda, aos contribuintes aferir o limite de impacto financeiro direto e indireto das obrigações acessórias, sua correlação com as obrigações principais e o grau de exposição a potenciais sanções comissivas ou omissivas.

Palavras-chave: Direito Tributário, Obrigações Acessórias, Sistema Público de Escrituração Digital, Inconstitucionalidades.

INTRODUÇÃO.

O Sistema Público de Escrituração Digital, constituído pelo Decreto Federal n. 6.022, de 22 de Janeiro de 2007, (BRASIL, 2007), fora instituído no cenário normativo e administrativo brasileiro como um conjunto de mecanismos tecnológicos para alcançar uma melhor eficiência dos órgãos gestores de tributos, tanto para atacar a evasão fiscal, quanto para reduzir custos de arrecadação e fiscalização. A necessidade de ampliação de investimentos públicos que se contrapõe ao modelo tributário usual brasileiro que prioriza a

¹⁷⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2012). Atualmente é *partner* na Silva Carrilho Rosa Advocacia Corporativa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: política, direito internacional, cidadania, direito societário e empresarial.

sistemática de ampliação das alíquotas, se converteram em elementos catalizadores dos sistemas SPED Contábil, SPED Fiscal e Nota Fiscal eletrônica.

De fato, não remanescem dúvidas de que o uso de ações manuscritas ou mecânicas na contabilidade acarretam dificuldades na atualização dos registros contábeis, não se admitindo a existência de demora no registro dos fatos contábeis a partir do surgimento de novas tecnologias. A partir daí que, no âmbito da Administração Pública, passou a se defender o conceito de e-Governo (FERREIRA E ARAÚJO, 2000), por meio do qual com o uso de práticas envolvendo tecnologias da informação e comunicação – TIC, seriam supridas necessidades vinculadas à necessidade de melhoria de serviços para a sociedade.

Contudo, ao programar um sistema que demasiadamente amplia ou modifica obrigações acessórias concernentes à entrega de informações para comprovação da quitação do tributo, a Autoridade Tributária Federal acaba por ocasionar uma revolução no Sistema Tributário Nacional em curto prazo. Submetem-se deste modo, os atuais contribuintes a bruscas alterações em sua estrutura gerencial e ocasionando receio aos potenciais empresários de exercerem a livre iniciativa empresarial e às sociedades estrangeiras de virem a exercer alguma atividade econômica no Brasil.

O exemplo recente identificado no âmbito da República Argentina, em que após o atual Presidente Mauricio Macri empreender uma drástica redução de tributos ocorreu um crescimento na arrecadação de impostos, denota que a busca pela eficiência da Administração deve permear outros setores além da ampliação da sanha arrecadatória, tanto mais porque a pretensão de aumento exacerbado da quantidade ou complexidade de obrigações acessórias pode ser interpretado como vulneração ao texto constitucional brasileiro, especialmente no que se refere aos princípios da livre iniciativa, do não confisco e da livre circulação de pessoas e bens, hipótese aventada de forma modesta no âmbito do presente artigo.

1. O SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL E O E-GOVERNO.

Como dito inicialmente, o Governo Brasileiro em 22 de Janeiro de 2007 implantou o projeto denominado SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), inicialmente voltado para integração de sistemas de arrecadação e fiscalização, mediante o racionamento de práticas e ações do Fisco, além do uso de políticas de Tecnologia da Informação e Comunicação, com o aparente

intuito de racionalizar e uniformizar obrigações acessórias para os contribuintes. Com isto, foram implantados três iniciais e grandes programas a saber:

- ***ECD – Escrituração Contábil Digital:*** Seria a escrituração digital dos Livros Diário e Razão, bem assim Livros auxiliares; do Livro Balancetes, do Balanço e eventuais fichas de lançamento.
- ***EFD – Escrituração Fiscal Digital:*** Seria a junção em um arquivo digital dos documentos fiscais e dos registros e apurações dos impostos referentes às operações e prestações do contribuinte.
- ***NF-e – Nota Fiscal Eletrônica:*** Seria um sistema para emissão e registro eletrônico das Notas Fiscais, com o objetivo de documentar para fins fiscais a circulação de mercadorias e da prestação de serviços.

Com o funcionamento do sistema SPED, os contribuintes deixariam em princípio de enviar aos diversos órgãos declarações em papel, bastando uma única remessa de informações digitais para uma base unificada de dados, compartilhada entre as diversas autoridades tributárias das três esferas de Governo, a municipal, a estadual e a federal.

Já a partir da implantação do sistema SPED, se observaram as primeiras alterações no cotidiano gerencial das organizações, pois além da implantação da Nota Fiscal Eletrônica, em 19 de Novembro de 2007, foi veiculada a Instrução Normativa n. 787/2007 da Receita Federal do Brasil, que juntamente com a Resolução n. 1020 do Conselho Federal de Contabilidade, trouxeram ao arcabouço normativo a figura da Escritura Contábil Digital de responsabilidade dos profissionais da contabilidade, com Livros contábeis agora eletrônicos e que seriam subscritos digitalmente pelos profissionais competentes, com o uso de certificados digitais (assinatura eletrônica).

O Certificado Digital é um arquivo eletrônico de identificação que se presta como verdadeira assinatura do seu titular. Tem validade jurídica no âmbito do território nacional quando emitido por autoridade certificada no âmbito do ICP Brasil¹⁷⁵, de forma a garantir a privacidade de transações,

¹⁷⁵ ICP significa Infra-estrutura de Chaves Públicas, equivalente a PKI – Public Key Infrastructure, foi instituída no Brasil por meio da Medida Provisória 2200-2 de 2001 e regulamentada pelo Decreto 3996 de 2001. Acabou sendo ratificada pela edição da Lei Federal n. 11.419 de 2006 que normatizou o processo judicial eletrônico no Brasil. É uma estrutura de certificadores denominados Autoridades Certificadoras – AC, as quais por meio de técnicas de informática, criptografia e sistemas de informação conseguem assegurar a

integridade de mensagens, autenticidade dos emissores e receptores, segurança e origem e integridade dos documentos.

Como visto, a simples implantação do sistema SPED em sua versão embrionária, já impôs aos contribuintes modificarem suas estruturas de gestão internas. Deste modo passou-se a possuir um sistema informatizado qualificado, capaz de produzir em meio digital as demonstrações contábeis e as informações fiscais nos padrões solicitados pelo Fisco, todos contando com Certificados Digitais de identificação com possibilidade de aferição de autenticidade de origem e conteúdo dos dados.

2. AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS E O SISTEMA SPED.

Noutra esfera de análise do arcabouço normativo tributário nacional, se constata a existência das obrigações denominadas acessórias. Como consabido, as obrigações tributárias, segundo o disposto no art. 113 do Código Tributário Nacional¹⁷⁶, (BRASIL, 1966), podem se dividir em principais e acessórias, segundo a primeira circunscrita ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, com impacto patrimonial sobre o contribuinte.

De outra forma, as obrigações tributárias acessórias se convertem em prestações negativas ou positivas impostas aos contribuintes pela autoridade fiscal, visando atender os interesses de fiscalização e arrecadação e o seu simples descumprimento já podem caracterizar a constituição de uma obrigação principal, por exemplo, uma multa, contribuindo em algumas situações ainda para a apuração via arbitramento de tributos diversos.

A instituição do Sistema Público de Escrituração Digital, de certo, reduziu ou extinguiu algumas obrigações acessórias, a exemplo da extinção da Declaração DIPJ para as pessoas jurídicas, da extinção de alguns Livros de Notas

identidade de um usuário de mídia eletrônica ou a autenticidade de um determinado documento conservado em mídia eletrônica.

A estrutura de chaves públicas no Brasil é verticalizada, sendo existente uma autoridade certificadora central, sobre a qual se edificam os demais sistemas das diversas Autoridades Certificadores, denominada AC-Raiz, cujo papel é instituído pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.

¹⁷⁶ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Fiscais substituídos pelo sistema NF-e e NFS-e, e da extinção da DACON – Demonstração de Apuração de Contribuições Sociais.

Contudo, outras obrigações acessórias e obrigações correlatadas foram criadas, como a Escrituração Fiscal Digital – EFD das Contribuições, a Escrituração Fiscal Digital – EFD do IPI/ICMS e a obrigatoriedade de emissão e registro de Certificado Digital para acesso às bases fiscais e emissão de documentos como a Nota Fiscal Eletrônica.

A título exemplificativo, o advogado tributarista militante poderá enumerar, sem prejuízos de outros, alguns equívocos formais na gestão das “*obrigações acessórias correlatas*” em uma nova era tecnológica do Sistema Tributário Nacional, a saber:

- Não declarar corretamente os valores devidos e respectivas quotas de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre Lucro Líquido, nos campos próprios dos sistemas SPED, gerando cobrança de valor integral como quota única;
- Deixar de declarar informações que podem ser facilmente apuradas em simples cruzamento com outras declarações já transmitidas ao Fisco;
- Erros de digitação indicando valores a maior ou a menor do quanto efetivamente obrigado o contribuinte;
- Utilização de créditos em PER/DCOMP (processos fiscais eletrônicos) antes da validação apropriada pelo sistema SPED nas obrigações acessórias pertinentes;
- Recolhimentos sem indicação correta de dados do contribuinte em sistema, impossibilitando a vinculação do crédito existente para respectivas compensações ou quitação de tributos.

Sem maiores conhecimentos técnicos de sistemas de informação, ao homem de conhecimento médio já recai a conclusão de que “*obrigações acessórias*

correlatas ou indiretas” foram instituídas pelo Fisco. Uma vez que, ao contribuinte, foi imposta a obrigação de investimentos em informática e sistemas, especialmente para apuração eletrônica dos fatos contábeis para registro mediante certificado digital dos mesmos e para emissão de Notas Fiscais Eletrônicas de saída de produtos ou prestação de serviços. Além de registro de Notas Fiscais Eletrônicas recebidas, registro e gerenciamento fidedigno do Inventário para os contribuintes obrigados ao seu controle, conciliação bancária eficaz entre os sistemas das instituições financeiras e os sistemas de gestão dos contribuintes, entre outros.

3. POTENCIAIS INCONSTITUCIONALIDADES NAS NORMAS IMPLANTADORAS DO SISTEMA SPED.

Diante deste cenário de imposição de novas obrigações tributárias diretas e indiretas sobre os contribuintes, em curto ou médio prazo, não podem os operadores do direito deixar de avaliar este fenômeno social sob o prisma constitucional.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, prescreve o preceito segundo o qual *“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social (...)”* (BRASIL, 1966). Quanto a este preceitos, são observados os princípios da *propriedade privada* (inciso II) e *redução das desigualdades regionais e sociais* (inciso VII), sendo certo afirmar que, segundo o Parágrafo Único do mesmo art. 170, *“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (BRASIL, 1966).

Ora, quanto a interpretação do noticiado dispositivo constitucional, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentara entendimento de que *“(...) É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. (...)”*¹⁷⁷, ressaltando que *“A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política*

¹⁷⁷ (STF - ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau)

*(RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade*¹⁷⁸.

A constituição de um Sistema Público de Escrituração por meio Digital que impõe aos contribuintes, a aquisição de Certificados Digitais, de sistemas de informática complexos e a contratação de serviços de terceiros para treinamento e operação de aspectos vinculados à operação dos sistemas contábeis, pode se convergir numa óbice ao exercício da livre iniciativa. Isso por que, uma vez que os empreendedores visualizarão por certo estes elementos como entraves à implantação da atividade empresarial, por se tratarem de obrigações que não poderão ser facilmente adimplidas com o mero auxílio de profissionais contábeis, reivindicando uma equipe multidisciplinar.

Em análise perfunctória, portanto, poderia se identificar certo grau de inconstitucionalidade a partir de uma primeira análise da implantação do sistema denominado SPED. Mas a análise não para por aí, uma vez que o art. 150, V, também da Constituição Federal, afirma ser vedado aos entes públicos “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”.

Sem adentrar na polêmica atinente à circulação de bens e atentando-se ao fenômeno de circulação de pessoas, infere-se que o texto constitucional não estabeleceu limitação no termo jurídico utilizado. Havendo-se que interpretar a livre circulação garantida como sendo de pessoas físicas que exerçam a atividade econômica, seja na condição de empregados ou de empreendedores e gestores das pessoas jurídicas.

Se assim o é, o princípio da livre circulação instituído pelo art. 150, V, da Carta Magna deve ser avaliado sob o prisma normativo nacional vigente e de acordo com a atual integração brasileira às normativas internacionais, em especial aquelas oriundas do MERCOSUL¹⁷⁹. Neste sentido, é necessário relembrar que o Decreto n. 6.975, de 07 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), promulgou e ratificou o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, Bolívia e Chile. Assinou por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em

¹⁷⁸ (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello)

¹⁷⁹ Mercosul – Mercado Comum do Sul: Se trata de uma organização intergovernamental fundada a partir de 1991 com o Tratado de Assunção e visa a integração econômica e social. Fora constituído inicialmente pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, tendo a adesão posteriormente da Venezuela e da Bolívia, sendo que a última aguarda ratificação em seu parlamento. Atualmente possui sede na cidade de Montevideo, no Uruguai e conta com diversos organismos.

Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, garantindo a igualdade em matéria de direitos civis individuais e o direito de transferência de capital. Neste contexto resta claro a possibilidade do exercício de trabalho ou do exercício do empreendedorismo pelos cidadãos “*mercossulinos*”, assim classificados como os nacionais dos países integrantes do Acordo retro indicado.

Todavia, ao estabelecer uma efetiva revolução tecnológica no Sistema Tributário Nacional mediante a implantação do SPED, a autoridade fiscal como dito acima modificou o cumprimento de algumas obrigações acessórias, atraindo obrigações tecnológicas correlatadas cujo domínio vem gradualmente sendo recepcionado pelos contribuintes nacionais, mas que poderá se constituir, em tese, em óbice à deflagração do empreendedorismo por estrangeiros em geral, inclusive aqueles oriundos de países integrantes do bloco MERCOSUL. A título exemplificativo, não se afigura razoável a um cidadão argentino ou uruguaio, com direito a exercício de atividades empresariais no Brasil e que realiza uma compra ou venda singular, impor a aquisição de um Certificado Digital apenas válido no Brasil ou o registro nos sistemas de Nota Fiscal Eletrônica para emissão ou recepção de um único documento fiscal.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, pouco tem se observado recentemente em termos de discussões jurisdicionais no tocante à interpretação do art. 150, V, da CF quanto à circulação de pessoas frente às práticas impositivas ou restritivas do Fisco. É possível que com o avanço da implantação pragmática das normativas do Mercado Comum da América do Sul as dificuldades dos contribuintes se convertam em contendas a serem examinadas no âmbito da Corte Constitucional brasileira.

Finalmente, ainda se observa outra potencial pecha de inconstitucionalidade derivada da edição das normas do Sistema Pública de Escrituração Digital. As quais redundem em excesso de constituição de obrigações principais punitivas, ou seja, multas derivadas do inadimplemento de algumas das obrigações acessórias por ocasião de sua complexidade tecnológica, o que poderia se caracterizar em indireto confisco.

O excelso Supremo Tribunal Federal em tempos outros quanto a interpretação do art. 150, IV, da Constituição da República, afirmou que

(...) A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela

Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O poder público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais¹⁸⁰.

Ora, se a autoridade fiscal responsável pela operacionalização e fiscalização do SPED detém um sistema informatizado, dotado de capacidade de cruzamento de múltiplos dados em milissegundos, terá plenas condições de automaticamente apurar quase que simultaneamente a ocorrência de omissões de obrigações acessórias. Assim sendo, identificar a existência de obrigações tributárias principais que sequer houveram sido identificadas pelo contribuinte, por ocasião de controvertida ou divergente análise dos fatos contábeis.

CONCLUSÃO

A deflagração de uma revolução tecnológica pelo Fisco, sob a liderança das autoridades tributárias federais, mas acompanhado pelas autoridades estaduais e municipais. Reivindica cautela dos contribuintes para avaliar a extensão e natureza das obrigações acessórias impostas no âmbito do Sistema Público de Escrituração Digital, de forma a aferir o limite de impacto financeiro direto e indireto, sua correlação com as obrigações principais e o grau de exposição a potenciais sanções comissivas ou omissivas.

A partir destas análises será possível identificar a ocorrência ou não de potenciais inconstitucionalidades das normativas do sistema, muitas das quais de

¹⁸⁰ (ADI 1.075-MC, rel. min. Celso de Mello)

natureza essencialmente administrativa e consubstanciada em Decretos, Regulamentos, Instruções Normativas e Ordens de Serviço.

