
INTERTEMAS: Revista da Toledo Prudente

Volume 22

2017

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	279 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

Antonio Carlos Segatto (UEM)
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)
Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)
Flavio Murilo Tartuce Silva (EPD)
Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI)
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)
Gustavo René Nicolau (Universidade de Chicago)
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFMS)
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
William Santos Ferreira (PUC-SP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carolina Itami Higashibara (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 22 – 2017

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2017. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR	4
O USO DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA (EAD) COMO FORMA DE COMPLEMENTO DA GRADE CURRICULAR DO ENSINO DE DIREITO NOS CURSOS PRESENCIAIS	5
Guilherme Bittencourt Martins	5
JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA BOA PRÁTICA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, FORTALECIMENTO DE VALORES E DA CULTURA DE PAZ NA ESCOLA	17
Mariana Custódio de Souza	17
Maria Suzana De Stefano Menin	17
BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ADOÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	33
Isadora Fernanda Latini.....	33
Matheus da Silva Sanches	33
IMPUTABILIDADE PENAL X CRIMES COMETIDOS POR SERIAL KILLERS	50
Jandira Raimundo da Silva.....	50
Fernanda de Matos Lima Madrid	50
MULTIMÍDIA: DIREITOS AUTORAIS DO WEBSITE	70
Bárbara Pinho Coelho	70
MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO	86
Thainá Mayumi Carducci Nabeta.....	86
OS REFLEXOS DA SÚMULA 130 DO STJ NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE DECORRENTES DA GUARDA DE VEÍCULOS	98
Jéssika Medina Sanvezzo	98
TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO LIMITAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	110
Emerson Ademir Borges de Oliveira.....	110
Alessandro de Almeida Santana Souza.....	110
O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA ADOÇÃO E NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA	126
Iriana Maira Munhoz	126
O NASCITURO COMO TITULAR DO DIREITO A REPARAÇÃO POR DANO MORAL	139
Tainá Galvani Buzo	139
AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SELETIVIDADE E CUSTEIO	156
Beatriz Vieira Muchon	156
Edson Freitas de Oliveira	156
A IMPORTÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS PARA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO	173
Guilherme Streit Carraro	173
Jefferson Aparecido Dias	173
A USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET	190
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	190
O ARBITRAMENTO NO ISSQN	204
Mirele Guimarães Freitas	204
REQUISITOS DE VALIDADE DA ALTERAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO	233
Amanda Jacobs Garcia	233

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que entregamos aos nossos leitores a edição n. 22 da revista INTERTEMAS.

A presente edição reúne 14 artigos e um ensaio com variedade de temas ligados ao direito. Há artigos que abordam a relação entre educação e direito, aspectos do direito penal, direito civil, direito tributário e direito do trabalho.

Contamos com colaboradores de diversas instituições do estado de São Paulo, Paraná e um colaborador da Universidade de Coimbra.

Esperamos que a pluralidade de autores e temas tratados ofereça uma relevante contribuição aos estudos jurídicos. Boa leitura.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O USO DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA (EAD) COMO FORMA DE COMPLEMENTO DA GRADE CURRICULAR DO ENSINO DE DIREITO NOS CURSOS PRESENCIAIS

Guilherme Bittencourt MARTINS¹

RESUMO: Este trabalho desenvolve uma análise das tecnologias para o Ensino Superior no curso de Direito, bem como a aplicação do EaD – Ensino à Distância com relevância das matérias as serem aduzidas, sugerindo uma proposta as faculdades de direito, sobre a aplicação para aumento na grade curricular, com a aplicação de pelo menos 20% por cento das matérias de cunho de formação humanística e/ ou “optativas” do curso de direito, a fim de que não possa estender o curso de direito mais de cinco anos, e ainda trazer ao novo aluno da faculdade de direito, a visão ampla das matérias relacionadas a sua futura profissão, e proporcionando um avanço na tecnologia do ensino e na cultura do aluno.

Palavras-chave: Educação, nova tecnologia, ensina à distancia.

ABSTRACT: This paper develops an analysis of technologies for higher education in law school, as well as the implementation of distance learning - distance learning with relevance of the material being adduced, suggesting a proposed law schools on the application for increase in curriculum with the application of at least 20% percent of raw imprint of humanistic education and / or "elective" course of law, so that it cannot extend the law school more than five years, and still bring the new student of law school, the broad view of issues related to their future profession, and providing a breakthrough in technology education and culture of the student.

Keywords: Education, new technology, teaches at a distance.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o curso de direito vem sendo uma das maiores procuras entre as universidades e outros cursos, sendo a segunda colocação dentre a procura dos que pretendem seguir uma carreira, talvez pela opção ampla de se tornar um profissional do direito.

¹ Aluno Especial do Doutorado em Direito – USP, Mestre em Direito Constitucional pela ITE-Bauru/SP, especialista em Formação de Professores para Educação Jurídica Superior, Bacharel em Direito Pela ITE- Bauru. Advogado e Professor Universitário dos cursos de graduação e pós-graduação em direito da Faculdade Anhanguera de Bauru-SP, onde atua como coordenador da pós-graduação. É Professor do curso de direito da FASC-OAPEC Superior na cidade de Santa Cruz do Rio Pardo/SP.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Entretanto, com tamanha abrangência e aprovação do MEC em abertura de faculdades de direito, se verificou um déficit no ensino, na pedagogia, e no método para a aprendizagem do curso de direito no Brasil.

A comprovação que o ensino jurídico do Brasil não está sendo adequado, é em razão da grande reprovação, ou, da pequena aprovação, dos alunos recém-formados, ou ainda aqueles que formaram há algum tempo, nas faculdades de direito, para que exercício da profissão como advogados.

Então, fica a crítica de que a expansão do curso de direito no Brasil está sendo prejudicada e não está alcançando os objetivos concretos, se não à falta de preparo ou investimento nos professores que lecionam na faculdade de direito, por falta de metodologia, pedagogia e atualizações no que refere-se ao ensino jurídico.

Desta feita, o presente texto traz, de forma rápida, o método a ser adequado para o ensino do curso de direito e do uso do EAD e demais tecnologias.

Traz à baila a proposta de uso das tecnologias, como forma de incentivo ao ensino jurídico, bem como dos alunos e das faculdades, de ter como expansão a forma de conhecimento no universo jurídico e suas matérias para os alunos, como forma de opção e inclusão na grade curricular do curso de direito.

Assim, o acesso ao ensino, protegido pela Carta Magna de 1988 de acordo com a LDB Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - deve ser efetivado conforme os dias atuais vem nos modificando, sendo que temos que observar as modalidades, metodologias do ensino, aplicando o que mais se desenvolve no mundo atual que são as tecnologias, aplicando-as para a educação superior, em especial neste artigo, para o curso de direito.

2. O ENSINO DO CURSO DE DIREITO NO PAÍS

O ensino do curso de direito no País é uns dos mais antigos, sendo o pioneiro a faculdade da USP – Largo São Francisco – https://pt.wikipedia.org/wiki/Faculdade_de_Direito_da_Universidade_de_S%C3%A3o_Paulo#cite_ref-5, em se tratando de tempo de duração dos cursos de Direito, o padrão histórico nacional é que em aproximadamente 180 anos de ensino do Direito, o tempo mínimo de duração do curso foi de 5 (cinco anos) durante 158 anos e de 4 (quatro) em apenas 22 anos - de 1973 a 1995, sob a égide da Resolução CFE no 3/72(RODRIGUES, <http://www.aprendervirtual.com.br/artigoInterna.php?ID=51&IDx=172>), em que, talvez, nesta época o curso de direito tinha a duração de 4 anos, podendo ser devido aos tempos atuais, ou seja, dos direitos e garantias serem menores dos dias de hoje.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ocorre que nos dias atuais o curso de direito tem a duração de 5 anos, e com diversas matérias em sua grade curricular, sendo algumas obrigatórias, conforme a Resolução CNE/CES nº. 9/2004.

Não somente isso, é que no Brasil, as faculdades de direito são as mais procuradas, e há um incentivo do governo em relação a tal curso, tanto é que no País há cerca de 1.240 faculdades credenciadas de direito no Brasil em funcionamento e apenas a título de comparação, no resto do planeta a soma chega a 1.100 universidades (<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>) .

Neste sentido, a formação de bacharéis em direito atingiu uma enorme propagação pelo Brasil, havendo uma população discente de graduandos com cerca de 600.000 estudantes. (<http://s.conjur.com.br/dl/carta-aberta-abedi.pdf>).

Ocorre que tal expansão obteve seu prejuízo, devido à falta de preparo das faculdades para com seu ensino jurídico de qualidade, na aplicação de metodologia e pedagogia, ou ainda na formação de professores nas áreas do direito.

De tal modo que, conforme determinado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5ª inciso XIII, de acordo com o que estabelece o artigo 8º, IV, da Lei 8.906/1994 – o Estatuto da Advocacia, deve o bacharel em direito, prestar o exame da ORDEM em que deve ser aprovado para após exercer o seu cargo de advogado como profissão, ou seja, o Exame da OAB é requisito necessário para a inscrição nos quadros da OAB como advogado.

Para isso, o ensino deve ser de qualidade, e revendo também a tradição de antigamente, a fim de estar presente e sobrepondo à tradição, não como forma de exclusão, mas sim como forma de inclusão das novas tecnologias, na vida moderna, no intuito de realizar e melhorar a qualidade de ensino jurídico no país.

3. O METODO A SER ADOTADO NO ENSINO JURIDICO

Nos dias atuais, o método utilizado nas faculdades de direito, são os mesmos de muitos anos atrás, ou seja, o método tradicional, aquele em que o professor da aula, o aluno faz as devidas anotações e pegam os seus códigos e livros para acompanhamento da aula.

Ocorre que, nos tempos atuais a exigência é bem maior, devido à amplitude de matérias a serem estudadas no curso de direito, bem como a relação do aluno jovem e moderno ante as tradições das faculdades.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

No dizer do educador Paulo Freire (1996, p.33), “educar é substantivamente formar”. A educação do curso jurídico é um processo educacional e, como tal, deve se pautar pela ética (FREIRE, 1996, p.32), pois está em jogo a formação intelectual dos envolvidos. Neste sentido, Tércio Sampaio Tércio Sampaio Ferras Jr. (FERRAZ JR., 1994, p. 49), enfatiza que:

É preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades profissionais (o juiz, o advogado, o promotor) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização fechada e formalista.

E conforme se verifica, deve o aluno e a faculdade implantar sistemas novos e modernos para que atendam as necessidades dos profissionais, pois como se verifica hoje em dia, o processo eletrônico é o que está por vir, mas não somente isso, e sim pelas amplas matérias a serem discutidas no curso de direito, em que o aluno deve estar atento e atualizado, para que possa usar em sua futura vida profissional, com isso, deve obter a ajuda de novos procedimentos, como o uso da tecnologia.

Para Sérgio Rodrigo Martinez (2009) merece o comentário, pela questão:

Quanto à proliferação dos cursos de Direito, penso que esta preocupação deve se voltar mais para as instituições de ensino que pedem a criação de novos cursos. Em relação aos cursos já existentes, **estes devem se aprimorar cada vez mais a fim de ocuparem lugar de destaque no cenário jurídico e educacional brasileiro.** (grifo nosso).

O assunto é tão importante para debate que conforme as notícias do site da OAB Brasil, fora realizado um acordo para organização e nova política regulatória no ensino jurídico no Brasil, em que diz:

Em março deste ano, a OAB e o MEC assinaram um acordo de cooperação pioneiro, a partir do qual se constituiu uma comissão encarregada de estabelecer novos parâmetros e normatizar o ensino de Direito no país.

Pelos termos do acordo, o grupo de trabalho atuará com vistas aos seguintes objetivos: o estabelecimento de nova política regulatória para o ensino jurídico; a definição de critérios para a autorização, o reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de Direito; a identificação periódica da demanda quantitativa e qualitativa de profissionais do Direito; identificação periódica da capacidade instalada de campo de prática para a realização de estágios supervisionados; a definição de critérios para acompanhamento e avaliação do atendimento à demanda social para fins de manutenção da quantidade de vagas e do

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

próprio curso; a definição de diretrizes para avaliação do resultado de aprendizagem dos estudantes; e a definição de diretrizes para a elaboração do instrumento de avaliação dos cursos de Direito.” (<http://www.oabrs.org.br/noticia-12750-audiencia-publica-por-ensino-juridico-qualidade-ocorre-nesta-segundafeira-29> Acessado em 27.06.2013)

Fica claro ai, que as entidades responsáveis para a formação de profissional no curso de direito, estão preocupadas e estão revendo a valorização da aplicação de métodos ao ensino juridico, a fim de rever conhecimentos, usando novas metodologias, podendo aplicar as tecnologias atuais.

Desta ótica, a metodologia a ser aplicada no ensino juridico deve levar em conta os benefícios, revendo as metodologias a serem aplicadas, de acordo com a sociedade moderna e as normas a serem criadas, para que possa atender a demanda social no curso de direito.

4. UMA PROPOSTA DO USO DAS TECNOLOGIAS E DO EAD COMO FORMA DE COMPLEMENTO DO ENSINO PRESENCIAL

De acordo com Oliveira (2004, p. 112), a missão da Universidade é a “criação e transmissão de saberes necessários para um maior desenvolvimento da sociedade”.

No mundo moderno, mais do que transmitir informação, todo o tipo de ensino e educação visa preparar para o que o futuro nos irá pedir, ou seja, desenvolver habilidades sociais. Por isto, a afirmação de Carlos Aberto Torres:

As novas tecnologias da informação e comunicação trouxeram para área da educação novas poderosas ferramentas que facilitam e enriquece os processos de ensino e de aprendizagem ferramentas que, mais do que quais quer outras, democratizam o acesso à informação, permitindo obter milhões de dados, analisa-los, confronta-los com o professor aprofundando, desta forma, a sua investigação (TORRES, 1996 apud ROVER).

No ensinamento do autor Litto (2003), o setor educacional, no que tange ao ensino superior, o que mais cresce ultimamente ao todo do mundo, é o de ensino à distância – EAD, o que já existia ha tempos atrás de formas diversas, e que está aderindo uma inovação com a chegada das novas tecnologias de comunicação - TICs, com seu poder didático, e com as novas ultimatots de capacitação no homem em uma sociedade de conhecimento.

A força e a aplicação de novas tecnologias na vida social atual são cada vez mais manifestas, e só passam a ser despercebidos para uns poucos renitentes, que

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

anseiam em escapar aos receios do desconhecido desta nova vida moderna tecnológica – em que no dizer de SOUZA, 2003 p.34 (apud SANTOS JR, A. C. P. 2011). “Toda mudança gera desconfiança e certo receio por parte dos envolvidos, porém, só acreditando nela é que poderemos obter modificações significativas.” - Todavia, mesmo aqueles que reconhecem a sua validade e importância, no todo, a observação das novas tecnologias se reduzem a atributos quantitativos do procedimento, ou seja, máquinas, computadores, pessoas que poderão se envolver, valores econômicos etc, do que realmente o que importa, pelas atributos e metodológicas que a tecnologia impõe ao nível do processo cognitivo e da pedagogia de ensino. Estão como recursos de tecnologia atuais, a nosso ver o mais importante é a internet, que constituem novas formulas de leitura, escrita do pensar, do ser, e do agir, que, portanto, neste sentido, a formação educativa propõe uma nova forma de construir, formar novos pensamentos e trazer novos conhecimentos diferentes do tradicional, ou ainda, do antigo, levando em conta com os novos recursos da tecnologia na aplicação ao ensino superior. (BAHLIS, 2005).

Na análise de Belloni (2001, p. 69):

afirmar que o usuário tem grande margem de escolha e de autonomia frente às tecnologias de informação e comunicação faz mais sentido como uma proposta de ação pedagógica do que como uma análise da realidade.

Uma das grandes aplicações das tecnologias no ensino superior é o aumento das formas de comunicação, diálogo, interação e comunicação entre alunos, professores e alunos etc, e ainda até por faculdades/universidades, os acadêmicos de outras universidades, podendo gerar grupos, chats e fórum de debates (MORAN, 2000), o que torna atrativo para os jovens dos dias atuais, trazendo o maior incentivo para pesquisas sobre a matéria a ser discutida inovando , assim, seus conhecimentos.

Apontado por Mattar (2012b) a pesquisa de Sturgeon e Walker (2009) considera que “os alunos têm mais vontade de se comunicar com seus professores se eles já os conhecem no Facebook”. Portanto, as afinidades entre alunos e professores estabelecidas nesse ambiente poderiam resultar em “ambientes de aprendizagem mais ricos e maior envolvimento dos alunos” (STURGEON e WALKER, 2009 apud MATTAR, 2012b). A diversidade de mensagens pedagógicas com coisas mundanas parece contribuir para quebrar barreiras entre a sala de aula e o dia-a-dia do aluno (MATTAR, 2012a).

O ensino de direito no Brasil, era de quatro anos, e que agora são de cinco anos, entretanto para alguns, o tempo de cinco anos é insuficiente, mas para a carta de proposta para melhoria do ensino jurídico, em relação às diretrizes curriculares, a carta defende a manutenção da duração do curso em cinco anos e sugere que o trabalho de conclusão seja alterado, abrangendo “atividades de comprometimento social e comunitário”. (<http://www.conjur.com.br/2013-jul-26/abedi-divulga-carta-propostas-melhoria-ensino-juridico>).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Assim, verifica-se a aplicação do uso das novas tecnologias do EAD como complementação das matérias curriculares.

Ocorre que, a nosso ver tal ano é insuficiente para o ensino completo no curso de direito, em razão da quantidade de matérias a serem estudadas.

Para Piaget:

(...) o principal objetivo da educação é criar homens que sejam capazes de fazer novas coisas e não de simplesmente repetir o que outras gerações fizeram homens que sejam criativos, inventores e descobridores; o segundo objetivo da educação é formar mentes que possam ser críticas, que possam analisar e não aceitar tudo o que lhes é oferecido. (PIAGET apud LEMOS, 2004, p. 4)

Portanto, tal proposta é no sentido de haver a possibilidade de lidar com essa dificuldade, onde o aluno saia preparado para o exercício de sua função na área que deseja, e para isso deveria aprender nas faculdades as áreas relacionadas à matéria estudada, ocorre que o tempo é curto então a forma mais rápida de obter resultado é a proliferação do ensino pelo EAD, ou seja, usando a tecnologia como forma complementação para o curso de Direito, de forma que o curso não seja integral, mas sim o aluno de forma livre, em que esta proporciona um fácil acesso à informação, pois não depende de espaço e nem de tempo fixos. Os alunos ficam livres para estudar em seu próprio ritmo, independentemente do lugar onde estejam. Podem acessar a sua comunidade por meio do AVA, de qualquer lugar e a qualquer hora. O aprendizado pode ocorrer 24 horas por dia, sete dias por semana, 365 dias por ano, Possibilita o compartilhamento de informações e a produção de conhecimento de forma coletiva, propiciando ampliar experiências, estimulando a colaboração entre os alunos; Os alunos, individualmente ou em grupo, podem ter um acompanhamento personalizado e adequado às suas necessidades, de forma que, além de poder se conectar na hora que julgar mais propícia, ainda contam com a disponibilidade de poder escolher os assuntos e as opções que julgarem mais convenientes (SANTOS JR, 2011), de tal modo, estar acessando por meio de internet, ou outras formas, o uso da tecnologia a distancia, a fim de complementação na grade curricular do aluno, facilitando a assim o ensino nas faculdades e ainda o próprio aluno.

Conforme se depreende na Resolução CNE/CES nº. 9/2004, em seu art. 5º, inciso I, aduzindo que as faculdades de direito deverão obter como matéria curricular as formações humanísticas e de acordo com a Resolução nº 75 do CNJ, e para desafogamento das aulas de direito essas poderiam ser *on-line*, ou seja, usando o EAD, mas não somente estas deveriam acrescentar diversas matérias na forma de EAD, o qual as faculdades de direito colocam em sua grade curricular de “matérias optativas”, para que assim desafogassem as matérias de cunho obrigatórios, que estão determinadas na mesma resolução em seu inciso II, art. 5º, para o ensino presencial.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

As matérias de formação humanísticas são: Sociologia do Direito; Psicologia do Direito/Judiciária; Antropologia; Economia; História do Direito; Filosofia do Direito; Teoria Geral do Direito e da Política, que damos a sugestão de ser matérias complementadas pelo ensino EaD, ou seja, *on-line*.

As de caráter obrigatório são: Direito Constitucional (Teoria do Estado-Sistema Constitucional Brasileiro); Direito Civil; Direito Penal ; Direito Comercial/Empresarial; Direito do Trabalho; Direito Internacional ;Direito Processual Civil Direito Processual Penal ; Direito Processual do Trabalho e atividades de eixo práticos.

As optativas são diversas matérias que acompanham e acrescentam a vida do profissional do direito, ou seja, são diversas matérias que, podendo ser elas: Direito Romano; Direito Previdenciário; Direito Penal Militar; Direito Processual Penal Militar; Medicina Legal; Direito do Consumidor; Direito Imobiliário; Direito Agrário; Direito Sindical; Registros Públicos; Comércio Exterior; Execução Penal; Direito Eletrônico; Criminologia; Linguagem Jurídica; Direito Econômico; Direito Eleitoral; Estatuto da Criança e do Adolescente; entre outros. O qual no sentido de aperfeiçoamento do profissional e do bacharel em direito, e para que não aumentassem os horários de aula presenciais, bem como anos no curso de direito, a proposta e sugestão é aplicar estas aulas como caráter *on-line*, ou seja, via EaD, para assim facilitar o estudo do aluno, bem como reduzir custos da faculdades de direito.