Em contraparte, à Administração Tributária é de bom alvitre atenuar ou sistematizar de forma mais compassada a implantação do sistema, priorizando o direito à informação do micro, pequenos e médios contribuintes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Decreto n. 6.022 de 22 de janeiro de 2007*. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital – Sped. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jan. 2007.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Decreto n. 6.975 de 07 de outubro de 2009*. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 out. 2009.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei 5.172 de 25 de Outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1966.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007b*. Institui a escrituração contábil digital. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 nov. 2007.
- FERREIRA, S.G.; ARAÚJO, E. A.. *Modernização da gestão: E-governo – o que ensina a experiência internacional*. Informe SF (Secretaria para Assuntos Fiscais do Bando Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), n. 17, agosto, Rio de Janeiro: 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.950*. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 03 de novembro de 2005, Plenário. Diário da Justiça, 02 de jun. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 205.193*. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: André Lempek e outros.

- Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de fevereiro de 1997, Primeira Turma. Diário da Justiça, 06 jun. 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.075*. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de março de 1998. Diário da Justiça, 24 nov. 2006.
- BARBOSA, F. H.; BARBOSA, A. L. N. H. *O sistema tributário no Brasil: reformas e mudanças*. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P. (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. cap. 16, p. 290-317.
- CHAHIN, Ali; et al. *E-gov.br: A próxima revolução brasileira*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980.
- DUARTE, Roberto Dias. *Big Brother Fiscal IV – Manual de sobrevivência do empreendedor no mundo pós-SPED*. Belo Horizonte: ideas@work, 2011.
- LEOPOLDO, Ana Caroline Kruger de Lima. *A interpretação das imunidades*. In: DIFINI, Luiz Felipe Silveira (org). *Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.11-2.
- MACHADO SEGUNDO, H. B. *Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Atlas, 2009
- MAIA, G. L. et al. *Custos de conformidade à tributação: uma análise da percepção de gestores e colaboradores em uma empresa estadual de saneamento*. ABC Custos – Associação Brasileira de Custos, São Leopoldo, v. 3, n. 3, p. 45-67, set./dez. 2008.
- OLIVEIRA, E. *Contabilidade Informatizada: Teoria e Prática*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- VELOSO, Elizabeth Machado. *Estudos sobre a Internet no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

ANÁLISE E CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO DE TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Michel André Bezerra Lima Gradvohl¹⁸¹

RESUMO

A questão sobre se o início da contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação se dá conforme o art. 173, I, do CTN ou o art. 150, §4º, do CTN, é tema ainda não definitivamente solucionado pela doutrina e jurisprudência. Tendo o Superior Tribunal de Justiça a competência constitucional para dar interpretação uniforme à legislação federal, é fundamental conhecer o seu posicionamento. O tema é dividido em vários tópicos. O entendimento do STJ se modificou ao longo do tempo, mas apresenta atualmente uma consolidação a respeito de quase todos os pontos, com exceção da situação em que o sujeito passivo realiza pagamento apenas parcial do tributo devido. Nesse ponto, a recente edição da Súmula 555 parece trazer uma nova mudança na percepção do STJ, reforçando a tese de que também nesse tópico deve-se aplicar o disposto no art. 173, I, do CTN.

Palavras-Chave: Tributos. Lançamento. Homologação. Prazo decadencial.

INTRODUÇÃO

A questão sobre o início da contagem do prazo decadencial para que a autoridade administrativa tributária possa constituir o crédito tributário dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se o correto é aplicar o art. 173, I, do CTN ou o art. 150, §4º, do CTN, é alvo de intenso debate tanto doutrinário quanto no Poder Judiciário.

Trata-se de ponto de suma importância, pois o tema e seus diversos tópicos há muito tempo vêm sendo abordado pelos vários órgãos do Poder Judiciário assim como pelos Contenciosos Administrativos Tributários, mas sem

¹⁸¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA - Bueno Aires. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC (2010) e MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2000). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2008) e em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC (1993). Atualmente é Conselheiro do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará. Desenvolve pesquisa na área de Direito Financeiro, Direito Tributário, Democracia, Direitos Fundamentais, Desigualdade.

chegar a conclusões que possam se considerar definitivas face as mutações que já sofreram. Chegar a um bom termo nesse tema é essencial para a segurança jurídica dos cidadãos contribuintes.

Constitucionalmente, compete ao Superior Tribunal de Justiça - STJ dar interpretação uniforme à legislação federal. Tendo que a questão do início do prazo decadencial é tratada pela Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), é fundamental ter claros os entendimentos dessa Corte Superior a respeito dos diversos pontos pertinentes, considerando, ainda, a recente edição da Súmula nº 555 sobre o tema.

1. A LEGISLAÇÃO FEDERAL

Conforme o CTN são três as modalidades de lançamento do crédito tributário: por declaração (art. 147), de ofício (arts. 148 e 149) e por homologação (art. 150).

De acordo com o *caput* do art. 150, o lançamento por homologação "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa". (grifos inexistentes no original)

Mas, ainda de acordo com o mesmo artigo do CTN, o lançamento somente ocorre "pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa". Ademais, o parágrafo primeiro desse artigo afirma que "o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento". (grifos inexistentes no original)

Queda claro que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é exemplo o ICMS, são necessários dois atos: o pagamento do tributo pelo sujeito passivo e a homologação deste pagamento pela Administração Tributária. Já o prazo decadencial para a realização de qualquer lançamento tributário tem como regra geral o disposto no art. 173 do CTN, literalmente:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O inciso I do artigo 173 é claro: o prazo decadencial de lançamento tributário inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte à aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ocorre que o art. 150, §4º, do CTN, informa que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação esta deve se dar de forma expressa até cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Caso não ocorra nesse prazo tal ato administrativo, as ações do sujeito passivo (declarar e pagar o tributo) considerar-se-ão homologadas tacitamente, salvo tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo. Literalmente:

§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por fim, cabe lembrar que mesmo os tributos sujeitos ao lançamento por homologação podem também ser objeto de lançamento de ofício, conforme dispõe o art. 149, do CTN, sobretudo em seu inciso V, literalmente:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

[...]

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

[...]

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. (grifos ausentes no original)

A interpretação dada pelo STJ sobre a conciliação entre o que dispõem os arts. 173, I; 150, §4º e 149, todos do CTN, é o que se demonstra a seguir.

2. A INTERPRETAÇÃO DO STJ

O primeiro ponto a se ter claro é que a forma como a Corte Superior tem conciliado os citados dispositivos normativos mudou com o passar do tempo.

Como exemplo, pode-se observar que, por algum tempo, predominou o entendimento de que os prazos expressos pelos arts. 173, I e 150, §4º deveriam ser somados para se estabelecer o prazo decadencial para o lançamento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, literalmente:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO ... DECADÊNCIA ... 1. O direito de

a Fazenda constituir o crédito tributário, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de 5 (cinco) anos constados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio. Interpretação dos arts. 173, I e 150, §4º, do CTN [...] (STJ, 1ª T. unânime Resp. 463.521/PR rel. Min. Luiz Fux, mai/2003).

Como se verá adiante, esse entendimento não prevalece mais. A questão principal se tornou saber quando se inicia o prazo decadencial de cinco anos, mencionado tanto pelo art. 173, I quanto pelo art. 150, §4º.

2.1. As interpretações do STJ conforme a conduta do sujeito passivo

Tendo em vista as exigências do art. 150, do CTN, o sujeito passivo dos tributos sujeitos a lançamento por homologação deve declarar e pagar o valor devido de maneira integral. Contudo, nem sempre ele realiza tais condutas, podendo ensejar, nesse caso, uma das seguintes situações, que serão analisadas separadamente:

- O sujeito passivo não declara um valor a pagar e também não paga;
- O sujeito passivo declara um valor a pagar, mas não realiza qualquer pagamento;
- O sujeito passivo declara e paga um valor, o qual é inferior ao efetivamente devido.

2.1.1. Quando o sujeito passivo não declara um valor a pagar e também não paga

No sentido de tentar dar maior segurança quanto ao seu posicionamento, o STJ editou recentemente a Súmula nº 555, literalmente:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação

atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Dessa forma não resta dúvidas: quando não há declaração de débito pelo sujeito passivo, o prazo decadencial de cinco anos para lançar os tributos é o do art. 173, I, do CTN (se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), ainda que o lançamento esteja sujeito inicialmente à modalidade de lançamento por homologação. Trata-se de um lançamento de ofício, com base no art. 149, II e V, do CTN.

2.1.2. Quando o sujeito passivo declara um valor a pagar, mas não realiza qualquer pagamento

O art. 150, do CTN, é claro ao afirmar que o lançamento por homologação apenas pode se dar quando o sujeito passivo houver realizado o pagamento do tributo antes de qualquer exame do valor devido pela Administração Tributária. Dessa forma, o STJ consolidou o entendimento de que a falta de pagamento fundamenta a conclusão de que o prazo decadencial quinquenal para lançar tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o do art. 173, I. Como bem afirmam as ementas a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ARESTO ATACADO BASEADO NO EXAME DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. DISCUSSÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO A MENOR. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

[...]

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN (cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado).

[...]

(AgRg no REsp 1507666/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015) (grifos ausentes no original)

TRIBUTÁRIO.
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.
FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.
ART. 173, I, DO CTN. REVISÃO DE PREMISSE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

[...]

A respeito da decadência, o Tribunal a quo, soberano na análise dos elementos probatórios, adotou a premissa de que não houve pagamento antecipado relativo aos fatos geradores constituídos pela fiscalização, o que fez incidir a regra do art. 173, I, do CTN: "(...) inviável, consoante já assinalado, a incidência do § 4º do art. 150 do CTN em caso de inexistência de qualquer pagamento antecipado, haja vista que o ato de homologação, consubstanciado na anuência da Administração em relação a uma atuação

positiva do contribuinte, pressupõe a existência de algum recolhimento" (fl. 779).

A orientação adotada na origem encontra amparo na jurisprudência do STJ ratificada sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009).

[...]

(AgRg no REsp 1501873/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015) (grifos ausentes no original)

Ademais, entende o STJ que aplica-se o art. 173, I, mesmo nos casos em que houve a declaração informando saldo credor ou saldo zero de tributo a pagar, literalmente:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

[...]

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica

aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

[...]

Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

[...]

(AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011). (grifos ausentes no original)

Em todos os casos deste item, trata-se de lançamento de ofício, nos termos do art. 149, V, do CTN.

2.1.3. Quando o sujeito passivo declara e paga um valor, o qual é inferior ao efetivamente devido

Na presente situação, o sujeito passivo faz declaração à Administração Tributária de um valor que ele informa ser o devido e o paga, mas esse valor é inferior ao efetivamente devido. Trata-se de pagamento parcial, ou a menor, do tributo. Neste ponto a jurisprudência do STJ não é firme. Veja-se.

Buscando prover uma definição quanto ao tema, adotou-se o rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (Recurso Especial representativo de controvérsia) no seguinte julgamento, quando o assunto foi tratado pela Primeira Seção do STJ, ainda nos idos de 2009, literalmente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,

julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (SANTI 2004, pág. 163-210).

O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a

obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009) (grifos ausentes no original)

O voto do relator¹⁸², Ministro Luiz Fux, buscou detalhar o tema da decadência no Direito Tributário:

[...]

10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

Assim, conta-se "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de

¹⁸² Na realidade, o raciocínio apresentado pelo Min. Relator já havia sido desenvolvido por ele em julgamento anterior e consta na ementa deste: AgRg no REsp 1044953/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 03/06/2009.

dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal.

[...]

Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do *Codex Tributário*, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício (SANTI, 2004, pág. 170).

Baseado nesse voto, em várias ocasiões o STJ tem entendido que, no caso de pagamento parcial por parte do sujeito passivo, deve ser aplicado o art. 150, §4º, do CTN. Ou seja, o prazo decadencial se iniciaria no momento da ocorrência do fato gerador, conforme exemplifica a seguinte ementa, literalmente:

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. PAGAMENTO PARCIAL REALIZADO ANTES DE PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE FISCAL. ART. 150, §4º, DO CTN. INEXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO CONSTATADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

[...]

De acordo com a jurisprudência consolidada do STJ, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art.150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009, submetido ao art. 543-C do CPC).

[...]

(REsp 1344130/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 05/11/2012) (grifos ausentes no original)

Contudo, são várias as decisões do STJ posteriores ao supra transcrito REsp 973.733/SC (Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, DJe 18/09/2009) que tem apresentado interpretação divergente. Dessa forma, o prazo decadencial para

constituir o crédito tributário da parte não paga do tributo obedece ao disposto no art. 173, I, do CTN (regra para os lançamentos de ofício). Nessa linha, são exemplos as seguintes ementas, literalmente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA EM DECORRÊNCIA DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. FALECIMENTO DO CONTRIBUINTE. DECADÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO. ANALOGIA. SÚMULA 283/STF.

O Tribunal *a quo* consignou:

Se a autoridade administrativa constatar que o sujeito passivo apresentou declaração contendo omissão ou inexatidão quanto ao montante tributável, é cabível o lançamento de ofício, segundo o art. 149 do CTN. Nesse caso, o fato de o contribuinte haver apresentado declaração e recolhido o tributo com base no valor declarado mostra-se irrelevante, porque o objeto do lançamento é justamente o que não foi declarado e, por conseguinte, não foi recolhido. Então, a única forma de se computar o prazo para a constituição do crédito tributário é a prevista no art. 173, inciso I, do CTN, que trata do lançamento de ofício" (fl. 640, e-STJ).

O STJ possui jurisprudência no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre, sem a

constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

Em relação à alegação de não cabe ao Poder Judiciário proceder à retificação do lançamento em fase de liquidação de sentença, os recorrentes não atacaram especificamente os argumentos constantes do acórdão recorrido neste tópico. Incide, por analogia, a Súmula 283/STF.

Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1486511/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015) (grifos ausentes no original)

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.
[...]

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN)." (REsp 973189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 19/09/2007, p. 262). Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 76.977/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012) (grifos ausentes no original)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 19 E 20 DA LC 87/96. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NO ART. 155, § 2º, II, DA CF/88. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.

Havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, razão pela qual a decadência não ficou caracterizada no caso dos autos, como bem observou o Tribunal de origem. Nesse sentido: REsp 842.413/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006; REsp 979.228/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 16.4.2009.

[...]

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.273.246/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 3.9.2010.) (grifos ausentes no original)

De maneira esclarecedora, o Ministro Humberto Martins, em seu voto no já informado AgRg no AREsp 76.977, transcreve o voto de natureza doutrinária do Ministro Castro Meira sobre o tema (exarado no julgamento do REsp 973189, DJ 19/09/2007, p. 262), literalmente:

[...] Efetuadas pelo sujeito passivo as atividades e cumpridos os deveres que lhe foram impostos por lei, primordialmente o pagamento da exação, cabe ao fisco apenas homologá-lo, se com ele concordar,

extinguindo o crédito tributário nos termos do art. 156, VII, do CTN.

A homologação pode ser expressa ou tácita, nesse último caso, quando o fisco não se manifesta sobre o pagamento efetuado no prazo de 5 anos a contar do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

Há a hipótese, entretanto, de o sujeito passivo não cumprir, ou cumprir de modo diverso, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo fisco não poderá ser caracterizada como mera homologação, já que esta pressupõe a existência das providências adotadas pelo contribuinte passíveis de fisco, na forma estabelecida pelo art. 149 do CTN, proceder ao lançamento de ofício, que é executado também nos casos de omissão ou inexatidão do sujeito passivo no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos. Com efeito, em tais casos, não há o que se homologar.

Assim, afastada a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições concernentes ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, I, do CTN, isto é, contam-se 5 (cinco) anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia haver sido efetuado.

Em conclusão:

- a) Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo o recolhimento do tributo nos termos indicados na legislação de regência, o prazo decadencial para a homologação do procedimento do contribuinte é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;

- b) Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo o recolhimento da exação em desconformidade com a legislação aplicável, e, por conseguinte, procedendo-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), o prazo decadencial de cinco anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, nos termos do art. 173, I, do CTN." (grifos presentes no original)

Corroboramos com a conclusão de que o prazo decadencial quinquenal para a Administração Tributária poder constituir crédito tributário inicialmente sujeito à modalidade de lançamento por homologação se inicia de acordo com o previsto no art. 173, I, do CTN. Essa é a interpretação que melhor realiza o conjunto de normas que regem o tema, ainda nas ocasiões em que há pagamento parcial do tributo.

O legislador não cria normas à toa. O art. 149, V, do CTN é claro: o lançamento de ofício deve ser realizado em todas as ocasiões em que for constatada omissão ou inexatidão por parte da pessoa legalmente obrigada a realizar o pagamento antecipado do tributo sujeito inicialmente ao lançamento por homologação. E o prazo decadencial para os lançamentos de ofício se inicia, sem qualquer dúvida, conforme o estipulado pelo art. 173, I, do CTN.