Sugerimos também as atividades práticas serem pelas novas tecnologias tendo em vista que os Tribunais estão aderindo o processo eletrônico, tendo a Faculdade de Direito estar atualizada no mesmo sentido de acompanhar a evolução dos Tribunais.

Aliás, a Portaria do Ministério de Educação de Nº 4.059, de 10 de dezembro de 2004, permite que até 20% da carga do ensino presencial possa ser complementada com Ensino à Distância (EAD), sem a necessidade de autorização especial, ou seja, os 20% se preenchiam nas matérias de cunho de formação humanísticas, bem como aquelas chamadas “optativas”.

Se da parte dos profissionais do direito há forte demanda, da parte das escolas o desafio é flexibilizar o currículo e com ele a abordagem, quase sempre hermética e autoritária (FERRAZ JR, apud ROVER). Para Rover:

Esta flexibilização e maior acesso ao conhecimento jurídico de boa qualidade passa, necessariamente, por cursos semi-presenciais ou totalmente a distância. Evidentemente, é preciso reconstruir, fazer uma reengenharia das atividades de formação ora costumeiras e reciclagem dos professores para que não se reproduza simplesmente o modelo atual. O perigo do simples repasse de informação massificada é atual, mas é necessário correr o risco se quisermos ver no futuro um ensino democratizado do direito. Na realidade, hoje são inúmeras as sugestões e os esforços que visam a construção de um novo ensino do direito, que inclusive proporcione uma interação

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

dialógica entre professor e aluno. A EaD pode tornar-se mais um desses instrumentos e um dos mais importantes. (<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/publicacao-ead-ensino%20de%20graduacao%20contexto%20tecnologico%20e%20normativo%20fragale.pdf>)

Desta forma, a EaD é uma opção de crescimento de diálogo do professor e aluno, mas não somente isso, passa a verificar a aplicação do conhecimento e uso da tecnologia no curso de direito, para que o curso seja mais concreto em seu objetivo final, na formação de um profissional do direito.

Logo, a faculdade terá seus custos reduzidos, e também sairão beneficiados os alunos, para que não tenham a faculdade em tempo integral, podendo realizar as atividades em casa, ou em qualquer local, em que todos irá ganhar, e ainda, trazendo de forma inovadora, didática no ensino jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação superior no ensino jurídico no Brasil está em diversas fases de mudança e novos rumos, tendo como aliado a OAB e o MEC, a fim de realizar novas dimensões pedagógicas, métodos de aprendizagem e aplicação da tecnologia.

Com os tempos atuais, o curso de direito se proliferou, crescendo de forma espantosa, devida, talvez a demanda da profissão.

Entretanto, como se sabe, os direitos e garantias, de acordo com a sociedade, vêm em evolução, assim, as matérias do curso de direito, vem crescendo ao ponto de que o tempo do curso de direito torna-se pequeno.

Assim, a fim de resolver tal conflito, e de acordo com a Resolução CNE/CES nº. 9/2004 trouxe o presente texto, expondo o ensino do Brasil ao longo do tempo, até a atualidade, para que torne-se corriqueiro, o uso das tecnologias, e principalmente do uso do EaD ,em especial nas faculdades tradicionais , para que incluam o avanço do mundo moderno e aderem a forma de ensino diante o EaD.

Deste modo, o tempo ficará mais flexível, tendo a faculdade para com seus alunos maior desempenho perante as matérias a serem lecionadas, e assim, por consequência a formação do aluno do curso de direito ficará mais completa para o mercado profissional.

Conclui-se então que o EaD como forma de complemento das matérias presenciais, sejam como opção para as matérias de cunho de formação humanísticas e

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

aquelas de cunho irrelevante para a faculdade de direito, a fim de que se tornem o ensinamento por meio virtual, e não tomando o tempo necessário para o ensino das matérias de cunho obrigatório diante a Resolução CNE/CES nº. 9/2004, possibilitando a maior amplitude de conhecimento social, humanístico e das diversas atuação do profissional do direito, em que futuramente poderá o bacharel em direito seguir, diante das disponibilidades do EaD para com a faculdade presencial.

6. REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, Estatuto da, Lei 8.906/1994. 3ª Ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva 2007.

BAHLIS, Dos Santos, Nilton, 2005, **Notas sobre a Educação á Distância e a Revolução Tecnológica**, Revista Textos de la Ciber Sociedad, 6. Temática Variada. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net>>. Acessado em: 20.07.2013.

BELLONI, M. L. **A integração das tecnologias de informação e comunicação aos processos educacionais**. In: BAR-RETO, Raquel G. (Org.). Tecnologias educacionais e educação a distância: avaliando políticas e práticas. Rio de Janeiro- RJ : Editora Quartet, 2001.

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

DIREITO, Diretoria Da Associação Brasileira De Ensino do. **Abedi16 Pontos Centrais Para Um Debate Sobre O Futuro Do Ensino Jurídico: Carta Aberta A Propósito Da Revisão Do Marco Regulatório Em Direito**. 25 de julho de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-aberta-abedi.pdf>> Acessado em 27.07.2013.

EDUCAÇÃO, Ministério. **Portaria de Nº 4.059, de 10 de dezembro de 2004**. Disponível em:<portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/nova/acs_portaria4059.pdf>. Acessado em: 20.07.2013.

EDUCAÇÃO, Ministério. **Resolução CNE/CES nº. 9/2004**. Data de Publicação em 9, de 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces092004direito.pdf>> Acessado em: 20.07.2013.

EMOS, Maria de Fátima Rodrigues de; SOUZA, Miriam Freiberger; SCHIRMBECK, Fernando Ricardo Gambetta. Educação a Distância: USO DO TELEDUC Uma Realidade no Aprender a Aprender. 2004. Disponível em:<<http://www.abed.org.br/congresso2004/por/htm/094-TCC3.htm>>.Acessado em: 20.07.2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1997. apud AIRES J Rover, Dr. **A educação a distancia de graduação: contexto e tecnológicos e normativos**. Disponível em:<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/publicacao-ead->

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

ensino%20de%20graduacao%20contexto%20tecnologico%20e%20normativo%20fraga
le.pdf . Acessado em: 20.07.2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo, SP : Editora Atlas, 1994.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia como autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 30. ed. São Paulo- SP: Paz e terra, 1996.

LITTO, Fredric M. **Educação a distância e a USP**. Jornal da USP, Abril de 2003 ano XVIII , nº639.

MARTINEZ, **Sérgio Rodrigo. Reflexões sobre o Ensino Jurídico: aplicação da obra de Paulo Freire aos cursos de Direito**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 20.07.2013.

MATTAR, J. **Facebook em Educação**. Publicado em 17 de janeiro de 2012. Disponível em: < <http://joamattar.com/blog/2012/01/06/twitter-em-educacao/>> Acesso em: 21.07.2013.

MATTAR, J. **Twitter em Educação**. Publicado em 6 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://joamattar.com/blog/2012/01/06/twitter-em-educacao>> .Acesso em 21.07.2013.

MENDEL, Gabriel. **Abedi divulga propostas para melhoria do ensino jurídico**. Revista Eletrônica Conjur. 26 de julho de 2013. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-jul-26/abedi-divulga-carta-propostas-melhoria-ensino-juridico>> Acessado em 27.07.2013.

MORAN, José Manuel, Marcos T. Masetto, Marilda Aparecida Behrens. **Novas tecnologias e mediação pedagógica**.- Campinas, SP: Editora Papirus, 2000.

PAISES, Brasil sozinho, tem mais faculdades de Direito que todos os países, Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>> Acessado em. 23.07.2013.

SANTOS Jr, A. C. P. **Formação Inicial e Continuada de Professores do Ensino Superior: As Novas Exigências De Um Profissional Que Atenda As Necessidades Sociais Após A Reestruturação Produtiva**, Estão Universitária, Rede Mebox. Ed. 261. Abr. 2011. Disponível em: http://www.gestaouniversitaria.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24532:as-novas-exigencias-de-um-profissional-que-atenda-as-necessidades-sociais&catid=254:260&Itemid=21> Acessado em 20.07.2013.

_____, A. C. P. **Os benefícios dos ambientes virtuais de aprend. para alunos, professores e IES. Gestão Universitária**, Rede Mebox. Ed.2011. Disponível em: <http://www.gestaouniversitaria.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25189:os-beneficios-dos-ambientes-virtuais-de-aprendizagem-para-alunos-professores-e-ies&catid=265:271&Itemid=21.Acessado em: 20.07.2013.

TORRES, Carlos Alberto. A Universidade Aberta de Brasília. 1996. , apud AIRES J Rover, Dr. **A educação a distancia de graduação: contexto e tecnológicos e normativos**. Disponível em: <http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/publicacao-ead->

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

enensino%20de%20graduacao%20contexto%20tecnologico%20e%20normativo%20fra
gale.pdf. Acessado em 20.07.2013.

TURGEON, C.M.; WALKER, C. Faculty **on Facebook: Confirm or deny?** . Pesquisa
apresentada no 14th Annual Instructional Technology Conference, Middle Tennessee
State University, Murfreesboro, TN. Disponível em:
<<http://www.cmsturgeon.com/itconf/facebook-report.pdf>.>Acessado em: 21.03.2013.

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Faculdade_de_Direito_da_Universidade_de_S%C3%A3o_Paulo#cite_ref-5> Acessado em: 23.07.2013

.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA BOA PRÁTICA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, FORTALECIMENTO DE VALORES E DA CULTURA DE PAZ NA ESCOLA

Mariana Custódio de SOUZA¹
Maria Suzana De Stefano MENIN²

RESUMO: Este artigo versa sobre a proposta de justiça restaurativa como uma boa prática para a resolução de conflitos, fortalecimento de valores e da cultura de paz na escola. São abordados os princípios da justiça restaurativa que podem alicerçar a construção de ambientes favoráveis ao empoderamento e responsabilização do indivíduo, estimulando processos de autonomia, bem como o combate a violência.

ABSTRACT: This article deals with the restorative justice proposal as a good practice for the resolution of conflicts, strengthening of values and the culture of peace in school. It addresses the principles of restorative justice that can support the construction of environments conducive to empowerment and accountability of the individual, stimulating autonomy processes, as well as combating violence.

1. CONFLITO

Decorrente da contradição de valores, expectativas e interesses dos seres humanos, o conflito é inerente às relações interpessoais; ele faz parte da condição humana. Partindo desta premissa, é possível e desejável desenvolver mecanismos para a sua mediação em busca de soluções satisfatórias aos envolvidos, caso contrário, passamos a enxergar o outro como adversário, tendendo ao confronto e a violência.

Considerando a pluralidade dos indivíduos, tanto em sua visão de mundo como em suas emoções, somos capazes de compreender que é impossível conceber as relações humanas de maneira totalmente consensuais, assim, é comum que os conflitos ocorram.

Refletindo sobre isto, podemos afirmar que a existência dos conflitos não é, em si, um problema; o problema está no surgimento dos confrontos impregnados de violência.

Prevenir que situações conflitantes desencadeiem ações de violência depende da conscientização da necessidade de humanização do potencial violento que existe em nós. As pessoas cometeriam menos atos violentos se compreendidas em suas

¹ Mestre em Educação. Analista Pedagógica do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: direcaoceu@gmail.com

² Professora Doutora da Unesp de Presidente Prudente. Email: sumenin@gmail.com

dores. A falta de empatia alimenta os processos destrutivos em uma sociedade ainda dominada pela cultura da culpa, do julgamento e do castigo.

Tradicionalmente, o conflito é concebido como algo ruim, que deve ser extirpado da vida social, pois só pode haver paz na sua ausência. No entanto, atualmente, a partir de uma visão sistêmica de que os conflitos decorrem da convivência social do homem com suas contradições, podemos conceber a paz como um bem conquistado por pessoas ou sociedades que aprenderam a lidar com os conflitos. Quando bem conduzidos, os conflitos podem evitar violência e resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de entendimento e comportamentos.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Uma boa forma de tratar os conflitos para alcançar mudanças positivas e novas oportunidades de entendimento e comportamentos é a proposta de Justiça Restaurativa.

De acordo com Ortegá (2008), as diferentes origens (de tempo e lugar) das práticas restaurativas dificultam (dada a diversidade de contextos históricos-culturais) o consenso para a elaboração de um conceito específico, fazendo com que, ainda hoje, não exista uma definição consistente de justiça restaurativa – trata-se de um conceito em construção. A ausência desse conceito bem definido, torna a história da justiça restaurativa controvertida (contada de várias formas, com diversas concepções de justiça restaurativa, bem como, diferentes papéis a serem desempenhados por ela).

Mas, ainda segundo Ortegá (2008) por se tratar de um modelo relativamente, novo (da década de 90) e pouco difundido (se comparado à justiça tradicional), é importante que se apresente uma definição que oriente as discussões sobre o tema. Justiça restaurativa pode ser definida, de acordo com a resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, como um processo em que todos os indivíduos interessados (partes e demais membros da comunidade afetados pelo conflito) participam ativamente na resolução do conflito com o auxílio de um facilitador. O autor esclarece que, apesar da amplitude dessa definição, ela é de extrema importância para dar a ideia do que vem a ser a justiça restaurativa, enquanto não há um conceito consolidado. Além disso, ela serve para mostrar que a justiça restaurativa é um modelo firmado em valores, tendo em vista que, ao contrário da justiça tradicional (positivista), não há regras rígidas e leis que a ampare.

Dando prosseguimento, Ortegá (2008) revela que, embora a justiça restaurativa, como estamos conhecendo e construindo, desde a década de 90 (um modelo estruturado em alternativa ao sistema penal atual), seja uma nova perspectiva de justiça, as práticas restaurativas³ para a resolução de conflitos já existiam na época das

³ “por práticas restaurativas entendem-se as diversas formas que as sociedades comunitárias e pré-estatais utilizavam para resolver conflitos entre seus membros, seja mediante o diálogo, a

comunidades pré-cristãs e pré-estatais (da África, da América do Sul, do Norte e Nova Zelândia)

Nas comunidades nativas de territórios colonizados, a presença de práticas restaurativas devia-se, principalmente, a uma concepção de justiça distinta da punição baseada essencialmente na privação de liberdade, bastante utilizada pelas sociedades modernas. A própria estrutura das sociedades comunitárias, onde cada indivíduo exercia um papel significativo para o ordenamento social, favorecia as práticas restaurativas, no sentido de que o indivíduo que houvesse cometido alguma transgressão às leis da comunidade deveria ser julgado para permanecer exercendo sua atividade social, evitando-se, assim, a ruptura de seus vínculos comunitários (ORTEGAL, 2008, p. 124).

Ortegal (2008) relata que os modelos restaurativos atuais são frutos, em parte, das reivindicações dos povos nativos que exigiram respeito da justiça estatal às suas formas de resolução de conflito e por terem inspirado o modelo de justiça restaurativa em vários lugares do mundo atual. Vale ressaltar a experiência neozelandesa:

[...] as tribos Maori, da Nova Zelândia, são o maior exemplo na história da justiça restaurativa de como um modelo tribal ganhou visibilidade e legitimidade suficientes, a ponto de ser incorporado pela justiça tradicional neozelandesa. O modelo de justiça restaurativa advindo das tribos Maori foi o resultado da insatisfação dos membros dessa tribo quanto ao enquadramento de seus jovens e crianças no sistema tradicional repressor (ORTEGAL, 2008, 124-125).

Sendo assim, a Nova Zelândia pode ser considerada como um dos países que, há mais tempo, desenvolve projetos de justiça restaurativa.

Conforme os estudos de Ortegal (2008), o trabalho com crianças e adolescentes foi o primeiro a ser incorporado à nova forma de resolução de conflito adotada pelo Estado neozelandês; mas o passar do tempo fez crescer os grupos de trabalho com a justiça restaurativa surgindo, assim, a ideia de se criar uma agência que regulasse e regulamentasse os projetos com essa perspectiva de justiça. No entanto, a pouca maturidade dos projetos se tornou um impeditivo à criação desse instituto. Na ausência de uma agência reguladora, a Nova Zelândia adotou o documento “*Draft Principles of Best Practice for Restorative Justice Processes in Criminal Courts*” (Esboço dos Princípios da Melhor Prática para Processos de Justiça Restaurativa nos Tribunais Criminais), de 2003, como critério para a regulamentação das práticas restaurativas. Esse

negociação, seja por outro meio que se opusesse às medidas meramente punitivas” (Ortegal, 2008, p. 124).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

documento, apresenta alguns princípios norteadores (de participação, respeito e empoderamento) que se tornaram o sustentáculo para a efetivação da justiça restaurativa, sendo adotados por vários outros países do mundo contemporâneo.

Para que seja possível efetivar as propostas de justiça restaurativa, é necessário seguir seus princípios, considerando que o modelo não se orienta por leis ou regras, mas por valores.

Os estudos de Ortegá (2008) apresentam os seguintes princípios de justiça restaurativa: 1) voluntariedade (os operadores da justiça restaurativa devem fazer um trabalho voluntário, bem como as partes devem optar por esse modelo de resolução de conflitos, também voluntariamente); 2) informalidade (as partes podem ser consultadas, informalmente, até por telefone, se desejam participar desse modelo de resolução de conflitos e o local do diálogo deve ser neutro e informal) e 3) resultado ou acordo restaurativo (o diálogo, mediado, deve resultar em uma proposta de ação restaurativa, conjunta, na qual as partes se comprometem a cumprir).

Já os estudos de Pallamolla (2009), revelam que além desses, há mais alguns princípios: 1) não-dominação (a relação deve ser de igualdade, todas as partes devem participar ativamente); 2) empoderamento (as partes têm poder para apresentarem as suas versões da história e de decisão sobre o que farão e a melhor forma de resolver a situação); 3) limite de sanção (a sanção deve ser direcionada a reparação dos danos e reconstituição dos vínculos e não ao ofensor, ficando proibida qualquer forma degradante ou humilhante de desfecho); 4) respeito (não se pode desprezar, diminuir ou oprimir o outro); 5) preocupação igualitária (todos, de alguma forma, devem sair ganhando); 6) atribuição de responsabilidade (deve haver o reconhecimento do fato e assumir a responsabilidade de suas consequências) e 7) consenso com os direitos humanos (as atividades realizadas devem estar de acordo os preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Em resumo:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, na forma de procedimentos tais como mediação vítima-infrator (*mediation*), reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Na forma de mediação, se propicia às partes a possibilidade de uma reunião num cenário adequado, com a participação de um mediador, para o diálogo sobre as origens e consequências do conflito criminal e construção de um acordo e um plano restaurativo.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Na forma de reunião coletiva e círculo decisório, ocorrerá também uma mediação em sentido amplo, mais abrangente e reflexiva, ou seja, o diálogo sobre origens e consequências do conflito criminal e a construção de um acordo e um plano restaurativo ocorre não em nível individual, mas de forma coletiva e integrada com a comunidade.

Tais procedimentos propiciam às partes a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence, legitimando-os a construir um acordo e um plano restaurativo, alcançando o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator. (PINTO, 2006, p. 4).

2.1 A Justiça Restaurativa na escola

Não é de hoje que, assistindo à televisão, lendo o jornal ou caminhando pelas ruas, nos deparamos com diversas situações de violência. Violência tal, que se alastra com uma velocidade tão assustadora que, já há algum tempo, ultrapassa os muros e invade as escolas brasileiras.

Não são raras às vezes em que tomamos conhecimento de histórias de ofensa e agressão vivenciadas por alunos, professores, funcionários e dirigentes da escola. O medo e a falta de preparo para lidar com as situações violentas, que passaram a fazer parte do cotidiano escolar, acabam dificultando e desmotivando o educador para o exercício da profissão.

Chocados, amedrontados e muito preocupados, os educadores e a comunidade, de um modo geral, cobram, das autoridades do poder judiciário e do sistema educacional, providências para a solução do problema.

Uma das respostas do Governo do Estado de São Paulo ao apelo da população foi a elaboração, por meio de uma parceria do Poder Judiciário, da Secretaria da Educação de São Paulo e da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, de um projeto, denominado “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania”⁴.

Trata-se de um projeto que visa inserir, nas escolas da rede pública do Estado de São Paulo, espaços para a superação de conflitos, por meio de reflexão, diálogo e

⁴ O projeto foi implantado, em 2006, nas cidades de Heliópolis e Guarulhos, com a intenção de ampliação para atender toda a rede pública de educação do Estado de São Paulo.

acordo entre as partes. Esses espaços são denominados Círculos Restaurativos⁵ e buscam contribuir para a redução da violência nas escolas.

De acordo com esse projeto, o endurecimento da legislação e das punições aplicadas aos praticantes de atos violentos na escola não traz resultados duradouros, pois, tratam a superfície e não a essência do problema. Para os seus idealizadores, atos violentos necessitam sim de providências de contenção imediatas e de responsabilização dos envolvidos, no entanto, soluções rápidas podem eliminar a manifestação, isolada, de violência, mas não previnem que outras situações violentas ocorram.

Para compreendermos melhor essa questão, Vasconcellos (1995), compartilhando das ideias de Jean Piaget, explica que existem dois tipos de punição aplicáveis aos que descumprem as regras: as sanções expiatórias e as sanções por reciprocidade.