Raciocínio contrário a esse resultaria em tornar inócua a norma do art. 149, V, do CTN, que possui natureza de regra jurídica - na clássica distinção entre regras e princípios jurídicos. Ela deve, portanto, ser aplicada sempre que ocorrer a omissão (falta de pagamento) ou inexatidão (pagamento parcial, a menor) do pagamento antecipado pelo sujeito passivo.

Ao art. 150, §4º, do CTN, cabe o papel de informar o prazo em que se dá a homologação tácita dos pagamentos de tributos sujeitos à homologação, apenas na parte efetivamente paga, tornando desnecessária a atuação formal da Administração Tributária.

Exigir um ato expresso da Administração para todo pagamento de tributo realizado seria burocratizar em demasia a sua atuação, indo de encontro ao preceito constitucional de que a Administração Pública precisa ser eficiente (art. 37, CF/88). Burocracia estatal somente deve se fazer presente quando for essencial, o que não é o caso.

Há de se constatar que, nos anos de 2014 e 2015, a jurisprudência do STJ se inclinou fortemente no sentido de que, quando há pagamento parcial do tributo, a contagem do prazo decadencial se inicia de acordo com o art. 150, §4º, do CTN. Contudo, com a edição da supra transcrita Súmula nº 555 (DJe 15.12.2015), o STJ parece, mais uma vez, mudar a direção do seu entendimento ao afirmar que quando não há declaração do débito, o prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN.

Assim, quando o contribuinte deixa de declarar parte do seu débito tributário e, conseqüentemente, deixa de recolher essa parte não declarada, o prazo decadencial para a Administração Tributária realizar o lançamento da parte não recolhida se inicia conforme determina o art. 173, I, do CTN.

2.1.4. Quando o sujeito passivo age com dolo, fraude ou simulação

Outro papel que cabe ao art. 150, §4º, do CTN é o de determinar que nos casos de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo, o prazo para a Administração Tributária homologar o pagamento de tributos não começa a contar da ocorrência do fato gerador. Em consonância com o art. 149, VII, do CTN o prazo decadencial quinquenal obedece ao disposto no art. 173, I, do CTN. Esse também é o entendimento do STJ, conforme se pode observar em várias das ementas já transcritas neste artigo.

A definição de fraude é realizada, no universo tributário, pela Lei nº 8.137/1990 - Lei de crimes contra a ordem tributária, a qual impõe pena de reclusão para o sujeito passivo que fraudar a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela legislação tributária. (art. 1º, II) e pena de detenção para aquele que empregar fraude que se caracteriza, por exemplo, ao fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos para eximir-se total ou parcialmente de pagamento de tributo (art. 2º, I).

Dessa forma, caracteriza fraude, por exemplo: omitir em livro de registro de saídas, ou na escrituração fiscal digital - EFD, operações que efetivamente ocorreram; deixar de destacar tributo em documento fiscal quando obrigatório; deixar de informar em livro de registro de saídas ou na EFD o valor de tributo destacado em documento fiscal.

Não parece razoável inferir fraude se algum desses fatos ocorrer apenas de forma muito esporádica. Mas a prática reiterada dessas condutas não pode deixar de caracterizar a ocorrência de fraude pelo sujeito passivo, fazendo necessário

aplicar a regra do art. 173, I, do CTN para o prazo decadencial do lançamento tributário cujo pagamento antecipado foi realizado com base em informações, livros ou documentos fraudados.

2.2. O prazo decadencial no descumprimento de obrigações acessórias

Mesmo quando a obrigação acessória é relacionada a tributos sujeitos inicialmente ao lançamento por homologação, o prazo decadencial quinquenal para a autoridade fiscal constituir o crédito tributário é o definido pelo art. 173, I, do CTN. Esse é o entendimento consolidado do STJ, conforme exemplificam as seguintes ementas, literalmente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 80 DA LEI Nº 4.502/64. PRAZO DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. IPI. SAÍDA DO PRODUTO DO ESTABELECIMENTO COM SUSPENSÃO DO TRIBUTO. DECLARAÇÃO EMITIDA PELO ADQUIRENTE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 29 DA LEI Nº 10.637/02.

[...]

O crédito tributário objeto do presente feito, se refere à multa aplicada com base no art. 80 da Lei nº 4.502/64, por falta de lançamento do valor do IPI na respectiva nota fiscal. Trata-se, portanto, de obrigação acessória, cuja constituição se sujeita ao lançamento de ofício previsto no art. 149 do CTN e atrai a regra do art. 173, I, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial.

Os fatos geradores da obrigação acessória ocorreram no período de abril a setembro de 2004 e o prazo decadencial para o lançamento de ofício do respectivo crédito teve início em 1º de janeiro de 2005, de forma que o lançamento ocorrido em outubro de 2009 não foi atingido pela decadência, haja vista ter sido efetivado antes do decurso do prazo quinquenal de que trata o art. 173, caput, e inciso I, do CTN.

[...]

(REsp 1528524/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015) (grifos ausentes no original)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL -
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA -
APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO
ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO -
DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173,
I, DO CTN.

A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência.

Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI.

[...]

(REsp 1055540/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009) (grifos ausentes no original)

De fato, não poderia ser outra a interpretação do STJ tendo que o descumprimento de obrigação tributária acessória gera a aplicação de penalidade, consubstanciando a previsão realizada pelo art. 149, VI, do CTN, de efetivar lançamento de ofício do crédito tributário na modalidade multa.

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, conclui-se que o STJ tem firme a interpretação de que se aplica o art. 173, I, do CTN, ao prazo decadencial quinquenal para lançamento de créditos de tributos sujeitos inicialmente a lançamento por homologação nas seguintes condições:

- 1) Quando o sujeito passivo não declara um valor a pagar e também não o paga;
- 2) Quando o sujeito passivo declara um valor a pagar, mas não o paga (mesmo quando o motivo da ausência de pagamento é que o valor declarado é zero ou é informado saldo credor);
- 3) Quando o sujeito passivo deixa de antecipar o pagamento do tributo utilizando de dolo, fraude ou simulação;
- 4) Quando o sujeito passivo descumpre obrigação tributária acessória, sendo essa conduta passível de penalidade.

Nos casos em que há pagamento apenas parcial do valor do tributo efetivamente devido, a conclusão a que se chega quanto à posição do STJ é de que:

Apesar do disposto no voto do Ministro relator no REsp 973.733 - Min. Luiz Fux, que não compõe mais essa Corte Superior desde 2011 -, o STJ, mesmo após referida decisão, por muitas vezes tem entendido que a parte não paga do tributo está sujeita a lançamento de ofício, com o prazo decadencial para o seu lançamento iniciando nos termos do art. 173, I, do CTN, tendo que esta última interpretação é a única que dá eficácia à regra do art. 149, V, do CTN, e é, ainda, a balizada pela recente Súmula 555 do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966* - Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 14 de maio 2016.

_____. *Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em 14 de maio 2016.

O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

*Mirza Maria Pedrosa Porto de Mendonça*¹⁸³

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo do abuso sexual praticado contra crianças do sexo feminino no seio familiar, tendo como sujeito ativo alguém que, provavelmente, não possui sanidade mental suficiente para controlar a sua inclinação para a ilicitude, podendo ou não ser classificado como doente mental. A investigação abrange a incidência e os efeitos desse acontecimento na vida intrafamiliar. Foi realizada uma análise da figura do abusador, por meio da realização de pesquisa junto a atendimentos psicológicos e psiquiátricos em clínicas especializadas. Além destes, a juízes de varas cíveis e criminais com a coleta de informações, a fim de desvendar a figura do abusador sexual e as consequências psicológicas e jurídicas do fenômeno: abuso sexual. Versa sobre essa temática com o enfoque de seu estudo voltado para a definição de diversas análises traçadas com o objetivo de estabelecer um novo paradigma jurídico no âmbito das penas, na esfera mais particular do direito penal. O estudo do fenômeno do abuso sexual é visto a partir de um corte metodológico, que aprecia o fato do abuso sexual em si, restrito ao âmbito familiar. Esta situação é tal que ocorre mais comumente. Observação esta que se faz presente, independentemente de raça, credo ou condição social em países das mais diversas origens e formação cultural. O trabalho almeja demonstrar a relevância social do tema e a necessidade de um efetivo agasalho normativo para os abusadores sexuais, principalmente os intrafamiliares, e realiza uma proposta clara de alteração legislativa aos crimes praticados por esses agentes, ampliando o seu conceito de modo a adequar a lei à realidade fática. Busca-se a criação de medidas específicas para a elaboração de uma nova legislação, que seja eficaz e estabeleça a unidade do trabalho dos profissionais de saúde mental e dos operadores do Direito. Argumenta-se que o tratamento psicanalítico dos agressores, como forma de pena, é mais importante do que a gravidade da sua penalização, uma vez que dispositivos legais, apenas, não são capazes de reverter esta realidade. O estudo se mostra particularmente importante, uma vez que o reconhecimento e enfrentamento da situação são indispensáveis para constatar o grau de fragilização causado às vítimas e ao

¹⁸³Doutora em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora da Universidade Católica de Pernambuco. Advogada. E-mail: mirzaporto@bol.com.br

abusador, a desintegração das famílias, a humilhação e a vergonha sofrida pela vítima e pelo agressor, o desrespeito estabelecido e a penalidade arbitrada. Demonstra-se, ao final, que a legislação vigente é incipiente para esses casos, de modo que a pena privativa de liberdade deve ser acompanhada pelo tratamento psicológico e psiquiátrico, sendo esta opinião corroborada por um significativo número de especialistas. Não se pretende, com isso, defender o criminoso que pratica o abuso sexual, mas buscar soluções para a impunidade e o respeito ao princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: Abuso Sexual; Vítima, Abusador; Penalização; Tratamento.

INTRODUÇÃO

Em 2011, a pesquisa *El otro lado del abuso sexual intrafamiliar: un nuevo paradigma jurídico*, para obtenção do grau de Doutorado da autora, revelou que apenas a aplicação de pena privativa de liberdade não resolve o problema da sanidade mental do abusador sexual intrafamiliar. A constatação resulta de entrevistas com aplicação de questionários a psiquiatras, psicólogos e juízes nas cidades de Buenos Aires, Argentina e Recife, capital de Pernambuco, Brasil. Segundo os entrevistados, o ideal seria a pena privativa da liberdade somada a tratamentos psiquiátrico e psicológico compulsórios, que deveriam ser integrados à pena, considerando-se a necessidade de atendimento ao abusador desde o início das investigações do caso. O estudo também analisa a legislação vigente sobre a matéria, considerando que os procedimentos jurídicos ainda são incipientes, e identifica baixa integração entre as ações dos operadores de direito nas delegacias de polícia e o acompanhamento de profissionais de saúde mental, geralmente incluídos no processo após o julgamento. Este artigo constrói argumentos sobre a necessidade de garantir uma maior unidade processual entre esses profissionais a partir do momento em que é registrada a queixa de um abuso sexual intrafamiliar.

A análise introduz estudos sobre a família, o abuso sexual intrafamiliar e o perfil do abusador, tomando por base os princípios constitucionais. O abusador é observado a partir de sua personalidade, sua conduta, sua intelectualidade e seu nível social para propor um novo paradigma: a elaboração de uma nova legislação sobre a matéria que envolva a conduta administrativa nas delegacias de polícia e a conduta processual como um todo.

1. A FAMÍLIA, O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E O PERFIL DO ABUSADOR

O fenômeno do abuso sexual é aqui restrito ao âmbito familiar, espaço no qual ocorre com maior frequência, independentemente de raça, de credo, de condição social e de formação cultural. A revisão bibliográfica conduziu a análise sobre o direito comparado e permitiu uma abordagem jurídica da teoria da Pena. Com os resultados da pesquisa de campo, foi possível avaliar o sistema prisional, culminando com sugestões para melhoria do apenamento dos indivíduos envolvidos na condição de abusadores. Essas pessoas são observadas como tão vítimas quanto os próprios abusados, pelo fato de serem portadores de desvios de personalidade ou de psicopatias diversas, o que revela a necessidade de tratamento vinculado à privação de liberdade.

A seguir, uma síntese da tese quanto à caracterização da família, à sua proteção constitucionalmente garantida e às observações sobre a ocorrência do abuso no meio familiar. E, na sequência, uma abordagem sobre o perfil do abusador sexual, considerando a noção da pena e do tratamento dado no campo do direito penal.

1.1. A família

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Trata-se de instituição necessária e sagrada para o desenvolvimento da sociedade como um todo, portanto merecedora de ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2005:12)

No Brasil, outros diplomas legais, além da Constituição e do próprio Código Civil, regulam aspectos ligados à família, tais como a lei 6.515/77 (Lei do Divórcio, que, especialmente após o advento da Emenda Constitucional 66/10, permanece em vigor somente em algumas poucas disposições processuais), a Lei 8.560/92 (Lei da Investigação de Paternidade), a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei 12.318, do ano de 2010, que dispõe sobre alienação parental, entre outras.

O que prevalece no direito de família é seu conteúdo personalíssimo, focado numa unidade ética e social. Desse modo, caso as normas sejam violadas, poderá ocorrer a suspensão ou a extinção do poder familiar, com a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, com a cessação dos direitos exercidos pelos membros de uma família entre si e na sociedade. (GONÇALVES, 2005:2). O direito de família foca no estudo acerca do casamento, união estável, filiação, alimentos, poder familiar e outros. Maria Berenice Dias destaca:

O direito das famílias – por estar voltado à tutela da pessoa – é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. (DIAS, 2009:35).

No âmbito internacional, existem alguns tratados que foram ratificados pela Argentina e pelo Brasil que versam sobre a proteção da família. No Pacto de San José da Costa Rica, em 06 de novembro de 1992, há a seguinte previsão:

Artigo 17 – Proteção da família

11. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
12. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
13. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.
14. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Disponível em: www.senado.gov.br, acesso em: 04 de maio de 2013.

1.2. O abuso sexual intrafamiliar

Infelizmente, em sua maioria, os abusos praticados contra crianças e adolescentes acontecem dentro de suas casas e são efetuados por pessoas próximas. Pais e padrastos são tidos como os principais atores, mas o crime também é cometido por familiares imediatos (irmão, mãe) ou próximos (tio, avô, tia, ou outras pessoas que a criança considere membros da família).

Esse crime apresenta grande complexidade, por envolver aspectos legais, culturais, psicológicos, sociais, de difícil diagnóstico e suscita grande repúdio no grupo social, principal razão do silêncio das vítimas que, na maioria dos casos, são ligadas aos seus agressores por fortes laços afetivos..

É uma manifestação de disfunção familiar e costuma ser crônica e sem violência aparente. Não começa com um estupro ou com o ato de penetração, mas com o aliciamento da criança, com alguns elementos diferenciadores. Quando vem à tona, essa prática silenciosa deixa a família completamente desestruturada. Muitas vezes, a criança alimenta sentimentos de culpa e se sente responsável pela situação. Quando o agressor é o pai ou o padrasto, a mãe normalmente sente-se vítima não apenas de desrespeito, mas também de traição. Toda a família precisa do auxílio de profissionais preparados para superar os traumas provocados pela ocorrência do abuso sexual.

Na ocorrência de um crime desse tipo, a família deve ser considerada alvo principal de intervenção, uma vez que, sem o seu envolvimento, em nada se estará contribuindo para a superação dos efeitos dessa violência, variados e múltiplos, tanto para as crianças ou adolescentes vitimados como para seus familiares.

A família é um grupo unido não apenas por vínculos de parentesco, laços de consanguinidade, mas também por laços afetivos, que implicam cuidado, proteção e satisfação das necessidades de subsistência. Trata-se de um grupo social complexo, com seus próprios padrões de comportamento, comunicação, regras, crenças, tudo em função da sua convivência e da preservação da unidade familiar.

A forma como esses padrões são estabelecidos pode comprometer os papéis parentais de proteção e cuidado, fazendo com que algumas famílias se tornem mais vulneráveis ou propensas ao abuso sexual de crianças. A comunicação entre os seus membros, por exemplo, é um fator de relevante significado no enfrentamento desse problema. Profissionais dedicados ao atendimento psicológico das crianças abusadas sexualmente têm demonstrado que, muitas vezes, há uma comunicação fechada nas famílias em que ocorre esse tipo de abuso, não havendo diálogo entre seus membros, especialmente sobre sexualidade. Algumas famílias não se sentem à vontade para falar sobre sexo com

seus filhos e quando isso acontece, é visto como algo sujo ou imoral. Essa barreira comunicacional impede que as crianças relatem para seus familiares o abuso sofrido, bem como contribui para a manutenção da violência.

Nesses casos, uma nova forma de comunicação deve ser pensada, levando-se em conta, segundo CEVERNY (1994:41) as mensagens que se configuram “por meio do silêncio, do não dito, dos mitos, das lealdades, dos segredos, principalmente, quando estamos lidando com um grupo como a família que está aperfeiçoando seu sistema particular de comunicação, por meio das gerações”.