A sanção expiatória é a coação com uso da punição, ou seja, o castigo propriamente dito. Acarreta a formação de uma personalidade dependente, imatura e pouco criativa. Estabelece a cultura do medo ou da aversão ao cumprimento de regras, não contribuindo em nada para o desenvolvimento do discernimento do certo e do errado, já que não há uma reflexão da conduta praticada, mas sim a obrigação de se obedecer à imposição de uma regra que não foi construída ou, ao menos, interiorizada, refletida, ou aceita pelo indivíduo, o que a torna alheia ao seu anseio e à análise axiológica.

As consequências para esse tipo de sanção são três: a primeira delas é o cálculo de riscos, ou seja, provoca no sujeito à ela submetido, a apreciação dos riscos que corre ao praticar uma infração, isto é, não o intimida a praticar o ato, já que ele pode voltar a praticá-lo, mas o mantém preocupado, apenas, em não ser descoberto; a segunda consequência é a conformidade cega, na qual o indivíduo se conforma em, simplesmente, obedecer, sem tomar qualquer decisão ou fazer qualquer reflexão sobre sua conduta; sem fazer a distinção do certo e do errado, o que impossibilita o seu desenvolvimento crítico, prejudicando, assim, a educação para o exercício da cidadania e levando o sujeito à, possivelmente, cometer novo erro; a terceira, e última, consequência desse tipo de sanção é a revolta, na qual o indivíduo, em um determinado momento, resolve que está cansado de satisfazer as vontades dos outros e que chegou a hora de começar a viver por si só, desenvolvendo um sentimento de horror às regras, o que leva a transgredi-las.

Nesse sentido,

A moral das ações não está no ato de um homem seguir as regras determinadas socialmente, mas no princípio

⁵ É relevante esclarecer que os Círculos Restaurativos, como forma de superação dos conflitos vivenciados no ambiente escolar, são destinados, apenas, aos casos de infração disciplinar ou de natureza leve, como forma de prevenir novos atos de violência, não sendo cabíveis aos casos de maior potencial ofensivo que devem ser direcionados ao Poder Judiciário competente, o qual seguirá todos os preceitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, providenciando as medidas cabíveis.

subjacente a essas ações. A título de exemplificação, não basta um aluno deixar de furtar objetos pessoais dos colegas para que sua ação seja moral, porque se o princípio em que a sua razão se baseou foi o das regras sociais, ou o medo da punição, este imperativo é o hipotético, já que a ação poderá ser outra se a regra social for diferente ou se a ameaça da punição não estiver presente (ARAÚJO, 1996, p. 105).

Segundo o próprio Piaget:

[...] as sanções expiatórias, as quais nos parecem ir a par com a coação e com as regras de autoridade. Seja, com efeito, uma regra imposta de fora à consciência do indivíduo, a qual ele transgride: independentemente, mesmo, dos movimentos de indignação e cólera, que se produzem no grupo ou entre os detentores da autoridade, e que recaem fatalmente sobre o culpado, o único meio de recolocar as coisas em ordem é reconduzir o indivíduo à obediência, por meio de uma repressão suficiente, e tornar sensível a repressão, acompanhando-a de um castigo doloroso. A sanção expiatória apresenta, pois, o caráter de ser "arbitrária" (no sentido que os linguistas dão a esta palavra, para dizer que a escolha do símbolo é arbitrária em relação à coisa significada), isto é, de não haver nenhuma relação entre o conteúdo da sanção e a natureza do ato sancionado. Pouco importa que, para punir uma mentira, se inflija ao culpado um castigo corporal, ou que o privemos de seus brinquedos ou que o condenemos a uma tarefa escolar: a única coisa necessária é que haja proporcionalidade entre o sofrimento imposto e a gravidade da falta (PIAGET, 1994, p. 161).

O outro tipo de sanção existente é a sanção por reciprocidade, que, de acordo com Vasconcellos (1995) – baseando-se em Piaget, consiste na punição imposta aos descumpridores de uma regra tendo como foco o elo de reciprocidade⁶, ou seja, atenta-se aos que rompem o elo social buscando conservá-lo ou restituí-lo. Não é necessário impor ao infrator uma repressão dolorosa; basta que a ruptura do elo provocada pelo culpado o faça sentir seus efeitos. Ou seja, para que a reciprocidade funcione, é suficiente que as consequências da violação dessas regras façam o infrator sentir-se isolado, desejando ele próprio restabelecer as relações normais. Portanto, a repressão não precisa de um castigo doloroso para ser reforçada; no momento em que o culpado compreende o significado de sua falta, por si só, deseja recolocar as coisas em ordem.

Reportando a Piaget:

[...] sanções de reciprocidade, enquanto vão a par com a cooperação e as regras de igualdade. Seja uma regra que a

⁶ Este elo por reciprocidade está presente nas regras estabelecidas em benefício do convívio social; implica em determinar comportamentos sociais de respeito aos direitos de cada indivíduo e da sociedade como um todo; é a chamada regra de ouro: não façamos aos outros o que não gostaríamos que nos fizessem.

criança admite do interior, isto é, que compreendeu que a liga a seus semelhantes por um elo de reciprocidade (por exemplo, não mentir, porque a mentira torna impossível a confiança mútua etc.). Se a regra for violada, não há absolutamente necessidade, para recolocar as coisas em ordem, de uma repressão dolorosa que imponha, de fora, o respeito pela lei: basta que a ruptura do elo social, provocada pelo culpado, faça sentir seus efeitos; em outras palavras, basta pôr a funcionar a reciprocidade. Não sendo mais a regra, como anteriormente, uma realidade imposta de fora, da qual o indivíduo poderia se furtar, mas constituindo uma relação necessária entre o indivíduo e os seus próximos, basta tirar as consequências da violação desta regra, para que o indivíduo se sinta isolado e deseje, ele próprio, o restabelecimento das relações normais. A repreensão então, não precisa mais de um castigo doloroso para ser reforçada: reveste toda a sua intensidade na proporção em que as medidas de reciprocidade fazem compreender ao culpado o significado de sua falta (PIAGET, 1994, p. 161 e 162).

A Justiça Restaurativa se baseia, justamente, nessa ideia de sanção por reciprocidade, na qual o autor do ato infracional deve ser responsabilizado por seus atos, mas deixando de lado o caráter punitivo (de castigo) e abrindo espaço para o diálogo e a reflexão – ou seja, ocorrem os Círculos Restaurativos a fim de recuperar a confiança rompida. Por meio desses círculos, autor e receptor do ato violento, podem alcançar a solução do conflito, na busca de superar os danos.

Nessa direção, explica Konzen:

A restauratividade, pelo sentido estrito construído a partir do adjetivo *restaurativa* ao substantivo *justiça*, teria o propósito de dedicar-se em tentar instalar novamente o valor da justiça nas relações violadas pelo delito.

O sustentáculo da pretensão não está, como se percebe até mesmo pelo sentido das palavras, em devolver ao relacionamento violado pelo fato, o *status quo ante*, como se o fato pudesse ser apagado como um não-acontecido. A pretensão é de outra dimensão. A partir da constatação da existência do fato, a resposta não se limita à imposição de uma pena, a investigar o ocorrido para definir o tamanho da culpa e a proporcionalidade da resposta, mas em perguntar qual é o dano, se é possível e o que deve ser feito para repará-lo e de quem é a responsabilidade pela reparação [...]

O proceder para a busca por respostas não consiste, como no sistema retributivo, na entrega da responsabilidade a terceiros, a agentes do Estado em relação de poder voltada a rememorar o passado e a debater ou discutir em um ambiente adversarial, mas com foco nas necessidades dos protagonistas do fato, dos direta e indiretamente atingidos pelas consequências, a instalação do diálogo como

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

instrumento base para a busca por respostas. E as respostas *postas* pelo diálogo, nesse sistema, têm primazia sobre as soluções *impostas* (KONZEN, 2007, p. 83 e 84).

Assim, o foco principal da Justiça Restaurativa é o fortalecimento das relações de respeito entre as pessoas e a reafirmação dos valores:

Os valores que regem a Justiça Restaurativa são: empoderamento, participação, autonomia, respeito, busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados, mas também na satisfação das necessidades emergidas a partir da situação de conflito. Esses valores têm demonstrado a possibilidade de se alcançar o restabelecimento do senso de justiça, dignidade e segurança – daí seu nome “restaurativa” – em termos diferentes daqueles que levaram à situação de conflito (PROJETO “JUSTIÇA E EDUCAÇÃO EM HELIÓPOLIS E GUARULHOS: PARCERIA PARA A CIDADANIA”, 2007, p. 13).

Essa concepção vai ao encontro, não só dos preceitos de Piaget (1994), conforme relatamos anteriormente, mas, também, da teoria vygotskyana, que, de acordo com Martins (1997), dá grande valoração ao processo de interação social como forma de realização de intervenções pedagógicas. As possibilidades que as interações sociais e o ambiente proporcionam ao indivíduo são essenciais para a formação de um sujeito lúcido, consciente e capaz de transformar o meio em que vive. As interações sociais têm por base o universo da vida humana, ou seja, partem das intermediações com parceiros mais experientes que orientam o pensamento e o comportamento, estabelecendo significados⁷ e sentidos⁸. Por meio das práticas de interação e reflexão sobre elas, se pode chegar à harmonia social e, conseqüentemente, às condutas aceitas pelo grupo e, melhor ainda, não exercidas mediante imposição, mas por vontade de realizá-las o que implica na não reincidência de condutas abomináveis pela sociedade.

Portanto, ao que tudo indica, projetos de justiça restaurativa podem auxiliar o fortalecimento de valores morais, possibilitando a mudança de comportamentos e, conseqüentemente, transformando a realidade violenta que enfrentamos.

2.2 Procedimentos de Justiça Restaurativa na escola

⁷ Aquilo que é convencionalmente estabelecido pelo social (VYGOTSKY apud MARTINS, 1997, <http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/ideias_28_p111-112_c.pdf>)

⁸ Interpretação do sujeito dentro de seu tempo, espaço e contexto de vida pessoal e social, VYGOTSKY apud MARTINS, op. cit.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

LOUREIRO e GROSSI (2009, s. p.) explicam que o processo de implementação da Justiça Restaurativa na escola se dá em três momentos diferentes: primeiro é realizado um Pré-Círculo Restaurativo, depois o Círculo Restaurativo, propriamente dito, e, por fim, o Pós-Círculo Restaurativo, todos, devidamente monitorados por profissionais capacitados (denominados Coordenador e Co-coordenador⁹), que facilitarão o diálogo. As autoras descrevem os procedimentos cabíveis a cada uma dessas fases, de forma clara e didática, conforme segue:

1) No Pré-Círculo, os profissionais capacitados convidam o autor e o receptor¹⁰ do ato infracional para um encontro (separadamente), no qual poderão se apropriar dos fatos, elaborando um resumo sobre eles. Nesse momento, são definidos os participantes do Círculo, que participarão espontaneamente, a convite do autor ou do receptor. Todo o processo de Justiça Restaurativa é voluntário, podendo qualquer envolvido desistir de sua participação, quando sentir necessidade;

2) No Círculo, propriamente dito, existe o encontro formal dos envolvidos no ato infracional, juntamente com os seus convidados. Nesse momento, o profissional capacitado acolhe os participantes organizando-os em círculo, solicitando que os mesmos se apresentem sem agregar a si posições. Em seguida, o Coordenador explica a dinâmica do encontro para que todos estejam cientes do que estão participando. O encontro pode ser filmado se houver vontade e permissão (termo de consentimento) dos participantes. Prosseguindo, o Coordenador esclarece que os assuntos abordados no Círculo deverão permanecer em sigilo, assim, todos poderão se expressar livremente. Então, o Coordenador conduz a facilitação do diálogo entre as partes. Ao final, o profissional elabora um acordo ou plano restaurativo, considerando as sugestões e concordância de todos os envolvidos. O Círculo Restaurativo foca a compreensão mútua, a responsabilização e o acordo entre as partes.