Culturalmente, as relações estabelecidas entre o adulto e a criança no seio da família são geralmente permeadas pela dominação. Quem detém o poder sempre decide e alguns adultos acreditam que, do mesmo jeito que têm o dever de cuidar e de proteger as crianças e os adolescentes, têm, em contrapartida, o direito de abusar dos seus corpos. Fica estabelecido nessa relação um jogo perverso, no qual o menor é colocado no lugar de objeto de desejo, não tendo como expressar sua vontade ou como se manifestar enquanto sujeito de direitos.

Apesar de já serem observados vários tipos de composição familiar, as práticas autoritárias ainda são encontradas, desencadeando situações de violência doméstica caracterizadas por negligência e maus-tratos. Estudos realizados por psicólogos e profissionais especializados indicam que relações interpessoais assimétricas e hierárquicas, desigualdade de gênero, grande relação de subordinação entre os membros da família, falta de comunicação e exagerado autoritarismo favorecem a ocorrência do abuso sexual.

O abuso é mantido por uma dinâmica complexa, na qual o agressor, respaldado na relação de afeto e poder que tem com a criança, passam a explorar a relação de confiança existente, aumentando a aproximação entre ambos, demonstrando que tem um carinho diferente e especial pela mesma. A criança ou adolescente acredita receber uma atenção diferenciada por parte do seu responsável, sente-se superior aos outros membros da família, e o agressor consegue enganá-la, pois ela não tem maturidade para perceber a interação abusiva. O agressor faz com que a vítima receba as demonstrações afetivas como normais entre relacionamentos de pais e filhas, fortalecendo a ideia de proteção e segurança (HABIGZANG, 2001:77).

Muito dificilmente a vítima ou a pessoa por ela responsável denuncia o abuso sexual infantil interfamiliar aos órgãos competentes. Isso acontece pelos mais diversos motivos. Entre eles, o receio que a vítima sente de não acreditarem no seu relato, o medo de ser castigada pelo abusador, de desintegrar a estrutura familiar, de ser apontada como a principal culpada dos fatos ocorridos, de perder

os pais (AZEVEDO, 2012:35). Tudo isso leva ao silêncio (PFEIFFER, 2005:51) e o segredo é mantido, dificultando a compreensão de que a família pode não ser um ambiente seguro.

1.3. O perfil do abusador sexual

A problemática do abuso sexual infantil, principalmente o interfamiliar, não pode ser encarada apenas do ponto de vista jurídico. Para julgar de acordo com o princípio da verdade real e dos fundamentos da equidade, inúmeras questões precisam ser esclarecidas. É necessário que se faça uma abordagem interdisciplinar, que busque promover a submissão do vitimador a acompanhamento terapêutico com profissionais da área de saúde mental, tais como psicólogos e psiquiatras.

O abusador, em sua grande maioria, nega o ato violento, a severidade do abuso, a natureza abusiva da ação, os efeitos prejudiciais do abuso à vítima e a responsabilização pelo crime. São pessoas que apresentam dificuldades emocionais e de manutenção de relações íntimas.

Como afirma MOURA (2007), o vitimador sabe que está cometendo um delito, mas, aparentemente, não consegue controlar-se. Segundo depoimento de alguns, o ato não gera prazer ao abusador, e sim alívio da ansiedade. A repetição do ato parece ser compulsiva.

Lencarelli defende que a maioria dos agressores são pessoas comuns, que mantêm preservadas as demais áreas da personalidade e podem ter uma posição de destaque na sociedade. Trata-se, no entanto, de uma pessoa perversa, que se utiliza de estratégias, disfarçando-se de moralistas autoritários. O abusador pode ser violento, porém quase sempre usa a violência de forma silenciosa ou velada, mas sente medo e negará o abuso quando denunciado. A autora ressalta que o maior dano à criança é a concretização de suas fantasias sexuais, que deveriam permanecer apenas na sua imaginação. Outra possível consequência do abuso sexual é que a vítima pode se tornar vitimadora na idade adulta, devido às práticas sexuais precoces e às implicações psicológicas, que a fazem permanecer na cena traumática da agressão sexual que sofreu (LENCARELLI¹⁸⁵, 2002:61).

As causas do abuso são variáveis. O molestador geralmente tenta justificar seus atos e racionaliza, dizendo que está ofertando oportunidades à criança de desenvolver-se no sexo. Chega a defender que é especial e saudável praticar sexo com a permissão daquela. Pode envolver-se afetivamente e não ter qualquer noção de limites entre papéis ou de diferenças de idade (JARDIM, 2009:91).

¹⁸⁵ Disponível em: [http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O perfil psicológico do abusador.htm](http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicol%C3%B3gico%20do%20abusador.htm)

Quando o abuso ocorre dentro do seio familiar e é denunciado, normalmente interna-se a criança para sua proteção, e toda uma equipe trabalha para o clareamento da situação. Quando a criança é vítima também de espancamento, às vezes precisa ser tratada fisicamente. A família se divide entre os que acusam o abusador e os que acusam a vítima, culpando esta última pela participação e provocação do abuso. O tratamento, então, é inicialmente direcionado para a intervenção em crise (JARDIM, 2009:92).

De acordo com a tese aqui defendida, o abusador, a vítima e a família devem ser tratadas em longo prazo. Como o abuso de menores é um crime, o tratamento do abusador torna-se mais difícil, devendo ser feito em paralelo com a pena. Abrapia (2003) fez um estudo longitudinal no período 1997-2003, em que avaliou 1.547 denúncias de abuso sexual incestuoso, e apresentou os seguintes dados: 90,05% dos acusados são do sexo masculino, destes 20,41% têm entre 18-30 anos, 38,18% têm entre 35-45 anos e 21,51% têm idade superior a 45 anos. Quem é esse vitimador? O que o leva a abusar sexualmente dos seus entes? Gutierrez analisa o perfil do abusador intrafamiliar:

El abusador sexual dentro de la familia, de manera notable, asumirá un papel dominante, de neto corte autoritario, imponiendo una rígida disciplina, a fuerza de golpes, vejaciones e castigos. Sin embargo, también como constante, suelen verse evidentes distinciones de trato, entre hijos e hijas, abusados o no sexualmente, recibe las primeras prebendas o pseudo privilegios (en cuanto a alimentación, vestimenta, salidas con el abusador, y libertades, dentro de la dinámica de familia, etc.). El sujeto intenta practicar un eficaz control sobre la vida de los demás. Aparecen como individuos de marcada rigidez, meramente superficial, profundamente infelices y solitarios, cerrados, inclusive a mantener amistad con otras personas (conocidos de su trabajo o actividad, por ejemplo). (GUTIERREZ, 2007: 57)

A ausência de uma preocupação mais específica com a identificação do caráter e das condutas do vitimador e dos significados atribuídos por ele à prática da violência caracteriza negligência e omissão das políticas públicas no

sentido de prevenir a reincidência desse tipo de delito, de favorecer a ressocialização do abusador e de alcançar a cura.

A maioria das pessoas vê o abusador sexual como uma pessoa “diferente”, “esquisita”, “cheia de hábitos estranhos”. Normalmente, é tratado como “tarado”, “depravado”, “escroque doméstico”, “besta”, “bicho”. Essas criações imaginárias e preconcebidas são equivocadas, uma vez que, regra geral, ele tem aparência comum e socialmente adequada, porta-se como um verdadeiro cavalheiro e muitas vezes é um sedutor. Um dos entrevistados deste estudo, psicanalista que acompanhava um abusador sexual intrafamiliar, reforça essa percepção com o seguinte depoimento:

Tive a oportunidade de atender a um abusador apenas. Ele era de classe média. Foi em hospital da rede pública. Ele era um sedutor. Com a continuidade das sessões ele começou a ter uma postura de quem pretendia me seduzir; relatei a conduta em reunião de grupo de profissionais. Não tive condições de continuar a atendê-lo. Não tenho como diagnosticar. Relatou durante uma das sessões que havia sido abusado na infância.

O vitimador encontra-se em todas as classes sociais e pode ter elevado grau de instrução. Entre eles, encontram-se médicos, empresários, professores, autoridades. É descabido o conceito de que o abuso sexual intrafamiliar só é perpetrado por pessoas de baixa renda, ou pouco intelectualizadas.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS

Ao se analisar de forma comparativa o ordenamento jurídico vigente no Brasil, na Argentina e em outros países democráticos, percebe-se que, sem sombra de dúvida, as normas constitucionais têm hierarquia normativa sobre o restante do sistema, devendo-se obedecer às aceções formais e materiais. Caso isso não aconteça, elas poderão ser declaradas inconstitucionais e retiradas desse mesmo sistema.

Os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam todo o sistema jurídico. São as proposições genéricas que informam a ciência, sendo a base valorativa constitutiva do sistema jurídico. O princípio da dignidade

humana, no sentido amplo, e o da dignidade da pessoa humana, no sentido mais restrito, têm indiscutível importância como esteios dos sistemas jurídicos em geral.

Inúmeros são os princípios constitucionais que englobam o direito de família, não havendo como precisar o seu número mínimo, razão de os doutrinadores focarem nos seus estudos os que acreditam que sejam os mais importantes.

Não se pode dissociar este trabalho do enfoque dos direitos humanos. Aqui é feita uma abordagem que sugere uma mudança na forma de punir o abusador, considerando a necessidade de proporcionar-lhe concomitantemente um tratamento. Essa ingerência no poder judiciário só será possível com a busca de uma decisão legislativa. Trata-se de buscar uma resposta e uma solução para as seguintes questões: Os direitos humanos do agente que pratica o delito estão sendo respeitados? Será que a dignidade humana do abusador sexual é completamente ignorada?

A importância da dignidade da pessoa humana é visível, clara e pode ser observada facilmente no contexto dos ordenamentos jurídicos constitucionais dos grandes Estados nacionais do mundo ocidental. O seu valor é inerente à própria humanidade e, por isso, constitui o foco de atenção do Estado e do Direito.

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, administrado pela ONU- Organização das Nações Unidas é composto de tratados abertos à adesão de todos os Estados, indistintamente de sua localização geográfica, e de órgãos voltados a promover a dignidade humana em todo o mundo. Na sua estrutura, existem órgãos competentes para monitorar o cumprimento desses compromissos internacionais e de suas normas.

É necessário frisar que a noção de universalidade dos direitos humanos não tem aceitação unânime pela doutrina, face ao relativismo cultural, tônica dos debates mundiais sobre o tema. Estariam os direitos humanos acima de qualquer Estado, de qualquer nação e, por essa universalidade, deveriam ser obrigatória e igualmente respeitados? Ou esbarrariam na soberania dos Estados e seriam eficazes somente enquanto o Estado os respeitasse e garantisse? Piovesan sintetiza o pensamento dos relativistas:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas

circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral”. (PIOVESAN, 2006: 169)

O grande sustentáculo dos relativistas está no fato de estarem os defensores dos direitos humanos querendo introduzir, nos outros países, suas crenças e valores sem o devido respeito às diferenças culturais e sociais. Segundo eles, tais defensores estariam servindo a propósitos econômicos ligados à política mundial e não aos direitos humanos em si. André Ramos (2005:186-187), ao esboçar a crítica relativista à proposta universalista, comenta a questão:

Vários autores desconfiam de uso do discurso de proteção de direitos humanos como um elemento da política de relações exteriores de numerosos Estados, em especial dos Estados ocidentais, que se mostram incoerentes em vários casos, omitindo-se na defesa de direitos humanos na exata medida de seus interesses políticos e econômicos. Como exemplo, as relações exteriores dos Estados Unidos mostrariam que a universalidade dos direitos humanos, de acordo com essa visão, é instrumento de uso específico para o atingimento de fins econômicos e políticos, sendo descartável quando inconveniente. O caso sempre citado é o constante embargo norte-americano a Cuba, justificado por violações maciças de direitos humanos por parte do governo comunista local, e as relações amistosas dos Estados Unidos com a China comunista, sem contar o apoio explícito norte-americano a contumazes violadores de direitos humanos.

Boaventura de SOUSA SANTOS (2003: 440) também atesta o problema que confronta prática e discurso no que se refere aos direitos humanos:

Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir a Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, que foram avaliadas com revoltante duplicidade de critérios. Escrevendo em 1981 sobre a manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação social, Richard Falk identifica uma ‘política de invisibilidade’ e uma ‘política de supervisibilidade’. Como exemplos da política de invisibilidade menciona Falk a ocultação total pela mídia das notícias sobre o trágico genocídio do povo Maubere em Timor Leste (que ceifou mais de 300 mil vidas) (...). A verdade é que o mesmo pode dizer-se dos países da União Europeia, sendo o exemplo mais gritante justamente o silêncio mantido sobre o genocídio do povo Maubere, escondido dos europeus durante uma década, assim facilitando o contínuo e próspero comércio com a Indonésia.

Um Estado não pode recusar-se a ser monitorado pelas organizações internacionais, sob o argumento da ‘intervenção em assuntos internos’. E pode ser responsabilizado por não cumprir suas obrigações.

O Estado que não cumpre suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos comete ato ilícito e pode ser responsabilizado internacionalmente, podendo assim sofrer sanções e ser obrigado a reparar o dano eventualmente causado aos indivíduos e terceiros Estados eventualmente prejudicados. (PORTELA, 2011:710)

É de se ter em consideração que os instrumentos internacionais continuam reafirmando a universalidade. A Declaração de Viena de 1993, em seu item 5, explicita que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosas, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Na prática, a doutrina e os organismos internacionais vêm empreendendo esforços no sentido de administrar a questão da soberania. Outra questão fundamental que toca a operabilidade dos direitos humanos diz respeito ao papel dos países em sua proteção. Os tratados internacionais de direitos humanos atribuem aos Estados um papel central e fundamental na proteção desses direitos, conferindo aos entes estatais a missão de aplicar as normas internacionais, as quais resguardam a dignidade humana, anterior a qualquer pessoa ou entidade. O papel dos Estados na proteção internacional dos direitos humanos é primário, e o dos organismos internacionais é secundário ou complementar, visto que estes devem agir apenas quando os órgãos internos não atuam em conformidade com os tratados dos quais o Estado seja signatário. Cabe ao Estado, portanto, o principal papel de garantir a eficácia das normas internacionais. Os demais agentes exercem papel subsidiário, embora também importante:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de

exclusiva jurisdição doméstica dos Estados.
(SIKKINK, 1993:413)

Por fim, devem-se mencionar as ressalvas nos tratados internacionais, considerando-as cláusulas pelas quais são excluídos ou modificados efeitos de certos dispositivos de um tratado em relação a um ou a alguns dos Estados-partes. Fernando de Queirós Lourenço¹⁸⁶ em artigo define bem o tema e revela ser a reserva uma declaração unilateral.

Observadas a importância dos direitos humanos e a dos tratados internacionais, vale considerar para os fins deste artigo a origem das penas. Convém ressaltar que os doutrinadores não são específicos ao tratar do ponto inicial, mas existe um consenso em relação às vinganças como base:

Quando se cometia um crime não só a vítima reagia, como também seus familiares e toda a sua tribo, tomados por um desmedido desejo de vingança e eram extremamente cruéis contra o ofensor, bem como contra todo o seu grupo. A vingança era concebida como obrigação religiosa e sagrada, cujos resultados eram guerras, que teriam por desfecho, tão somente, a morte completa de um dos grupos. Com o intuito de se evitar a dizimação completa dos povos, surgiu a Lei de Talião "olho por olho, dente por dente", como uma forma de regulamentar a vingança privada, limitando a reação à ofensa, a um mal idêntico ao praticado, como uma justa compensação. (QUEIROZ, 2009: 412)

O penalista argentino Zaffaroni (2012:420) entende que no período pré-histórico não havia critérios para aplicação de penas nem um sistema que as regulasse. Era apenas uma mera regulação do comportamento, sem nenhum fundamento sério, cujo estudo não pertence à legislação penal, mas à antropologia cultural ou comparada. Para Zaffaroni, a história da sanção penal deve ser estudada a partir das organizações estatais mais evoluídas, com um poder público já estabelecido.

¹⁸⁶Disponível em:<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/o-instituto-da-reserva-nos-tratados-internacionais-11399/artigo/> acesso em 22 de agosto de 2013.

Surgida para limitar a aplicação da pena como até então estava consolidada, a lei de Talião foi revolucionária por colocar um sistema de penas, embora de índole vingativa, trazendo a certeza da punição e o conhecimento claro de qual seria a pena correspondente a cada delito. Nesse período, a sanção passa a ser de caráter público, quando o Estado toma a seu cargo o poder de aplicar a pena. Bittencourt (2003:312) nos ensina que “com a melhor organização social, o Estado afastou a vingança privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a vingança pública”.

A privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal foi desconhecida totalmente na antiguidade. A prisão é fruto das novas práticas de justiça utilizadas no século XVIII. A partir da evolução do conceito de direitos individuais e coletivos, novas atitudes serviram para conter e preservar os réus fisicamente até o momento de serem julgados. Durante esse longo período histórico, recorria-se, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais e infamantes. O Direito Penal tem apresentado soluções diferentes em resposta ao problema da criminalidade. Essas soluções são denominadas de Teorias da Pena:

Teoria retributiva: quando a pena é um fim em si mesmo. Ela não busca uma finalidade, basta que o injusto e a culpabilidade sejam retribuídos de forma justa, equitativa e proporcionalmente, e que o criminoso expie o delito. Acentuando o que foi dito, não se busca alcançar um fim, mas apenas a realização da justiça;

Teorias preventivas da pena: Segundo Bittencourt, tiveram seu desenvolvimento no Iluminismo, na passagem do estado absolutista para o liberal, e não objetivavam apenas retribuir o fato delitivo cometido, mas prevenir a sua prática por meio da intimidação de todos os membros da comunidade jurídica, pela ameaça da pena. Essa teoria reconhece, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem – que é uma ficção como o livre-arbítrio – e, por outro, um estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção. (BITENCOURT, 2003:103).

Para Zaffaroni (2003:114), há uma subdivisão na prevenção geral e ela pode ser positiva ou negativa. A prevenção geral negativa “pretende obter com a pena a

dissuasão dos que não delinquiram e possam vir a se sentir tentados a fazê-lo”, com o mesmo papel da teoria da prevenção geral e ressalta que “com esse discurso, a criminalização assume uma função utilitária, livre de qualquer consideração ética”. Ou seja, parte-se “de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício”, o que pressupõe um infrator racional “que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo”. Portanto, a ameaça da pena em si motivaria a não comissão de crimes. Sem desligar-se da ideia inicial de intimidação pela ameaça, percebe-se que a prevenção geral teria a função de afirmar a validade da norma por meio da aplicação da pena, obtendo-se como resultado a confiança dos cidadãos na ordem jurídica e garantindo-se a estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma violada.

Penas Alternativas: Originam-se na Rússia em 1926, como prestação de serviço à comunidade. Em 1960, o diploma penal russo criou a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, que deveriam ser cumpridos no distrito do domicílio do condenado, sob a vigilância do órgão encarregado da execução penal. Em 1948, a Inglaterra introduziu a prisão de fim de semana, e a Alemanha fez o mesmo em 1953, somente para infratores menores e diversos países os seguiram. Passa a ser uma tendência mundial a busca por substitutivos penais pelo fato de a pena privativa de liberdade não atender aos anseios de ressocialização. Julio Fabbrini Mirabete, apoiado em Dotti afirma que:

Diante do recolhimento universal da crise das penas institucionais, os projetos e códigos dos anos 70 vêm consagrando a previsão de outras sanções que, embora possam recortar a liberdade do condenado, não o afastam da comunidade e, conseqüentemente, de participar do processo de desenvolvimento da sociedade. A prisão é reservada para as espécies mais graves de ilicitude, ou, em outra hipótese, quando o exame dos antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente recomendar tal providência. (MIRABETE, 2001: 267)

Já Cezar Roberto Bitencourt (2006:85) afirma que “o princípio da dignidade humana sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar

sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.

Ao longo da evolução da pena, surgiram várias escolas penais que tentaram definir e explicar a finalidade da pena, ou seja, sua função social. Entre elas, destacam-se duas que propiciaram debates profundos e influenciaram significativamente o círculo Jurídico Mundial: a Escola Clássica e a Escola Positivista. Para a Escola Clássica, a única finalidade da pena era a retribuição por um mal cometido, mas não havia qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, característica que acabou revelando o ponto fraco dessa Escola, ou seja, a falta de um escopo. De outro lado, a Escola Positiva, defendida por Ludwig Feurebach, sustentava que a responsabilidade de zelar pelo Direito caberia tão somente ao Estado. Assim, sendo o crime uma violação do Direito, caberia ao Estado impedi-lo por meio da coação psíquica ou física. A pena seria uma intimidação para todos em seu aspecto abstrato e, para o criminoso, em seu aspecto concreto. Dessa forma, a pena não é somente um mal para o indivíduo, que a ela é submetido, mas também para a sociedade, a qual se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas se justifica pela sua utilidade. A pena é, então, uma prevenção geral quando é capaz de intimidar todos os componentes da sociedade e uma prevenção particular ao impedir o infrator de praticar novos crimes.

Da junção das Escolas Clássica e Positivista, surge a Teoria Mista, unificando os dois conceitos: a pena retributiva e a ressocializadora. Ou seja, ela objetiva retribuir e prevenir a infração. Para alcançar a finalidade da pena, é importante a ressocialização do preso para inseri-lo na sociedade. Para isso, é imprescindível que o Estado ofereça condições para que o detento possa trabalhar, pois o trabalho é um direito e um dever de todo cidadão, seja ele presidiário ou livre. O preso deve receber, além da oportunidade de trabalho, o acompanhamento médico e psicológico necessário para a adequação ao grupo. Segundo Fragoso, o que se objetiva com a pena privativa de liberdade é:

Que a prisão deve promover a custódia do condenado, neutralizando-o por meio de um sistema de segurança, no qual se esgota o sentido retributivo da pena e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo ou emendá-lo, por meio de um tratamento. Ou seja, a pena privativa de liberdade, em tese, teria de atender a todas as suas finalidades teóricas. (FRAGOSO, 2004, p.356)

Fazendo um contraponto ao que foi dito por Fragoso, cabe trazer o pensamento de Zaffaroni e Pierangeli. Na prática, as penas privativas de liberdade, embora se encontrem no núcleo de todos os sistemas punitivos contemporâneos, em muitos casos se constituem em “fator criminógeno”, ou seja, a sua aplicação acaba por negar os fins teóricos a que se propõe. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004: 796)

Deve-se ressaltar, também, que as penas privativas de liberdade, são, em geral, resultantes de uma “justiça seletiva”, já que, são por elas atingidos, predominantemente, indivíduos oriundos de segmentos sociais economicamente desfavorecidos, com menor capacidade intelectual e com menos condições, portanto, de exercer seus direitos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004: 796)

Ao se aplicarem as penas privativas de liberdade, o desiderato é reintegrar o infrator à comunidade, todavia, é notável o fracasso do sistema prisional como meio de se alcançar tais objetivos. De acordo com Fragoso, “além de as taxas de reincidência serem expressivas, o confinamento gera efeitos devastadores sobre a personalidade humana, que acaba por se ajustar à subcultura prisional, uma vez que é insolúvel a contradição entre as funções de custódia e reabilitação.” (FRAGOSO, 2004:354)

A ideia de ressocialização transmite uma noção de que se reintegrará na sociedade um indivíduo ressocializado, o qual foi retirado do convívio social como forma punitiva por algum delito cometido. Sendo que, após o mesmo sofrer a sanção prevista, deverá retornar ao convívio social de uma forma reeducada, para não cometer o delito novamente. Esse conceito revela-se ideal, contudo, na prática não funciona, até mesmo porque querer ressocializar e reeducar quem nunca foi socializado nem educado torna-se uma tarefa quase impossível. O efeito ressocializador eficaz e duradouro não pode residir no medo da pena, nem na conformidade formal do comportamento externo à lei. Sem a interiorização moral da norma, que pressupõe uma determinada atitude axiológica referente a valores, falta um fundamento estável à sua força determinadora.

O legislador criou a figura da pena de prisão e para ela estabelece parâmetros delimitadores do seu papel. Na vida social, cada atitude, seja de ação ou de omissão, recebe uma avaliação do próprio meio onde está a pessoa inserida por meio de quesitos de aprovação ou de não aprovação. Isso se dá até mesmo de modo imperceptível, mas as condutas humanas recebem valorações como inexpressivas, positivas ou negativas.

A tendência preventiva uniu-se às criações legislativas desde o século XIX, uma vez identificado que o delinquente era um indivíduo que carecia de

reparação comportamental. A partir de então, a prisão deixa de ser um mero instrumento cruel e recolhedor de indivíduos indesejáveis no meio social. Assume uma característica ressocializadora, prevendo na sua ideia básica que a conduta do delinquente é uma conduta desviada da normalidade social, de forma que o sistema punitivo tem como função primordial ressocializar o indivíduo, levando-o à normalidade.

O paradigma ressocializador propugna, portanto, pela neutralização dos efeitos nocivos e inerentes ao castigo, uma interação positiva do condenado que, longe de censurá-lo, habilite-o a integrar e participar da sociedade de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais. Não se trata de transformá-lo de forma milagrosa, e tampouco torná-lo um homem novo ou até mesmo bom. Trata-se de algo pensado no interesse exclusivo e real do condenado. Contando com sua colaboração efetiva, adotam-se técnicas e terapias cientificamente valoradas que facilitam a posterior integração do infrator, que não o limitam, mas incrementam suas expectativas e possibilidades de participação social.

3. A PESQUISA DE OPINIÃO SOBRE O ABUSADOR SEXUAL

Participaram da pesquisa de campo, 409 pessoas que atuam nas cidades do Recife e de Buenos Aires. A maioria das entrevistas, com aplicação de questionário, foi realizada com juízes, psicólogos e psiquiatras. Além de doze homens detidos por abuso sexual, em presídio no Recife. O total de entrevistados no Recife foi de 249. Em Buenos Aires, foram 119.

Este artigo traz um recorte da investigação, apresentando apenas as opiniões coletadas em Buenos Aires e considerações sobre os resultados nas duas cidades, ao final. Na Argentina, foram entrevistados 76 psicólogos, 30 juízes e 13 médicos psiquiatras, no período de maio a julho de 2013. A investigação contou com o apoio de três pessoas residentes naquela cidade, sendo que uma delas foi indicada pela Escola Superior de Justiça, instituição conveniada pela *Universid Del Museo Social Argentino*, campus da defesa da referida tese. Esses profissionais atuavam em entidades privadas, hospitais públicos e escolas de educação especial. Os juízes exerciam funções em cinco juizados federais, em um juizado de execução penal e em um complexo penitenciário.

O método selecionado foi o quantitativo, com aplicação de questionários numa amostra do tipo não probalística acidental, com participação voluntária, a partir de uma listagem dos locais de trabalho dos profissionais. O referencial selecionado foi Richardson (1999:160) que afirma ser “a amostra acidental um

subconjunto da população, formada pelos elementos que se pode obter, porém sem nenhuma segurança de que constituem uma amostra exaustiva de todos os possíveis subconjuntos do universo”. Com esse autor, compartilhamos a ideia de que não é possível generalizar em termos da população, por não ser representativa do universo dos sujeitos a que pertence e, portanto não pode ser submetida a provas de hipóteses substantivas.

Em Buenos Aires, o instrumento para conhecer a opinião dos profissionais sobre o abusador sexual foi um questionário com treze perguntas e respostas em múltipla escolha, dividido em quatro blocos temáticos. O primeiro bloco temático diz respeito à identificação dos entrevistados: 1) Sexo, 2) Idade; c) Estado civil; d) Profissão. O segundo bloco identifica se os entrevistados percebem o abuso sexual como doença, patologia psicológica, conduta criminosa ou desvio de conduta. Em seguida, os entrevistados indicam suas percepções sobre os mitos ligados ao perfil do abusador sexual, às possibilidades de sua convivência social, à classe social, ao grau de instrução, à sua convivência com a pessoa abusada. Para finalizar, o instrumento traz questões sobre a percepção da conduta a ser imputada ao abusador: a) Tipo de pena que deveria ser aplicada; b) Concordância ou não com a pena atrelada a tratamento médico psiquiátrico e/ou psicológico; c) Concordância ou não com a pena privativa de liberdade. Os resultados foram submetidos a um tratamento estatístico e a uma análise qualitativa.

RESULTADOS

Com relação ao gênero dos informantes, temos dois homens e sessenta e seis mulheres. As idades estão assim distribuídas: vinte por cento (20%) na faixa etária entre vinte e um e trinta anos; vinte e três por cento (23%) entre trinta e um e quarenta anos; vinte e cinco por cento (25%) entre quarenta e um e cinquenta anos; vinte por cento (20%) entre cinquenta e um e sessenta (51 a 60) anos, e dez por cento (10%) entre sessenta e um e setenta (61 a 70) anos. Já sobre o estado civil houve a predominância de casados (36%), sendo os demais 29% solteiros, 18% divorciados e 1% viúvos. A opinião dos participantes sobre o que é abuso sexual é a seguinte:

Tabela 1 - Para você o abuso intrafamiliar é:

		TOTAL	PROFISSÃO		
			Psiquiatra	Psicólogo	Juiz
Perturbação psicológica	NA	67	9	52	6
Conduta criminal	NA	57	7	24	26
Desvio de conduta	NA	42	4	32	6
Enfermidade	NA	26	7	17	2
Não respondeu	NA	1	0	0	1
Base	NA	(119)	(13)	(76)	(30)

Base: Total da Amostra

Essa questão apresentava quatro opções, tendo o participante a possibilidade de marcar mais de uma alternativa, ou sugerir outra resposta no próprio formulário. 48% dos entrevistados assinalaram a opção “Conduta criminoso”; 56% escolheram “Perturbação psicológica” (a opinião da maioria está em consonância com o pensamento da pesquisadora); 35% assinalaram “Desvio de conduta” e 22% “Doença” (aquela enfermidade com identificação no cadastro internacional de doenças).

Tabela 2 – Para você, o abuso sexual intrafamiliar ocorre com mais frequência em famílias com menos recursos financeiros?

		TOTAL	PROFISSÃO		
			Psiquiatra	Psicólogo	Juiz
Sim	NA	38	2	28	8
Não	NA	81	11	48	22
Base	NA	(119)	(13)	(76)	(30)

Base: Total da Amostra

68% dos informantes responderam “não” e 32% acreditam que sim. A maioria fez a ressalva de que se divulgam mais os abusos cometidos nas camadas de baixa renda. Entre as classes mais favorecidas, o mais comum é o silêncio. A tabela 3 revela o que os entrevistados pensam a respeito da relação entre o abuso sexual e o grau de instrução dos abusadores:

Tabela 3 – O abuso sexual intrafamiliar ocorre com a mesma frequência em todas as classes sociais?

		TOTAL	PROFISSÃO		
			Psiquiatra	Psicólogo	Juiz
Sim	NA	76	11	45	20
Não	NA	42	2	30	10
Não respondeu	NA	1	0	1	0
Base	NA	(119)	(13)	(76)	(30)

Base: Total da Amostra

Em um percentual de 64%, os entrevistados acreditam que o abuso sexual intrafamiliar ocorre com a mesma frequência em todas as camadas sociais e intelectuais, apesar de a imprensa divulgar mais as ocorrências do abuso sexual em famílias de nível intelectual baixo, da mesma forma que ocorre com as de baixa renda, que normalmente são as mesmas.

Já sobre a questão “*Con posterioridad al tratamiento clínico, los individuos que han practicado abuso sexual intrafamiliar tendrán condiciones de convivir socialmente?*”, 83% acreditam que sim, se esses indivíduos forem submetidos a tratamento clínico. O estudo considera essas constatações de grande importância, pois reforça a argumentação em torno da tese que defende.

Tabela 4 – Opiniões sobre a pena por categoria

		TOTAL	PROFISSÃO		
			Psiquiatra	Psicólogo	Juiz
Serem submetidos a tratamento psicológico e psiquiátrico	%	88	108	95	63
Ser submetido à pena privativa de liberdade	%	72	69	67	87
Ser sometidos à pena restritiva de direitos	%	20	8	26	10
Base	NA	(119)	(13)	(76)	(30)

Base: Total da Amostra

A tabela 4 revela que, na opinião de 88% dos investigados, os abusadores devem ser submetidos a tratamento psiquiátrico e psicológico. Os que entendem que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada são 72%. Este percentual é inferior ao dos que defendem o tratamento do abusador. Um número bastante significativo de investigados entende que o abusador deve receber pena privativa de liberdade cominada com o tratamento psiquiátrico e psicológico. Enquanto 20% dos investigados entendem que a pena restritiva de direitos é também necessária para os abusadores.

Com referência à pergunta “*Debe integrarse a la pena conminada al abusador la obligatoriedad del tratamiento psiquiátrico y psicológico?*”, os resultados foram: 97% para a resposta sim e apenas 3% para a resposta não. O que corrobora com a tese levantada pela pesquisadora neste trabalho. Outro resultado que ratifica a necessidade de uma mudança na forma de tratar os abusadores está expresso nas opiniões sobre a questão “Apenas a prisão dos abusadores resolverá o problema?”, uma vez que 97% responderam “não” e apenas 2% responderam “sim”. Esse resultado demonstra que o problema deve ser solucionado de forma diferente. A prisão não é a solução, do que se depreende que a legislação existente não é adequada, correta ou ideal. Como mudar essa realidade, considerando a opinião de pessoas abalizadas? Transformar o valor social em norma, mediante os fatos apresentados já era a busca do jurista Miguel Reale e é a da pesquisadora.