3) No Pós-Círculo, passados trinta dias da elaboração do acordo ou plano restaurativo, o Coordenador e o Co-coordenador realizam uma visita domiciliar para verificar o cumprimento do mesmo e, se não houver restauração, os profissionais devem fazer uma análise dos pontos fragilizados buscando alternativas de intervenção.

Resumindo:

⁹ O Projeto Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania, utiliza a denominação Facilitador para os profissionais capacitados para atuação nos Círculos Restaurativos.

¹⁰ A nomenclatura vítima e ofensor não são usadas nos Círculos Restaurativos, para não rotular os envolvidos, uma vez que a Justiça Restaurativa preconiza a igualdade dos participantes. Por essa razão, se reporta aos sujeitos como autor e receptor do ato infracional.

O que se busca com a Justiça Restaurativa é que as partes envolvidas no processo tenham a possibilidade de serem escutadas e principalmente que consigam escutar, bem como reconhecer as necessidades básicas e humanas do outro. Do mesmo modo, ao se criar e possibilitar um espaço para se exercer atos comunicativos e se buscar acordos mútuos, espera-se que os atos violentos ou instrumentais sejam deixados de lado, dando lugar ao entendimento e à compreensão mútua. Por conta disso, se quer abandonar antigos paradigmas baseados em uma educação repressora ou em uma justiça punitiva que tem por premissa amestrar e domesticar crianças e adolescentes, não lhes possibilitando a condição de sujeitos de direitos pelo reconhecimento da sua efetiva cidadania (COSTA E PORTO, 2008, s. p.).

2.3 Alguns dos resultados alcançados por projeto de Justiça Restaurativa na escola

O Projeto Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania (2007, p. 108), descreve que, a partir de 2006¹¹, as Varas da Infância e da Juventude da Capital (Heliópolis) e Guarulhos passaram a adotar uma nova forma de resolução e conflitos, na qual, mesmo os agentes não envolvidos diretamente com o projeto, passaram a se posicionar, de maneira inclusiva e participativa, em relação aos adolescentes em conflito com a lei. Os adolescentes, quando possível, passaram a ser encaminhados aos Círculos Restaurativos e seus Planos de Ação acolhidos.

Segundo esse projeto (2007, p. 108-109), no ano de 2007, do início até o mês de junho, 125 processos, envolvendo adolescentes em conflito com a lei, deram entrada no Fórum de Heliópolis; desses processos, 49 foram encaminhados para os Círculos Restaurativos, tendo sido realizados 17 Círculos dos quais em 16 houve acordo¹². Já em

¹¹ O projeto (Círculos Restaurativos) da forma como apresentado aqui não mais existe, podendo ter restado, quando o caso, somente algumas práticas restaurativas. Baroni (2011) relata que, ao realizar contato com as escolas apontadas como parceiras deste projeto para definir o local da coleta dos dados de sua pesquisa, em 2010, já pôde verificar uma tendência a extinção do projeto implantado em 2006. As escolas afirmaram que não estavam mais desenvolvendo ou estavam deixando de desenvolver a proposta de justiça restaurativa. Encontradas duas escolas, durante sua pesquisa, a autora do presente artigo percebeu que a chegada do professor-mediador, figura implantada por resolução da Secretaria de Educação em agosto de 2010, intensificou esta extinção, pois, apesar de fazer parte de suas atribuições a mediação dos conflitos escolares e apoiar os programas de justiça restaurativa, na prática, o que se observou foi que este professor não direcionava as situações de conflitos aos círculos restaurativos e, ainda, tentava resolvê-los sozinho e sem proporcionar o diálogo, a reflexão e o fortalecimento de valores, realizando, apenas, a contenção imediata da ação violenta.

¹² Os demais 76 processos não foram encaminhados aos Círculos por se tratarem de crimes de maior potencial ofensivo.

Guarulhos houve tempo hábil para a realização de 10 Círculos Restaurativos e deles houve sete acordos.

Neste caso, podemos perceber que o projeto demonstrou que transformou a forma de resolver conflitos, trazendo um diferencial qualitativo ao atendimento de adolescentes em conflito com a lei.

O doutor Eduardo Rezende Melo, juiz da Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul, em entrevista dada ao Boas Práticas, um Programa do Conselho Nacional de Justiça, em março de 2007, afirmou que o projeto de Justiça Restaurativa nas escolas, em São Caetano do Sul, desde maio de 2006, quando foi implantando, realizou por volta de 150 Círculos Restaurativos, atendendo cerca de 500 a 600 pessoas, sendo que em 98% desses Círculos houve acordo e em 95% houve cumprimento desse acordo. Para o juiz, os Círculos têm dois pontos positivos muito importantes. Primeiro, por meio dos Círculos, o adolescente tem acesso à justiça de forma mais rápida e por si mesmo, sem depender dos pais para encaminhá-los; e o segundo ponto se refere ao fato de que é possível ao adolescente autor do ato infracional, resolvendo o conflito no Círculo, não ser encaminhado ao Poder Judiciário para sofrer um processo judicial, deixando, assim, de ser estigmatizado como criminoso, facilitando o convívio com os colegas.

Mudanças na educação e na forma de administração da justiça não podem ser impostas, pois ninguém muda sua forma de pensar por decreto – e sem mudanças na forma de pensar, o agir permanece inalterado. Embora as ações do Projeto Justiça e Educação ainda estejam em curso, a avaliação do processo e as lições que aprendemos até aqui permitem que possamos delinear perspectivas promissoras

(PROJETO “JUSTIÇA E EDUCAÇÃO EM HELIÓPOLIS E GUARULHOS: PARCERIA PARA A CIDADANIA”, 2007, p. 123).

Apesar da menção aos aspectos positivos acima, Baroni (2011), em pesquisa realizada em duas escolas que adotaram este projeto, constatou alguns vícios nos processos que fragilizaram os resultados da proposta e, até uma possível extinção dos círculos restaurativos da forma como foram propostos, restando, quando o caso, algumas poucas práticas restaurativas.

Segundo Baroni (2011), durante suas entrevistas percebeu que as respostas dos entrevistados revelavam falhas de execução dos Círculos Restaurativos. Na maioria das ocasiões, a facilitadora chamou os alunos para explicar que participariam de um processo denominado Círculo Restaurativo, sem lhes dar a oportunidade de escolha por esse instrumento, apenas a possibilidade de concordarem com ele para evitarem, talvez, uma medida mais grave. Dessa forma, as relações de igualdade e reciprocidade propostas pela justiça restaurativa, também, foram prejudicadas. As falas dos alunos demonstraram, ainda, que não houve a participação voluntária e efetiva das partes, nem o empoderamento. Isto é, não houve a oportunidade de que se constituíssem como parte do processo, com poderes de decisão sobre a melhor forma de resolver o conflito e de se responsabilizarem e remediarem os danos, de forma a atender às necessidades de cada um e considerando a condição de cada um. Houve caso em que a própria

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

facilitadora se responsabilizou pela propositura do acordo (principalmente na escola de Guarulhos) que, muitas vezes, limitou as partes a um pedido de desculpas sem qualquer intenção de reconstituir as relações interpessoais, nem fortalecer valores que pudessem desencadear processos de mudança de comportamento, auxiliando no combate à violência escolar.

Além dessas questões reveladas pelos entrevistados, Baroni (2011), afirma que as conversas informais que teve com os agentes escolares e a atenção à dinâmica das escolas lhe permitiu visualizar algumas limitações que, também, podem ter contribuído para o enfraquecimento da proposta:

1) A primeira limitação versa sobre o curso de capacitação dos facilitadores e sobre a rotatividade de professores nas escolas. Penido (2008) expõe que os recursos obtidos pela Secretaria da Educação para a implantação do projeto “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania” foram destinados à capacitação de 10 educadores por escola com o fim de atuarem na realização dos círculos, formarem lideranças educacionais e enriquecerem os projetos pedagógicos com os princípios restaurativos. No entanto, o que pôde observar e pelos relatos dos facilitadores, as escolas direcionaram para o curso de dois a três professores, sem se preocuparem com o perfil desses professores, sendo encaminhados, na maioria das vezes, aqueles com maior disponibilidade de horário. Esses professores realizaram o curso com a função de se tornarem multiplicadores na escola. No entanto, justamente pela ausência do perfil adequado, eles fizeram o curso, cumprindo uma solicitação da Secretaria de Educação e da direção da escola, mas não se tornaram multiplicadores da ideia, não envolvendo a escola e permitindo que o projeto fosse se deteriorando pelo caminho. Ou mesmo quando esse professor possuía o perfil, era aquele que já “abraçava” todas as atividades diferenciadas da escola, tornando-se tão sobrecarregado que não conseguia dar prosseguimento ao projeto, pois, estava sempre caminhando sozinho. Além disso, na Rede Estadual de Ensino, os professores não permanecem muito tempo nas escolas e a falta de vínculo acaba impedindo a criação de raízes. O professor sai da escola e leva com ele a capacitação, deixando a escola sem saber como dar prosseguimento, abandonando o projeto.

2) Outra limitação, que está muito ligada à primeira, é a falta de envolvimento da escola de um modo geral. A direção acredita que cumpriu o seu papel ao encaminhar o professor para o curso de capacitação, mas não se empenha em que na volta esse professor se torne verdadeiramente multiplicador, envolvendo todos os demais professores no trabalho. O que se pôde constatar é que a maioria dos professores nem sabia da existência do projeto de justiça restaurativa na escola.

3) A dificuldade dos facilitadores, ou até mesmo a falta de interesse dos educadores, de envolver a participação de outros sujeitos (comunidade, parentes e amigos) no processo restaurativo, com o fim de que esses indivíduos possam dar suporte às crianças e aos adolescentes na propositura do acordo, bem como contribuir para o seu cumprimento, estimulando a mudança de comportamento, também, pode se apresentar como uma limitação ao resultado dos círculos.