À questão “*Atendió (psicólogo) o juzgó (juez) a un abusador?*” apenas vinte e três participantes, o que representa 19% da amostra, responderam “sim”. Infelizmente, o número de atendimentos psicológicos é muito pequeno, o que demonstra a carência nessa área. Entre os profissionais que julgaram ou atenderam abusadores sexuais, 43% os consideraram doentes. Trata-se de um percentual significativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ineficácia da legislação vigente e a ausência de tipificação de conduta para o abuso sexual intrafamiliar levam ao cárcere, inúmeros vitimadores, sem qualquer exame prévio, psiquiátrico ou psicológico. Um número ainda maior deles fica livre no grupo social, pela ausência de perícia adequada para detectar o problema e encaminhar soluções.

O direito fica omissivo, não acompanha o pensamento social no sentido de estabelecer, por meio de legislação específica, a penalidade e o tratamento necessário para os abusadores, o que conduz à necessidade da adoção de um novo paradigma,

que vá além de ver os delitos apenas sob a ótica das vítimas. Diante desse tipo de infração, é necessário ver a família como um todo para compreender toda a problemática que envolve o agente infrator.

Necessário se faz destruir preconceitos, acabar com a rejeição e a revolta contra os vitimadores. Além disso, ter a consciência e o esclarecimento indispensável para entender que a sua marginalização apenas atrapalha a sua reinserção no grupo social e impede a criação, pelos legisladores e operadores do direito, da legislação adequada. Uma legislação que, além de normatizar a punição, reconheça a necessidade de um tratamento individualizado.

Infelizmente, ainda permanece o entendimento superficial sobre os crimes de abuso sexual, em face da não consideração da complexidade da realidade social/humana pelo direito. Apenas a penalização que leva ao cárcere não reabilita o abusador sexual, que necessita de outro tipo de tratamento com objetivo de reabilitação.

No Brasil já existe uma lei que autoriza o internamento compulsório, a lei 10.216 de 2001, dentro do ordenamento civil. Nela, está previsto que “o tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros”, não havendo razão para discordância com relação à obrigatoriedade de tratamento. O que deve existir é a inserção dessa norma em legislação penal própria para o tratamento específico dos abusadores sexuais e muito esforço multidisciplinar.

O abusador é uma pessoa portadora de enfermidade, que necessita de tratamento eficaz, mas que, em virtude da falta de persistência e de não aceitação do tratamento, não logra êxito. Esse fato leva a uma única solução: lei específica para o abusador sexual, determinando o tratamento compulsório.

A nova lei penal poderá unificar os sistemas brasileiro e argentino, com referência às penalidades para os casos de abuso sexual intrafamiliar, buscando assim soluções para a identificação da provável patologia existente e do grau de periculosidade dos agentes, estabelecendo critérios de análise obrigatória para o diagnóstico antecipado da perturbação.

As condutas praticadas pelos abusadores sexuais, se não encontrarem respostas eficazes por meio de tratamento jurídico adequado, continuarão desconstruindo o social. Para a autora, é possível o Estado devolver à população uma pessoa com possibilidades de ressocialização, protegendo o grupo social de futuros abusos.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, E. C. *Atendimento psicanalítico a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual*. Psicologia: Ciência e profissão. 21, 66-77. 2001.
- BITENCOURT, César Roberto. *Trabalho de Direito Penal: parte geral*, v.1 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Falência da pena de prisão: causas alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Vade Mecum: acadêmico e profissional. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.
- BRASIL. *Lei de Execução Penal nº. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Vade Mecum: acadêmico e profissional. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.
- CERVENY, C. M. de O. *A família como modelo*. Ed. Editorial Psy II, 1994.
- CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA. Disponível em: www.infoleg.com.ar.
- CÓDIGO PENAL, Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 25 de agosto de 2013.
- CÓDIGO PENAL. Portugal. Quid Juris – Sociedade Editora. Lisboa. 2010.
- _____. República de Angola. Escolar Editora. Angola, 2010.
- _____. Suíça. Helbing Lichtenhahn Verlag. Basel. 2011.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DAS NAÇÕES UNIDAS (1948).
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *A família como palco da violência sexual*. _____. Ed. Cadernos CAES, 1997.
- _____. *Incesto e alienação parental*/coordenadora Maria Berenice Dias. 3. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- DICIONÁRIO JURÍDICO. *Princípio da individualização da pena*. 31 de jul. de 2013. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/861/Principio-da-individualizacao-da-pena>
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Disponível em: www.senado.gov.br.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

- FLORES RZ, CAMINHA RM. *Violência sexual contra crianças e adolescentes: algumas sugestões para facilitar o diagnóstico correto*. Rev. Psiquiatr. Rio Gd. Sul. 1994.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35 Ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Manual para a medição dos indicadores da Justiça Juvenil*. Escritório de Drogas e Crime da Unicef, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2005.
- GUERRA, Raúl D. Onostre. *Abuso sexual em niños y niñas: consideraciones clínicas*. Rev. chil. pediatr. v.71 n.4 Santiago jul. 2000
- GUTIÉRREZ, Pedro A. *Delitos sexuales sobre menores*. 1ª ed. Buenos Aires. La Rocca. 2007.
- HABIGZANG, L. F. & CAMINHA, R. M. *Abuso sexual contra crianças e adolescentes: conceituação e intervenção clínica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.
- LOURENÇO, Fernando. *O instituto da reserva nos tratados internacionais*. S.D. Disponível em: <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/o-instituto-da-reserva-nos-tratados-internacionais-11399/artigo/>
- OBSERVATÓRIO DOS PAÍSES DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA. *Assembleia Nacional Angolana aprova lei contra a violência doméstica*. 11 de jul. de 2011. Disponível em: <http://www.oplop.uff.br/boletim/281/assembleia-nacional-angolana-aprova-lei-contraviolencia-domestica>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Manual para mensuração de indicadores de justiça juvenil*. Nova York, 2006. Disponível em: http://www.abmp.org.br/UserFiles/File/manual_indicadores_justica_juvenil.pdf
- PARMA, Carlos. *Primer Congreso Nacional de Terapia Ocupacional en Agencias del Sistema Penal*. Octubre, 2011. Disponível em: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=223:primer-congreso-nacional-de-terapia-ocupacional-en-agencias-del-sistema-penal-facultad-de-bioquimica-y-ciencias-biologicas-universidad-

- nacional-del-litoral-una-aproximacion-al-concepto-de-
resocializacion&catid=47:filosofia-del-derecho&Itemid=27.
- LENCARELLI, Ana Maria Brayner. *O perfil psicológico do abusador sexual de crianças*. Disponível em: <http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador.htm>
- MESSUTI, Ana. *O Tempo como Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Execução Penal*. Comentários à Lei nº. 7.210, de 11.07.1984. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOURA, A. da S. *A criança na perspectiva do abusador sexual*. Dissertação de mestrado não publicada, Instituto de Psicologia. Mestrado em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2007. Disponível em <www.msmedia.com/cepsua/andreina.com>
- PFEIFFER, L.; SALVAGNI, E. P. *Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência*. *Jornal de Pediatria*, 81,197-204, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, *Direito Internacional Público e Privado*, 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2011.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Nº 12.650, de 17 de Maio de 2012*. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=204>
- QUEIROZ, Paulo Queiroz: *Direito Penal – Parte Geral* – Editora Saraiva, São Paulo-SP: 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2000.
- REVISTA Consultor Jurídico. Portugal tem nova lei sobre registro de pedófilos. 27 de fev. de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-27/lei-portugal-rigorosa-ficha-criminal-pedofilos>
- RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: Métodos e Técnicas*. São Paulo: Atlas, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para*

- libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SIKKINK, Kathryn, *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: International Organizations, Massachusetts, Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.
- SÍNTESE *de direito penal e processual penal*. Síntese V.1 n.1. Porto Alegre, 2001.
- WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia. *Chemical Castration*. 6 de Set. de 2016. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Chemical_castration.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 3v. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. 1*, Buenos Aires: Rt, 2012.

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO¹⁸⁷

Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira¹⁸⁸

RESUMO

O artigo 940 do Código Civil trata-se de um direito material, o qual tem a finalidade de preservar o princípio da boa-fé nas relações jurídicas, visando responsabilizar o demandante que objetivar perceber dívida já adimplida no todo ou em parte, sem ressaltar os valores recebidos, extrapolando assim, o direito subjetivo da ação. Cediço que a boa-fé é o princípio basilar do direito brasileiro, devendo imperar em todas as demandas, sob a pena incidir nas hipóteses do artigo 17 do Código de Processo Civil. A norma inserida no artigo 940 do Código Civil é de direito material e tem a finalidade de preservar a boa-fé nas relações jurídicas, logrando responsabilizar civilmente aquele que, extrapolando o direito subjetivo de ação, tenta receber direitos já quitados ou a mais do efetivamente devido, sem ressaltar o que já havia recebido.

Palavras-Chave: Ofensa ao princípio da boa-fé processual; Abuso do direito por parte dos trabalhadores.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo estudar um tema que vem sendo muito debatido no meio jurídico, em especial entre os Magistrados, Advogados e Juristas da seara Trabalhista. O presente trabalho, tem por escopo trazer a baila argumentos referente à polêmica aplicação subsidiária do artigo 940 do Código Civil na esfera Trabalhista, tendo assim como foco principal demonstrar a possibilidade da aplicação do artigo 940 do Código Civil na esfera da Justiça do Trabalho, diante do abuso de direito do trabalhador em face de sua hipossuficiência.

Na elaboração deste trabalho fora utilizado o método dedutivo e, a técnica de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, revistas jurídicas, artigos que abordem sobre o tema, além de decisões das ações que tramitam em nossos

¹⁸⁷Trabalho de Pós Graduação apresentado como requisito parcial à obtenção da certificação de pós-graduado em Direito do Trabalho (Práticas Trabalhistas), da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.

¹⁸⁸Bacharel do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. Email: campos@freiremunizcampos.adv.br.

Tribunais. Ainda foram abordados os principais fundamentos contra e a favor da aplicação subsidiária do artigo 940 do Código Civil em sede das relações de trabalho. Desta feita, inicialmente, serão demonstrados os princípios que visam proteger o trabalhador, diante da sua suposta hipossuficiência na relação de trabalho.

No segundo Capítulo veremos a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema em baila, bem como demonstrando ainda, os argumentos a favor e contra a aplicabilidade artigo 940 do Código Civil na esfera da Justiça do Trabalho.

Já, terceiro e último capítulo será demonstrado a ofensa ao princípio da boa-fé, bem como o abuso de direito do trabalhador ao ajuizar as demandas trabalhistas e pleitear diversas verbas, as quais em sua maioria já foram quitadas pelos empregadores. Diante disto, restará demonstrado no presente trabalho a necessidade da aplicação do artigo 940 do Código Civil na esfera da Justiça do Trabalho, para amenizar a quantidade de demanda, bem como inibir alguns trabalhadores que se utilizam da justiça do trabalho como método de locupletar-se de forma ilícita.

1. DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Cediço que a Justiça do Trabalho tem a fama de ser muito protecionista, ou seja, proteger os empregados dos supostos abusos dos empregadores, tal proteção encontra-se elencada em todo bojo da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁸⁹. Assim, da leitura da Consolidação das Leis Trabalhistas, verifica-se que a intenção do Legislador é tentar equilibrar juridicamente a relação vivenciada entre as partes.

Nesse sentido, José Augusto Rodrigues Pinto, manifesta-se nos seguintes termos: “o Direito Processual do Trabalho, em cujo ventre se confronta indivíduos asperamente desiguais por sua condição econômica e, conseqüentemente, social, é um campo fértil para a sua aplicação”¹⁹⁰. Enfatizando a concepção segundo a qual o legislador deve estabelecer um favorecimento àquele que visa proteger, Cesarino Júnior afirmou que:

¹⁸⁹ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm> Acesso em: 08 de março de 2015.

¹⁹⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. Processo Trabalhista de Conhecimento, São Paulo: LTr, 5ª ed., 2000.

Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador¹⁹¹.

Desta feita, ao contrário do que ocorre no Direito Comum, onde se busca a todo custo à igualdade das partes, o legislador trabalhista teve grande preocupação em estabelecer maior amparo a uma das partes, ou seja, objetivou a proteção do trabalhador. Entretanto, essa aparente desigualdade tem por finalidade igualar as partes no âmbito do Direito do Trabalho. O Doutrinador Amauri Mascaro Nascimento corrobora com a ideia acima descrita:

Ao contrário do direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor¹⁹².

De outro turno, frisa ressaltar que a regra do *in dubio pro operário* - princípio da proteção - foi transportada do *in dubio pro reo*, vigente no Direito Penal, bem como o favor *debitoris* existente no Direito Civil, onde o devedor deverá ser protegido contra o credor. Tal regra possui a finalidade de proteger a parte, presumidamente, mais frágil na relação jurídica e, em se tratando de Direito do Trabalho, é possível presumir que a parte mais fraca é o empregado, diante disso, deverá ser aplicado de forma inversa o princípio vigente no direito comum¹⁹³.

Desta forma, evidente que as Leis Trabalhistas visam proteger os empregados, porém, tanta proteção acaba abrindo algumas brechas para

¹⁹¹ CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social. v. 1 São Paulo: Saraiva, 1957. p. 112.

¹⁹² NASCIMENTO, Amauri mascaro. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1977. p. 235

¹⁹³ LIMA, Francisco Meton Marques de. Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência, p. 81.

alguns empregados mal intencionados, que simplesmente querem locupletar-se de forma ilícita.

2. DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL QUANTO À APLICAÇÃO DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO

Nota-se que, a aplicação do artigo 940 do Código Civil¹⁹⁴ causou e vem causando diversas problemáticas no âmbito jurídico, entre os Doutrinadores, Magistrados e Advogados. A grande problemática que paira por sobre o presente assunto, é se a aplicação da disposição legal mencionada acima, feriria ou não os princípios basilares do direito do trabalho. Ocorre que, a questão da aplicação deste artigo no Direito do Trabalho deve ser abordada com certa cautela, tendo em vista existir grande divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto em baila.

Desta feita, a primeira corrente não admite a aplicação do citado artigo no âmbito do Direito do Trabalho, sob a argumentação de que esse preceito é inspirado no princípio da igualdade jurídica dos contratantes, preceito este que não existe na Justiça do Trabalho já que o empregado é a parte supostamente hipossuficiente da relação empregatícia, o que inviabilizaria a aplicação da norma civilista em questão. Essa corrente defende, também, que a aplicação do artigo 940 do Código Civil na esfera trabalhista traria sérios prejuízos aos reclamantes. Isso porque implicaria em cerceamento ao direito do trabalhador em postular as verbas que acredita ter direito, pois em muitos casos o trabalhador, em razão de sua hipossuficiência, não saberia ao certo precisar quais verbas teria direito ou não. Assim, logo, se o referido dispositivo fosse aplicável o empregado ficaria com receio de pleitear verbas sobre as quais tem dúvida de seu direito. Nesse sentido vem se manifestando o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, veja-se:

DA APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL. Insta observar que o art. 940 do Código Civil não se aplica à relação de emprego, pois nesta as partes são desiguais, ao passo que nas relações civilistas há igualdade entre as partes contratantes. Além disso, a índole tutelar do Direito

¹⁹⁴ Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição. BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.> Acesso em: 27 de abr. de 2015.

do Trabalho repudia quaisquer dispositivos ou instrumentos que impliquem em cerceamento ao direito do trabalhador postular aquilo que acredita ser devido. Sabe-se que em muitos casos o trabalhador em razão da sua hipossuficiência econômica não sabe ao certo quais verbas faz jus ao término da relação de emprego. (TRT 2ª Região – 12ª Turma, Processo n.º 01811.2005.077.02.00.5, Relator Dr. Mauro Freire Gonçalves, publicação 4.12.2009 – Trecho da Ementa)¹⁹⁵

No mesmo sentido, há aqueles que entendem que também não seria aplicável o artigo 940 do Código Civil no Direito do Trabalho, uma vez que o Código de Processo Civil, em seus artigos 16 ao 18¹⁹⁶, prevê expressamente as cominações do litigante de má-fé devendo ser aplicada as aplicações ali previstas por força do artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁹⁷. Tal entendimento fora manifestado pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

¹⁹⁵ JUS BRASIL, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/165272425/andamento-do-processo-n-1001488-7920135020472-do-dia-02-02-2015-do-trt-2>>. Acesso em: 26 de nov. de 2015.