4) Por fim, a quarta limitação identificada por nós recai sobre a figura do

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

professor mediador que, ainda, não encontrou o seu papel. Ele, que deveria incentivar e dar suporte ao projeto de justiça restaurativa, tem realizado o caminho inverso ao da proposta, impossibilitando momentos de diálogo, reflexão, fortalecimento de valores, acordo restaurativo e mudança de comportamento, conforme já frisamos no decorrer deste trabalho.

Além dessas limitações Baroni (2011) relata que, em muitas ocasiões, falta aos facilitadores uma sensibilidade moral, que La Taille (2006) define como a capacidade de enxergar além da aparência; a capacidade de identificar o sofrimento “lento” nas entrelinhas das situações – interpretando sinais. Essa ausência de sensibilidade impede que os facilitadores percebam o momento de estimular as partes a agirem com empatia, colocando-se uma no lugar da outra para perceber a necessidade do respeito mútuo e a importância das relações interpessoais.

Todos esses entraves podem ter afetado e desviado os círculos da proposta inicial, desencadeando resultados pouco significativos. No entanto, não podemos desmerecer a relevância dessa prática (principalmente se considerarmos os estilos agressivo e submisso constantemente utilizados ou reforçados pelos educadores para a resolução dos conflitos escolares); pois a pesquisa realizada por Baroni (2011) embora tenha demonstrado as dificuldades e limitações dos encontros (círculos), também mostrou que, em alguns círculos, as práticas restaurativas conseguiram possibilitar a recuperação dos elos rompidos, combatendo possíveis novas ações violentas.

Portanto, os círculos restaurativos são instrumentos com potencial para (se atendendo realmente a proposta inicial e envolvendo toda a escola para que se crie uma cultura de práticas restaurativas) se tornarem um forte e importante aliado da escola na resolução de seus conflitos e no combate à violência escolar, instalando uma cultura de paz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implantação de projetos de Justiça Restaurativa na escola não é um processo simples, envolve a participação e o compromisso de todos os agentes escolares e comunitários.

Os espaços de diálogo e reflexão (apresentados nos Círculos Restaurativos) podem auxiliar na mudança de comportamentos, reforçando a interação entre os sujeitos propagando a comunicação como uma função socializadora e participativa.

A cultura da paz depende da ação sobre a realidade social. A escola, com o auxílio de parceiros, se apresenta como esse espaço de transformação. Para tanto, é preciso romper paradigmas e se engajar em projetos como os de Justiça Restaurativa.

Para tratar a questão da violência, travando uma luta real com a intenção de vencer, ou pelo menos com a intenção de chegar perto disso, é necessário que, além das parcerias (que já vêm estabelecendo), as escolas se libertem da condição de sujeito

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

passivo para tornar-se ativo. Devem estar envolvidas, para que as ações caminhem em uma mesma direção, sem sobrecarregar a uns poucos, que esgotados acabam “abandonando o barco” e qualquer passo à frente que tenha dado volte para trás.

É preciso que todo o ambiente escolar seja cooperativo.

Considerando todos esses aspectos, sugerimos que haja mais pesquisas envolvendo a construção desse ambiente cooperativo, como forma de alavancar os processos educativos, as relações interpessoais e conseqüentemente os valores morais, incentivando práticas assertivas e não violentas de resolução conflitos que possam modificar a nossa realidade de banalização da violência, principalmente, a escolar.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Ulisses Ferreira de. **Moralidade e indisciplina: uma leitura possível do referencial piagetiano**. In AQUINO, Júlio Groppa (coord.) Indisciplina na escola. Campinas: Summus, 1996.

BARONI, Mariana Custódio de Souza. **Justiça restaurativa na escola: trabalhando as relações sociomorais**. 2011. 176 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Tecnologia, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/92263>> 29/11/2018

COSTA, Marli M. M. da. e PORTO, Rosane T. C. **Justiça restaurativa e educação: o poder de atuação dos atores sociais para a consolidação da cidadania participativa**. 2008. Disponível em <<http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=370&article=82&mode=pdf%20→>> acesso em 21 de agosto de 2008.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional. Desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre – RS, Livraria do Advogado Editora, 2007.

LA TAILLE, Y. de. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOUREIRO, Luciane Bueira e GROSSI, Patrícia Krieger. **A Justiça restaurativa nas escolas de Porto Alegre**. 2009. Disponível em <<http://www.catedra.ucb.br/sites/100/122/00000072.pdf>> acesso em 08/10/2009.

MARTINS, João Carlos. SÉRIE IDÉIAS. **Vygotsky e o papel das interações sociais na sala de aula: reconhecer e desvendar o mundo**. São Paulo: FDE, 1997 nº 28, págs. 111/112, disponível em <http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/ideias_28_p111-112_c.pdf> acesso em 13 de outubro de 2003.

MELO, Eduardo Rezende. **Entrevista: Experiência de Justiça Restaurativa em São Paulo**. Programa Boas Práticas do Conselho Nacional de Justiça. 05 de março de 2007.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

ORTEGAL, Leonardo. Justiça Restaurativa: Um Caminho Alternativo para a Resolução de Conflitos *in* **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Vol. 1, nº 21, Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, p. 120-131.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança** (tradução de Elzon Lenardon). São Paulo: Summus, 1994.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil: O impacto no sistema de justiça criminal**. Disponível em <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/arquivos/artigos.htm>> Acesso em 30/06/2010.

PROJETO JUSTIÇA E EDUCAÇÃO EM HELIÓPOLIS E GUARULHOS: PARCERIA PARA A CIDADANIA/ Madza Ednir, organizadora. - São Paulo: CECIP, 2007. 128 p.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

VASCONCELLOS, Celso dos Santos. **Disciplina: construção da disciplina consciente e interativa em sala de aula e na escola** in Cadernos Pedagógicos do Libertad: Libertad, vol 4, 1995

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ADOÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Isadora Fernanda LATINI¹³
Matheus da Silva SANCHES¹⁴

RESUMO: O presente artigo lança argumentos questionando a eficiência das penitenciárias públicas brasileiras e a possibilidade de implantação das Parcerias Público Privadas como uma forma de contribuir para a eficiência do sistema prisional brasileiro, o qual encontra-se repleto de falhas. A partir da possibilidade de se delegar a execução de serviços públicos, buscou-se levantar argumentos que apontem a adoção da parceria público privada com vistas à construção e gestão de unidades prisionais como uma medida eficaz para situação atual do sistema prisional brasileiro, sem prejudicar a titularidade do Estado sobre o direito de punir.

Palavras-chave: Penitenciárias. Direito comparado. Regimes prisionais brasileiros. Modernização dos estabelecimentos prisionais. Experiência com Parcerias Público Privadas.

ABSTRACT: This article presents arguments questioning the efficiency of Brazilian public penitentiaries and the possibility of implementing Public Private Partnerships as a way of contributing to the efficiency of the Brazilian prison system, which is full of failures. From the possibility of delegating the execution of public services, it was tried to raise arguments that suggest the adoption of the public-private partnership with a view to the construction and management of prison units as an effective measure for the current situation of the Brazilian prison system, without prejudice to the ownership of the right to punish.

Keywords: Penitentiaries. Comparative law. Brazilian prison systems. Modernization of prisons. Experience with Public Private Partnerships.

1 INTRODUÇÃO

O Estado precisa buscar uma nova versão de si mesmo e assim (re)transformar o modelo carcerário atual. Essa mudança deve ser feita visando cumprir não só com as obrigações que a Constituição e a legislação infralegal, bem como cumprir

¹³ Discente do 3º ano do curso direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: isadora7fi@gmail.com

¹⁴ Docente do curso de direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especializando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela mesma instituição. Advogado Criminalista. Orientador do trabalho. E-mail: matheus.sanches94@hotmail.com

o disposto na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou degradantes, decreto nº 40/91, do qual é signatário.

Não raro, o Estado acaba transgredindo alguns dispositivos desses diplomas em razão da debilidade da Administração Pública:

Artigo 16: 1. Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos Artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

O Brasil, na condição de filiado da referida convenção, deve buscar meios para se adequar ao disposto nos Tratados aos quais se comprometeu. Diante deste cenário, adotar as Parcerias Público Privadas (PPP) seria uma forma de obter mais harmonia com a legislação no plano formal e efetivar a ressocialização dos condenados no plano material, fato que atualmente é dever da gestão pública e se encontra deficiente. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) solicitou o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e assim como a determinação de adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Segundo o jurista Marco Aurélio, relator da ADPF:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal, falta coordenação institucional.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em análise a ADPF em comento, alegou que o papel do STF, neste caso, seria de¹⁵: “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”.

Até a mais alta suprema corte do Poder Judiciário reconheceu o estado de coisas inconstitucionais que aflora no sistema penitenciário, portanto as Parcerias Público Privadas se enquadram nessa formulação de novas políticas públicas.

15 Acesso a íntegra da decisão: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 26 fev. 2019.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ademais, importante consignar que há discussões no sentido de trazer a participação da iniciativa privada no âmbito do sistema prisional brasileiro. Inclusive, a título de exemplo, o atual Governador do Estado de São Paulo, demonstrou-se filiado ao presente entendimento¹⁶, pois para o Chefe do Executivo Paulista, a atuação da iniciativa privada neste setor impulsionaria a economia e promoveria a geração de empregos.

Logo, diante não só pela obrigação de se estabelecer uma obediência aos diplomas normativos já citada, bem como pela atual discussão no âmbito do Poder Executivo e da sociedade, demonstra-se necessário esmiuçar o instituto das PPPs e sua aplicabilidade no âmbito do sistema prisional.

2 O OLHAR HUMANIZADO SOBRE OS RECLUSOS ANTES DE QUALQUER ASPECTO DE POLÍTICA PENITENCIÁRIA

A violência é contemporânea à existência do ser humano, assim como lhe é inata. Portanto, ampliando a interpretação para uma análise mais coletiva, a história humana é um círculo de repetições em torno da sobreposição de culturas e valores, de repúdio aos homens que agem de modo desviante das regras sociais, vil e animalesco. Com a instauração do poder político-administrativo democrático, o Estado Brasileiro, por meio do poder legitimado e do poder de polícia, dita uma legislação punitiva tendo como pena mais grave a restrição de liberdade do indivíduo, encarcerando-o nas penitenciárias de regime fechado.

Diante de todo o substrato legislativo e executivo penal, constantes experiências do Estado tem resultado, de modo prevalente, na não satisfação dos deveres que a Constituição, do tipo garantista, impõe a um Estado cuja verba advém de impostos arrecadados de uma economia de pouco desenvolvimento, de pouca industrialização, pouca inovação tecnológica e muita dependência econômica com outros países.

A população, de um modo geral, quer que prenda os infratores penais. Porém, em contrapartida, a liberdade de locomoção é uma característica inerente à essência do ser humano. Remover esse aspecto humano com um cárcere imbuído apenas na intenção de retirar a pessoa do meio social, com certeza, levará a mais comportamentos antmorais, revoltosos e ilícitos.

¹⁶ Site: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/o-psdb-vai-mudar-sera-de-centro-e-respeitara-direita-e-esquerda-afirma-doria.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2019.