¹⁹⁶ Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

BRASIL. Código de Processo Civil, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 08 de set. de 2015.

¹⁹⁷ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 08 de março de 2015.

MULTA PREVISTA NO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL - COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO Havendo, no Código de Processo Civil, norma específica para punição da parte que litiga de má-fé, não há como aplicar a disposição, de direito material, inscrita no artigo 940 do Código Civil (art. 1.531 do CC/16). Recurso de Revista conhecido e provido. (RR-214/2004-462-02-00.6, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 23/10/2009 - Trecho da Ementa)¹⁹⁸. RECURSO DE REVISTA. RECONVENÇÃO. COMPENSAÇÃO. ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO. O art. 940 do Código Civil é compatível com os princípios e normas do direito do trabalho, mas sua aplicação depende da constatação da má-fé do litigante, materializada na intenção de obter vantagem indevida. REMUNERAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA SUPRIMIDO. NATUREZA JURÍDICA. A Subseção Especializada em Dissídios Individuais do TST sedimentou o entendimento de que, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, a remuneração devida pela supressão, total ou parcial, do intervalo intrajornada reveste-se de natureza salarial. Decisões superadas pela iterativa, notória e atual jurisprudência da SDI-I não são aptas para empolgar recurso de revista, a teor da Súmula 333/TST. Recurso de revista parcialmente conhecido e não-provido (TST, Relator: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 04/10/2006, 6ª Turma,)¹⁹⁹.

Porém a segunda corrente entende que, não parece ser o melhor entendimento a ser aplicado em relação ao tema, sendo que só seria plausível caso

¹⁹⁸ JUS BRASIL, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/92880042/trt-15-judiciario-28-05-2015-pg-2309?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 de nov. de 2015.

¹⁹⁹ JUS BRASIL, disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1939296/recurso-de-revista-rr-1260003220045010461-126000-3220045010461/inteiro-teor-100700268>>. Acesso em: 26 de nov. de 2015.

o empregado/reclamante fizesse uso do *jus postulandi*, ocasião em que de fato não teria condições de mensurar quais as verbas a que teria direito ou que já foram quitadas, assim, não haveria dolo na sua conduta, o que o isentaria da má-fé.

Contudo, se o empregado é assistido por advogado, o que é o mais comum, não há que se falar que não saberia afirmar qual o seu direito ou quais as verbas já pagas. Bastaria o advogado analisar os documentos e informações trazidas, razão pela qual a primeira corrente acima exposta não parece a melhor a ser aplicada.

Ademais, vale mencionar que os artigos 16 a 18 do CPC tratam da deslealdade (má-fé) processual, e por serem normas de direito processual não devem ser confundidas com a norma inserida no artigo 940 do CC, a qual é norma de direito material e possui abrangência diversa da norma processual, podendo o direito existir antes mesmo de instaurado o processo judicial. Razão pela qual, não poderá jamais ser excluída pela aplicação da norma processual civil. Melhor parece ser o entendimento da corrente que afirma ser completamente aplicável o artigo 940 do CC no Direito do Trabalho, vez que autorizado pelo artigo 8º da CLT. Ademais, trata-se de norma de ordem pública de caráter geral que visa resguardar a lealdade processual entre os demandantes, princípio basilar de qualquer direito, inclusive o Direito do Trabalho.

Todavia, há que se certificar a má-fé do reclamante ao pleitear verbas a maiores ou já pagas. Deve ser clara a intenção de obter a vantagem indevida. Caso a cobrança seja de boa-fé ou por desconhecer seus direitos, no caso do *jus postulandi*, não incidiria a cobrança da referida multa por analogia ao disposto na Súmula 159 do STF²⁰⁰. Desta feita, vê-se que há grande divergência quanto a aplicação ou não do artigo 940 do Código Civil no âmbito da Justiça do Trabalho, cabendo assim, ao Magistrado analisar o caso concreto, e verificando a má-fé do empregado aplicar ou não as sanções do artigo 940 do Código Civil.

3. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DO ABUSO DO DIREITO DOS TRABALHADORES

Infelizmente, não há, na Consolidação das Leis do Trabalho, uma disciplina própria para a repressão ao abuso dos direitos processuais tanto do trabalhador quanto do empregador. Assim é que, com a permissão expressa do

²⁰⁰ SÚMULA 159 – Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil. Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em 08 de março de 2015.

artigo 769 da CLT²⁰¹, utiliza-se subsidiariamente a disciplina do CPC. Desta forma, é aplicável na seara trabalhista as sanções previstas nos artigos 187 e 927 do Código Civil²⁰², as quais equiparam-se ao abuso de direito e ao ato ilícito, os quais se configura quanto o titular de um direito excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social da boa-fé.

É mister perceber que, não há necessidade do dano para a configuração do abuso do direito, bastando apenas a desarmonia com a finalidade a que o direito se destina. E assim não poderia deixar de ser, sobretudo no processo, já que, embora a parte contrária possa não ter um prejuízo direto decorrente do mau uso do direito, o seu abuso sempre entra em confronto com a dignidade da justiça e com a reputação do Judiciário. Salienta-se ainda, que na vigência e após o termino do pacto laboral, a observância do princípio da boa-fé pelos sujeitos da relação empregatícia, é mais latente e necessária, tendo em vista a multiplicidade de direitos e deveres de cada parte. Diante o exposto, notório que na esfera trabalhista, o empregado postula diversos pedidos em sede da petição inicial, tendo em vista que se pode pedir tudo em nome da hipossuficiência, tal fato é comprovado por meio do imenso volume de pedidos formulados na Justiça do Trabalho, o que não pode acontecer, sob pena de desprestígio da mesma. Desta forma, conclui-se que, aparentemente, a própria Justiça do Trabalho esta fechando os olhos ao abusivo exercício do direito de ação, o que merece e deve ser revisto.

CONCLUSÃO

Diante da leitura do presente trabalho, verifica-se que os preceitos coibidores do abuso do direito encontram vasta e rigorosa disciplina na legislação. Entretanto tal fato não é suficiente; necessário se faz dar aplicabilidade aos dispositivos ora explanados, uma vez, que um enorme abuso de direito por parte dos trabalhadores ao pleitear as supostas verbas trabalhistas devidas pelo empregador. Desta maneira, infelizmente, há uma enorme tolerância, por parte do Judiciário, dos atos que atentam não só contra a parte contrária, mas também

²⁰¹ JUS BRASIL, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10653444/artigo-769-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>>. Acesso em: 11 de jan. de 2016.

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

²⁰² BRASIL. Código Civil, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 de jan. de 2016.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

contra a Justiça. Tal fato minimiza, senão tornam inoperantes a moralidade e a celeridade processuais, pressupostos da Justiça Material.

Desta forma, a impunidade ao uso abusivo do direito só favorece aqueles que não têm direito, os trabalhadores que buscam a justiça para tentar arrancar algum dinheiro de seu empregador em um vantajoso acordo ou eventual possibilidade de revelia e os empregadores que protelam o pagamento dos direitos daqueles a quem realmente devem. Assim, a Justiça do Trabalho, famosa justiça dos desempregados, cada vez mais se consagra como a “justiça” dos espertos. Por isso, faz-se necessária uma atitude positiva no sentido de dar maior efetividade ao novo paradigma de justiça, antes implícito e hoje expresso na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 08 de março de 2015.

_____. *Código Civil*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Acesso em: 11 de jan. de 2016.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

Acesso em: 08 de set. de 2015.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social*. v. 1 São Paulo: Saraiva, 1957. p. 112.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*, São Paulo: LTr, 5ª ed., 2000.

JUS BRASIL. *Andamento do processo nº 1001488*. 02 de fev. de 2015.

Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/165272425/andamento-do-processo-n-1001488-7920135020472-do-dia-02-02-2015-do-trt-2>>.

Acesso em: 26 de nov. de 2015.

- _____. *TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1260003220045010461 126000-32.2004.5.01.0461*. DISPONÍVEL EM:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1939296/recurso-de-revista-rr-1260003220045010461-126000-3220045010461/inteiro-teor-100700268>>. acesso em: 26 de nov. de 2015.
- _____. *Art. 769. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto Lei 5452/43*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10653444/artigo-769-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>>. Acesso em: 11 de jan. de 2016.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência, p. 81.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977. p. 235
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas 101 a 200. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em 08 de março de 2015.

PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA: RAWLS, NOZICK E A NATUREZA HUMANA

*Zilmar Clézio Hotti*²⁰³

INTRODUÇÃO.

O título dado a esse trabalho é apenas por uma questão de norteamo da discussão. Não se deve imaginar de imediato que em um trabalho, e não em uma tese de mestrado ou doutorado, houvesse condições de debater todos os pensamentos tanto de Nozick quanto de Rawls. A pretensão, no entanto, do autor deste é identificar o princípio básico do pensamento dos autores citados bem como iniciar uma discussão que talvez num futuro próximo chegue a se transformar numa pesquisa maior.

Trata-se de entender o pensamento desses autores do ponto de vista de onde constroem todos os outros pensamentos. Para tanto, pesquisa-se sobre a biografia dos mesmos, e também em suas obras principais, as ideias que tiveram acerca da sociedade, sobretudo na distribuição de bens entre os membros da sociedade. Após o que certamente deve-se fazer uma reflexão para uma conclusão, ainda que incipiente sobre as teorias Rawlseana e Nozckiana. Há também nesse trabalho um tópico que faz referência à natureza humana porque, no entendimento deste autor, é nessa questão que os autores devem ser mais questionados, pois partem de um princípio Lockeano de liberdade humana que no momento oportuno será discutida. Assim, como introdução ao estudo de Nozick e Rawls, o trabalho serve ao leitor iniciante.

1. BREVE HISTÓRIA DE RAWLS E NOZICK.

John Rawls, nascido em Baltimore no dia 21 de Fevereiro de 1921 e falecido em 24 de Novembro de 2002. Rawls foi professor na Universidade de Cornell e, também em Harvard. Suas ideias principais são expostas nos seguintes escritos: *Uma Teoria da Justiça* “*A Theory of Justice*”, publicada em 1971, *Liberalismo Político* “*Political Liberalism*” publicada em 1993, e *O Direito dos Povos* “*The Law of Peoples*”, publicada em 1999²⁰⁴.

²⁰³Doutor em Epistemologia e História de la Ciência pelo Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina(2015).

²⁰⁴ROUANET, Luiz Paulo . Rawls: Filósofo Político do Século 20. 62,63,Cult, ano 8, número 97, São Paulo, Novembro de 2005.

O Trabalho de Jhon Rawls se dá na segunda parte do século XX. Sua obra clássica, *Uma teoria da justiça*, provoca uma discussão nos estudos da justiça e ética por parte de filósofos ao ponto de sofrer reações até de companheiros como Robert Nozick. Publicada em 1971, *Uma teoria da justiça*, é uma discussão acerca de como se pode, mesmo no sistema capitalista, ainda se buscar uma distribuição mais justa dos bens.

Publicou *Uma teoria da justiça*, aos 50 anos de idade. Esta obra se tornou centro de discussões éticas acerca da justiça. No que se segue, devido ao grande debate em torno do assunto, Rawls reviu alguns dos pontos de sua abordagem. Desde então Rawls insere a questão da esfera pública em sua abordagem. Isto fez em obras como *Political liberalism* (1993) e *The Law of peoples* (1999).

O trabalho de Rawls é intenso e têm vários enfoques os quais devem ser percebidos pelo leitor atento, entretanto, neste trabalho apenas a questão de justiça é de interesse. Embora seja um tanto difícil de desvencilhar a justiça das outras questões abordadas por Rawls.

A contrapartida do trabalho de Rawls é verificada na obra de outro filósofo de grande renome. Robert Nozick²⁰⁵. Nascido no Brooklyn em Nova Iorque aos 16 de Novembro de 1938 e morto em 23 de Janeiro de 2002. Proeminente filósofo político americano nas décadas de 1970 e 1980 e casado com a poetisa Gjertrud Schnackenberg. Tinha descendência judaica, pois era filho de um empresário judeu da Rússia. A sua obra principal *Anarquia, Estado e Utopia*, de 1974, foi uma resposta libertária à *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls, publicada em 1971. Entretanto, desenvolveu trabalhos também nas áreas de epistemologia e teoria da decisão.

A principal ideia de Nozick, destacada na sua obra maior, é libertária no sentido de que o Estado não tem o direito de forçar uma pessoa mais privilegiada a contribuir com um menos favorecido para que este menos favorecido tenha também um bem estar maior²⁰⁶. De acordo com Nozick isto seria uma violação dos direitos do cidadão, ou da pessoa enquanto pessoa.

²⁰⁵NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado y Utopia*. As informações retiradas da capa do livro, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2012.

²⁰⁶O pensamento parece ecoar o que Bauman diz dos empresários na época de Maragareth Thatcher na Inglaterra. Os empresários estariam dispostos a financiar alegremente as estradas e outras obras necessárias para o desenvolvimento, mas não se sentiam responsáveis pelos inválidos ou por outros refugos humanos locais. Cf. BAUMAN, Z. *Globalização: As consequências humanas*. 11. Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1999.

2. PENSAMENTOS PRINCIPAIS DE RAWLS E NOZICK

Nesse tópico cumpre se verificar as ideias que norteiam os pensamentos de Rawls e Nozick. Inicia-se então com Rawls apenas por questão de escolha. Na sua obra Rawls pretende defender uma distribuição igualitária dos bens sociais, mesmo que pela palavra igualitária não se tenha a conotação de que todos tenham os mesmo objetos. Pretende antes dar destaque a justiça social. Para tanto, Rawls estabelece três princípios. O princípio da liberdade igual, princípio da diferença e o princípio da oportunidade justa. Mas o enfoque dado neste trabalho é a questão da justiça.

A ideia que Rawls tem acerca da justiça, é que a esta acontece *“quando não são feitas distinções arbitrárias entre pessoas na atribuição dos direitos básicos e tarefas, e quando as regras determinam um equilíbrio apropriado entre as demandas conflitantes pelas vantagens da vida social”*²⁰⁷ Nesse sentido, Rawls afirma que a distribuição natural dos talentos não pode ser colocada em termos de justiça, pois ela é obra da natureza e não se julga a natureza. A justiça tem a ver com a maneira como essa distribuição é manejada depois pela sociedade. Assim afirma Rawls:

“O que é justo ou injusto é a maneira como as instituições lidam com esses fatos. Sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem destas contingências a base para atribuição de posições em classes mais ou menos fechadas e privilegiadas. A estrutura básica destas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza”²⁰⁸.

Na verdade, a estrutura básica da sociedade é que determina tais questões, e esta estrutura deve ser avaliada se justa ou injusta, e não a maneira natural de se receber os talentos ou dotes naturais dos indivíduos. A teoria da justiça deve, portanto, ser construída a fim de que anule, ou, pelo menos, neutralize os efeitos das distinções arbitrárias e naturais.

A estrutura básica da sociedade é de fato um sistema público de regras que define um esquema de atividades que leva os homens a cooperarem de forma a produzir uma soma maior de benefícios, e atribui a cada um as pretensões

²⁰⁷ RAWLS, Jhon. Uma teoria da Justiça, 6. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

²⁰⁸ Ibidem, 109.

reconhecidas à participação. Uma teoria da justiça²⁰⁹, portanto, precisa oferecer um parâmetro pelo qual as sociedades possam ser mais justas. Há dois princípios a reger esse conceito. O primeiro deles é que cada pessoa deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas compatível com um sistema similar para todas as pessoas e o segundo é que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ajustadas de tal modo que para o maior benefício dos menos privilegiados, consistente com um princípio justo e ligados a cargos e posições abertos a todos, sob condições de equitativa igualdade de oportunidade. Para se conseguir tais princípios é necessário, segundo Rawls, um arranjo de mercado consistente com as liberdades básicas. Supondo que há uma distribuição de vantagens naturais, aqueles que estão no mesmo nível de talento e habilidade e têm a mesma disposição em usá-los, devem ter a mesma perspectiva de êxito, independente da classe de renda em que eles tenham nascido. Em todos os setores da sociedade deveria haver, de maneira geral, perspectivas iguais de cultura e de realizações para todos igualmente motivados e dotados. As expectativas daqueles com as mesmas habilidades não deveriam ser afetadas pela sua classe social²¹⁰.

Digno de nota no pensamento de justiça de Rawls é também o fato de ele pensar que o princípio de diferença neutraliza os efeitos dos talentos naturais ao transformá-lo em bem comum. De acordo com Rawls, Aqueles que tenham sido favorecidos pela natureza, quem quer que seja, devem se beneficiar de sua boa fortuna apenas para melhorar a situação daqueles que tiveram pior sorte. Os naturalmente beneficiados não devem ter mais vantagens simplesmente porque são mais dotados, mas apenas para cobrir os custos da educação e para usar seu talento de maneira a também ajudar os menos afortunados. Ninguém merece sua maior capacidade natural nem seu lugar inicial mais favorável na sociedade. Mas daí não se segue que essas distinções devam ser eliminadas. A estrutura básica pode ser arranjada de forma que essas contingências trabalhem para o bem do menos afortunado. Concluindo o pensamento de Rawls em relação ao princípio de justiça: Justo seriam os arranjos em que as expectativas dos membros mais favorecidos da sociedade pelo menos contribuem para o bem-estar dos menos favorecidos. Injusto seria quando as expectativas mais altas são

²⁰⁹ Para uma análise da questão do direito e da justiça ver também as questões de Kelsen e os imperativos categóricos de Kant analisados pelo autor Paulo Nader. NADER. Paulo. Filosofia do Direito, 208-210. Editora Forense, 15ª Ed, Rio de Janeiro, 2007

²¹⁰ Rawls, Jhon. Op. Cit. 80.

excessivas, ou seja, a situação dos menos favorecidos só aumentaria se as expectativas dos mais favorecidos fossem diminuídas.

Toda a teoria de Rawls se sustenta a partir do que ele argumenta em relação ao justo. Ele, para embasar seu conceito de justiça, evoca a ideia hipotética de um estado antes da natureza, quando as pessoas nascem. Ninguém nasce do jeito que nasce com seus dotes naturais por seu próprio merecimento. Imagina-se que a sociedade estivesse sob o “véu da ignorância”²¹¹ e se desse a ele a capacidade de escolha sem saber como nasceriam então esse ser poderia se colocar na posição isenta na busca pelas suas condições de bem estar e promover a distribuição justa dos bens primários da sociedade. As condições de nascimento de uma pessoa não são por merecimento, portanto justiça sempre será a partir daí o tentar amenizar os efeitos da natureza. E não usar esse aspecto natural para poder utilizar o seu “Direito de nascimento” para auferir lucros sobre aqueles que não tiveram a mesma sorte. O pensamento de Rawls é bem mais elaborado, esse resumo só serve no sentido de clarificar o âmbito da questão ética da justiça. Nozick vai de encontro a esse pensamento combatendo-o em sua tese principal.

Nozick ataca todos os pensamentos acerca da justiça distributiva. No entendimento de Nozick nenhum ser é obrigado a dar daquilo que lhe pertence por direito a outro sem que isso lhe seja por livre e espontânea vontade²¹². O Estado nesse sentido não deve interferir no direito do cidadão de adquirir seus bens, desde que seja adquirido sem que fira a liberdade de outros e seja adquirido de forma correta e legítima. Para detalhar seu pensamento Nozick argumenta em sua obra principal que a existência de um estado mínimo é superior a anarquia. Embora concorde com os anarquistas de que qualquer uso de força e redistribuição do Estado seria algo imoral.

Na intenção de defender seu ponto de vista, Nozick imagina a sociedade no estado de natureza e mostra como nesse estado o homem se vê obrigado a formar agências de proteção para lhe serem garantidas os direitos privados²¹³. Assim, ao formarem essas agências estariam também formando um Estado Mínimo. Nesse estado mínimo os pertencentes a sociedade cuja capacidade de pagar a agência de proteção não houvesse também receberiam a proteção pelo sistema de compensação.

²¹¹ Termo utilizado pelo próprio Rawls. RAWLS, Jhon. Op. Cit. 24.

²¹² NOZICK, R. Op. Cit. 7.

²¹³ *Ibidem*, 23-33.

No entendimento de Nozick esse princípio de compensação é uma necessidade moral. Nozick também elabora o conceito de titularidade que esta relacionada ao direito de propriedade. Elaboro o conceito de direito com base na justiça aquisição, na justiça de transferência e na retificação da injustiça. Quando ninguém tem seus direitos prejudicados, e quando o bem é adquirido por meio legítimo então o detentor do direito é o titular desse direito. Ninguém pode questionar tal pessoa por possuir seus bens quando estes são adquiridos desta forma. Quando há injustiça na aquisição dos bens então tal injustiça deve ser corrigida com base na retificação da injustiça. Mas se a pessoa adquiriu certo bem de forma legítima então ninguém pode tirá-lo de si²¹⁴. Nem mesmo para favorecer os menos afortunados pela natureza. Na verdade, o pensamento de Nozick também pretende demonstrar uma sociedade onde se poderia dar liberdade de crescimento às pessoas imaginando um estado mínimo no último capítulo de sua principal obra²¹⁵. No último capítulo de sua obra ele elabora essa utopia, mas o demonstrado até o momento já é suficiente para discutir o seu conceito de justiça.

3. COMPARAÇÃO ENTRE RAWLS E NOZICK.

Um dos principais pontos críticos da obra de Rawls é a possível incapacidade de com a sua teoria resolver-se os problemas da injustiça ou desigualdade naturais. Também a questão de pelo princípio de diferença o problema de haver uma possível injustiça quando a pessoa de estilo de vida um tanto mais custoso acaba por ser bancado pela pessoa com estilo de vida menos custoso. Isso se constituiria num problema de injustiça. Nozick critica Rawls por não concordar que determinados indivíduos sejam utilizados para bancar outros indivíduos. Entretanto, também Nozick falha em buscar alternativa para essa questão porque defende que seria direito de todos a um destino pelo menos equivalente ao que teria sido no estado natural (Clausula Lockiana)²¹⁶. Na verdade, esse esquema de Nozick acaba por privilegiar os que por acaso foram mais afortunados desde o nascimento. Além disso, pelo princípio de titularidade, a justiça fica inalcançável, pois historicamente é impossível buscar as raízes da aquisição dos bens.

²¹⁴ A discussão lógica desse tema está em NOZICK, Robert. Op cit. 221-223.

²¹⁵ Ibidem, 287-312.

²¹⁶ DE SALLE, Corentin. A tradição da Liberdade: Grandes Obras do Pensamento Liberal. 32. DPI Cromotipo, European Liberal Forum. [s.d.] Esta obra de Corentin nos dá uma explanação clara da Cláusula Lockiana e também do conceito self-ownership, ou o conceito de a pessoa ser dona de si mesma.

Até que geração se deveria buscar, por exemplo, onde alguém conseguiu juntar bens para se perceber se houve ou não a legitimidade da mesma? A história demonstra claramente que nunca houve direito sem que houvesse luta²¹⁷ pelo mesmo. Há um ponto em comum nos dois autores. A busca de uma justiça no Direito. Todos os dois autores entendem e desenvolvem, a seus modos, o imperativo categórico de Kant²¹⁸ de que o homem deve ser tratado como um fim e nunca como meio, embora Nozick leve isso a uma consequência diferente de Rawls. Rawls tenta amenizar a questão advogando uma reorientação social no sentido de que as pessoas sendo respeitadas em sua individualidade contribuam com outros para amenização da situação original de nascimento. Nozick tenta levar o direito da pessoa como indivíduo frente ao social.

Em Rawls o Estado tem essa obrigação, em Nozick isso fica mais a cargo da pessoa e não tanto do Estado. Mas Nozick, na tentativa de estabelecer os princípios ignora que o ser tem mais necessidades a serem conseguidas e não apenas a segurança. Somente uma agência protetora²¹⁹ não conseguirá desenvolver todas as necessidades dos seres humanos. Ou necessitaremos de várias agências para o desenvolvimento humano, uma para cada área do mesmo, ou a agência central deverá acumular muitas outras funções. Do contrário será incapaz de resolver todas as querelas do ser humano. Nozick não percebe que o Estado Mínimo fatalmente como um sistema complexo²²⁰ se, desenvolverá no próprio Estado Moderno, e levado as últimas consequências, será um estado típico do Leviatã de Thomas Hobbes²²¹. A discussão lógica acerca do merecimento dos dotes naturais por parte de NOZICK em sua obra nas páginas 221-223. Serve mesmo, como o autor diz, para Rawls porque a refutação da

²¹⁷ IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. 19. Martin Claret, São Paulo, 2004. Ihering não advoga a luta em todo tempo, mas especificamente quando há desrespeito pelo ser humano. Entretanto, a história da humanidade sempre mostrou que nunca existiu tempos em que não houvesse uma luta pelo direito por parte de particulares, ou por parte de instituições estatais.

²¹⁸ Acerca dos imperativos categóricos de Kant podem-se verificar suas obras: *Crítica da Razão Pura*. Nova Cultural, São Paulo, 1999. Ou ainda em textos como: PADOVANI, U; CASTAGNOLA, Luis. *História da Filosofia*, 355-378. 17 ed. Melhoramentos, 1995.

²¹⁹ Nozick imagina que a sociedade iniciante teria que ter agências protetoras para a defesa dos próprios direitos para que este não ficasse por conta da própria pessoa.

²²⁰ Acerca desse tema e do enquadramento da Economia ou do Direito como sistema podem ser consultados: BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*, 238-260. Editora Vozes, 4ª edição. Petrópolis, 2009. Também LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoria de Sistemas*. Universidad Iberoamericana. Ciudad del Mexico, 1996.

²²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 256-260. Nova Cultural, São Paulo, 1999. Não temos espaço nem tempo suficiente para tratar dessa questão em Hobbes, basta, no entanto, saber que Hobbes defende o direito do soberano em nomear seus conselheiros e suas ordens pois tem ele esse poder.

primeira premissa destrói o restante das afirmações de que “se uma pessoa merece seus dotes naturais, portanto, deve ter direito ao que se deriva desses dotes”. As justificativas posteriores de Nozick não convencem²²², pois atingem ao mérito dos dotes naturais. A pergunta pertinente é: qual a base para se dizer que tal pessoa merece nascer com determinados dotes ou não?²²³.

Rawls, por outro lado, ignora a própria natureza humana em si, pois o Estado ainda poderá por meio dos seres humanos levarem às diferenças ainda maiores entre os próprios seres humanos. O problema básico de Nozick e Rawls é justamente a questão Lockiana.

4. RAWLS, NOZICK E A NATUREZA HUMANA.

Tanto Nozick quanto Rawls têm seus méritos em apontar falhas nos sistemas atuais de Direito, sobretudo na área econômica. Todavia todos os dois falham numa área específica, qual seja a falta de análise e discussão acerca da natureza humana.

Essa falha no pensamento dos dois filósofos acontece por influência do pensamento liberal de Jhon Locke. O empirismo de Locke levava-o a pensar no ser humano como apreensor de seus pensamentos e desenvolvimentos devido aos sentidos. Assim, a natureza humana, em si própria não continha inicialmente nenhum sêmen, nem de maldade e nem de bondade. Quando Rawls imagina o nascimento das pessoas dentro de sua hipótese do “véu de ignorância” permite uma racionalidade com esse mesmo conceito. Um conceito de racionalidade sem a interferência de determinada disposição para o mal ou para o bem. Quando Nozick afirma ser o homem livre de tal modo que não pode ter sua liberdade contrariada por nenhum terceiro, imagina que no exercício de sua liberdade o homem consiga, com o mínimo de interferência do Estado, se desenvolver de forma mais justa. Este pensamento é proveniente do empirismo de Locke²²⁴. Embora em determinado ponto Rawls, com o “véu da ignorância” pareça propender um pouco mais para Hobbes²²⁵ certamente ele

²²²Não convence porque os argumentos seguintes não determinam a base do merecimento. Merecer algo significa fazer algo anteriormente para o merecimento. Onde que alguém nasce fazendo algo para nascer com determinados talentos naturais?

²²³HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 86. Nova Cultural, São Paulo, 1999. A discussão do merecimento por parte de Hobbes difere um pouco, pois ele insere na questão o sentido também de valor. Parece-nos que Rawls está preocupado simplesmente com a questão de merecimento por recompensa de algo e não de valor.

²²⁴DE SALLE, Coirentin. *Op. Cit.* 29-33.

²²⁵Esse fato pode ser percebido na página 16 de sua obra quando ele afirma que: “Se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a sua associação segura”. Hobbes afirma também essa inclinação do homem ao mal da

pressupõe um determinado contrato social²²⁶ no qual, alguns princípios de Kant estejam presentes e também a liberdade propagada por Locke se mostrem, contudo a mesma crítica feita a Rawls e a Nozick serve também para os filósofos citados. Não é uma abstração que fará o ser humano buscar a justiça, nem mesmo a imaginação de um contrato social ou ainda uma racionalidade consciente *a priori* de que agir com ética seja a busca de agir de acordo com a máxima de buscar um agir que seja universal. Nunca o ser humano mostrou ou demonstrou corretamente isso. Por falta de espaço e não ser objeto principal desse trabalho não se discute aqui todos os âmbitos da questão acerca da natureza humana²²⁷.

Pode-se, no entanto, perceber que a natureza humana deixada em seu estado natural na verdade nunca entraria em acordo com relação aos princípios de justiça, pois cada ser estaria sempre defendendo o seu lado e o seu direito inclusive como afirma Nozick, o seu próprio direito. Assim, falham todas as teorias de justiça que levam em consideração a natureza humana como tendo condições de agir imparcialmente. Falha o Socialismo, a Democracia, a Monarquia, a Anarquia e qualquer outro regime de governo onde a base seja a liberdade do ser humano²²⁸. O ser humano considerado livre nos moldes como afirmou Locke está sujeito a falhar. Também falha Nozick e Rawls. O primeiro por dar vazão a que o ser humano se sobreponha uns aos outros e o segundo porque seu modelo de justiça se inicie com determinado contrato de pessoas livres.

CONCLUSÃO

O problema da justiça está longe de ser resolvido. A discussão filosófica do tema leva a considerações outras de caráter mais profundo e ético. A principal questão levantada nos pensamentos de Nozick e Rawls de fato é onde se inicia a

seguinte forma: “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim... esforçam-se se destruir ou subjugar uma ao outro”. HOBBS, Thomas, Op. Cit. 108.

²²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social: Ensaio sobre a Origem das Línguas. Nova Cultural. São Paulo, 1999.

²²⁷ Uma das boas possibilidades de se perceber como agem as pessoas e como deixam se mostrar humanamente com uma natureza não propensa ao bem é a teoria dos jogos. Sem discutir todos os meandros dessa teoria, aplicada aos assuntos sociais seria ela uma boa amostra de que mesmo numa situação onde as pessoas deveriam agir pensando no outro não fazem outra coisa que não pensarem em si mesmos. O dilema dos prisioneiros é um a boa amostra desse fato. SARTINI, Brígida Alexandre; et al. Uma Introdução a teoria dos Jogos. UNIBA, Bahia, outubro de 2004.

²²⁸ Também não resolve definir liberdade como algo em relação apenas o exterior como faz Locke. Todos os agentes exteriores dependem do nosso ser interior para definir se suas intervenções serão ou não executadas no ser. Daí se segue que depende de como é a natureza interior do ser, o saber se ele pode ou não ser livre.

questão da justiça. Todavia, a justiça precisa ser definida de forma que abarque todos os âmbitos dos seres humanos, inclusive a questão de sua própria natureza. Depois de milênios de estudos acerca desse assunto nenhum filósofo ou cientista tem certeza absoluta ou conseguiu comprovar absolutamente que tipo de natureza tem o ser humano. Se se considera o ser humano como um ser dotado de uma natureza boa então certamente não estaria tendo essas discussões acerca da justiça. Se, pelo contrario, a natureza do ser humano é má, então nunca se chegará ao consenso de como deve ser a sociedade e principalmente a questão da justiça sempre ficará em aberto.

Por ser adepto desta última concepção, esse autor pensa que Rawls é aquele filósofo que se aproxima mais da realidade que Nozick. Parece que dentro da teoria Rawlseana se vê mais probabilidades de amenizar os efeitos nocivos da natureza humana na construção da sociedade, principalmente na área da economia. Entretanto, a discussão acerca do assunto está longe de terminar.

REFERENCIAS

- BAUMAN, Z. *Globalização: As consequências humanas*. 11. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*, 238-260., 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2009.
- DE SALLE, Corentin. *A tradição da Liberdade: Grandes Obras do Pensamento Liberal*. 32. DPI Cromotipo, European Liberal Forum. [s.d.]
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 256-260. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. 19. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Nova Cultural, São Paulo, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoria de Sistemas*. Universidad Iberoamericana. Ciudad del Mexico, 1996.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*, 208-210. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado y Utopia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- PADOVANI, U; CASTAGNOLA, Luis. *História da Filosofia*, 355-378. 17 ed. Melhoramentos, 1995.
- RAWLS, Jhon. *Uma teoria da Justiça*, 6. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- ROUANET, Luiz Paulo . *Rawls: Filósofo Político do Século 20*. Ano 8, Número 97, São Paulo, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Ensaio sobre a Origem das Línguas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SARTINI, Brígida Alexandre; *et al.* *Uma Introdução a teoria dos Jogos*. UNIBA, Bahia. Outubro, 2004.