A palavra pena tem origem no latim “poena” e, de acordo com o dicionário latino- português de Ernesto Faria, descreve uma aflição, dor física ou moral que se impõe àquele que transgrediu a lei.

George Fletcher, ao dissertar sobre transgressão penal e pena como consequências indissociáveis aduz:

Como proclama o título da novela de Dostoiévski, Crime e Castigo são tão inseparáveis como amantes na noite. Sem seu antecedente o delito, o uso da força estatal contra uma pessoa não seria mais que um ato brutal, sem sentido. E se não houvesse pena, não se poderia distinguir o delito de outras infrações menores. A pena nos permite entender o delito, e este permite entender a pena. (FLETCHER, 200, p. 176)

A modalidade mais arcaica de pena, conforme explica o Professor Júlio Fabbrini Mirabete (2015, 16), foi a vingança privada. Esta se justificava apenas como uma retribuição a alguém pelo mal que havia feito. Todavia, tratava-se de uma sequência de vinganças sem fim, gerando não apenas a morte de um indivíduo, mas a de seus familiares e até de tribos inteiras.

Na Babilônia, tempos mais tarde, MIRABETE (2015, 16) descreve que por volta do ano 626 antes de Cristo, o Rei Hamurabi cunhou em uma pedra a Lei de Talião, normas que representaram certo avanço em relação as demais civilizações. Nela se passou a utilizar da composição, um agravo não era compensado na mesma moeda, ou seja, um homicídio não levava a outro homicídio, mas sim numa compensação do sofrimento pessoal, senão com alguma utilidade material, ofertada pelo culpado como “tarifa de composição”.

Enfim, com a criação de um aparato administrativo público, denominado Estado, este trouxe até si a responsabilidade para solucionar os conflitos e, de acordo com o mal praticado, aplicar uma pena. Esse chamado foi denominado “jurisdição”, situação na qual o Estado passou a ditar o justo e o injusto, o punível e o não punível, as situações repugnáveis e louváveis.

Sobre um viés literário, na obra Recordações da Casa dos Mortos, DOSTOIÉVSKI (2015, p. 239) descreveu, por meio do personagem Alexander Petrovich, a angústia da sua adaptação enquanto esteve em reclusão no presídio da Sibéria: “A angústia daqueles primeiros anos de presídio era pungente e revolvia de modo amargo meus sentidos e nervos, não deixando que eu reparasse em muitas coisas, obrigando-me a fechar os olhos para nada ver.”

O sistema carcerário voltado apenas retirar a liberdade daqueles que infringem as leis, sem nenhum apoio social, programas de socialização, profissionalização e educação, tem se mostrado incessantemente ineficaz e uma cova de desvios sociais e traumas psicológicos. Por isso, surgiu as funções de prevenção,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

punição e ressocialização da pena, assim como a progressão de regimes penais e os benefícios como livramento condicional, transação penal e sursis.

Delegar a administração das penitenciárias é uma ousadia, pois não há uma absoluta certeza das consequências dessa transferência considerando a cultura político-administrativa brasileira.

Todavia, o acúmulo de insucessos e má administração dos presídios, um aumento vertiginoso na insegurança jurídica, na quantidade de presos e uma sensação de leniência do Estado perante os transgressores da lei criminal são fatores que não podem ser ignorados.

Por outro lado, as empresas privadas estão passando por consideráveis inovações gerenciais e estruturais, afinal todos estão diante de uma modernidade em que a ordem é a reinvenção de si mesmo para alcançar a máxima otimização funcional, e os órgãos estatais, por sua vez, precisam acompanhar essas transformações.

Há uma divergência em relação aos progressos da pessoa jurídica estatal e as pessoas jurídicas privadas situação mais acentuada em relação as penitenciárias públicas “Hoje, a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade onde se diploma o profissional do crime”. (SILVA, 2015, p. 253)

A conclusão do jurista Evandro Lins e Silva escrita na década de noventa ainda descreve a realidade do sistema penitenciário brasileiro. O relatório de pesquisa de reincidência criminal no Brasil realizado em 2016 pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), demonstra por meio de análise de outros levantamentos que nas Últimas décadas a menor taxa de reincidência no Brasil se concentra no estado de São Paulo em 29,34%.¹⁷

¹⁷ Para mais informações consultar o Relatório de Pesquisa sobre reincidência criminal (IPEA, 2015)

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

QUADRO 1
Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

Elaboração dos autores.

O atual modelo de cárcere demonstra que ao invés de socializar, transformou-se em uma escola de concentração de delinquentes reiterados, os quais educam para uma profissionalização criminosa os criminosos eventuais.

2.1 Considerações sobre a Concessão da Administração Penitenciária a Entes Privados e o Poder de Punir do Estado

As Parcerias Público-Privadas podem ser encaradas como contratos administrativos de concessão, os quais podem ser na modalidade administrativa ou patrocinada. Quando o Poder Público concede um serviço ocorre o fenômeno da descentralização ou delegação a pessoas jurídicas ou físicas privadas por meio da licitação do tipo concorrente de um serviço que antes era dever de prestação do poder público. Nessa situação a titularidade do serviço permanece com a Administração, ou seja, o vencedor da licitação continua sujeito às regras do direito público e apenas recebe a tarefa de execução e de uso, não há liberdade gerencial total sobre a prestação.

A Constituição Federal, por meio do artigo 175, impõe ao Poder Público a prerrogativa de realizar licitações:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

O legislador infraconstitucional regulamentou o artigo acima por meio da Lei 8.987/95 (Lei sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos), exigindo a realização de licitação como instrumento essencial durante a transferência de um serviço, como um contrato de concessão de serviço público qualquer.

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para contrato de seu interesse [...] Estão obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública Direta: fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. (CANCELLIER DE OLIVO, p.119)

Toda licitação deve conter em seus atos os princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da Constituição Federal. Ou seja, ser pública, em respeito ao princípio da publicidade. Todos os critérios devem ser escritos de forma clara de modo a não haver interpretações dúbias, de acordo com o princípio da impessoalidade. Além disso, deve ser disponível à todas as pessoas que demonstrem interesse e preencham aos requisitos, em respeito ao princípio da isonomia. Durante a realização da licitação e sua vigência as autoridades administrativas devem estar comprometidas com as regras básicas da boa administração, também em respeito ao pilar da moralidade. Por fim, todos os atos devem estar amparados na legalidade. Esse procedimento visa a integridade dos atos públicos em cumprimento ao seu dever de administrar em prol do interesse coletivo da sociedade.

O Estado brasileiro realizou em 2009 pela primeira vez uma licitação para a delegação da administração de um presídio a pessoa jurídica privada. O caso é o de uma penitenciária de Ribeirão das Neves em Minas Gerais, no qual o contrato foi firmado por 27 anos. A SEDS (Secretária de Estado de Defesa Social de Minas Gerais) juntamente com a interveniente- anuente (SEDE) Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico assinou o contrato com as empresas Tejofran de Saneamento e Serviços, N.F; Construtora Augusto Velloso S.A.; CCI Construções S.A.; N.F. Motta Construções e Comércio e o Instituto Nacional de Administração Prisional- INAP, as quais reunidas formam a Concessionária Gestores prisionais Associados S.A. (GPA).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Esse contrato será um precursor para a gestão pública de segurança, assim como um nítido campo de experiência brasileira, porém, infelizmente seu motivo se deu em razão do déficit da infraestrutura carcerária mineira diante da grande demanda de reclusos. Essa gigantesca inovação do Estado está fundamentada na tentativa de diminuir a quantia de egressos reincidentes e de cumprir com mais eficiência a Lei de Execuções Penais (LEP).

A lei nº 11.079/2004 possui aplicação nos contratos em que o serviço prestado não tem autossustentação e, portanto, no caso em análise, há correspondência com a lei, pois a prestação do serviço penitenciário não tem fontes lucrativas a não ser o pagamento que advém dos cofres do ente público. O contrato na modalidade PPP de maior magnitude no Brasil é o consórcio firmado pelo Município do Rio de Janeiro com a participação da empresa Odebrecht, OAS engenharia e Carioca engenharia para revitalizar a região portuária do Rio de Janeiro, ou seja, possui como finalidade a melhoria urbanística da cidade e não traz nenhum lucro direto para a parceria pública privada, exceto o valor pago pelo Estado pela prestação do serviço.

Em todos os contratos o setor público paga ao setor privado a execução dos serviços delegados, e estes devem obedecer aos critérios de duração, devendo ser de no mínimo 5 anos e no máximo 35 anos, lapso temporal definido em cada contrato. Os valores que envolvem a prestação de serviço não podem ser inferiores a 20 milhões de reais ainda que envolva a execução de obras públicas, instalação de equipamentos e fornecimento de mão de obra. Conforme artigo 2º, parágrafo 2º, inciso I da supracitada lei.

A atual situação do governo brasileiro é gritante no quesito déficit orçamentário estatal, consequentemente há uma insuficiência no dever de cumprir todos os atos a ele incumbidos pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais. Diante disso adveio a ideia de que as parcerias públicas privadas sejam uma ótima alternativa, mas precisam ser implementadas e analisadas com cautela no que tange a sua eficácia diante da cultura administrativa pública do Brasil. Com certeza, ainda que as argumentações sejam encobertas por intenções de modernização, tais parcerias, quando feitas em excesso, são um caminho fácil para descarregar as incumbências que as leis impõem aos órgãos, funcionários e autoridades públicas.

Há um dissenso entre a Carta Magna com os avanços da economia brasileira, pois é a partir desta que advém as taxas e impostos que alimentam o Estado. Proporcionalmente economia e garantias constitucionais são dependentes, na medida em que o crescimento de tipificações penais aumenta, a quantidade de reclusos tende a crescer e, portanto, a verba arrecadada pelo Estado deveria crescer para fornecer presídios que supram os mínimos necessários aos reclusos, aumento que não ocorre nos períodos em que há estagnação ou retrocesso da economia brasileira.

As Parcerias Público Privadas para penitenciárias, por outro lado, devem ser firmadas para melhorar a qualidade da pena no que tange a efetiva ressocialização e segurança social, assim como diminuir a média de gasto mensal por recluso que hoje,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

considerando as várias estruturas de unidades prisional – Regime Disciplinar Diferenciado, unidades femininas, masculinas, presos definitivos e provisórios- fica em média de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Valor que leva a incontáveis críticas, visto que na Portaria Interministerial número 06/2018, os dados afirmam que o gasto nacional anual médio por estudante do ensino público, considerando os níveis básico, fundamental e médio e as localizações urbanas e rurais, fica em torno de R\$ 3.048,73 anual, o que corresponde a R\$254,06 (duzentos e cinquenta e quatro reais e seis centavos) mensais por aluno¹⁸.

No 4º encontro do Pacto de Integrador de Segurança Pública Interestadual, realizado no dia 26 de novembro de 2016, em Goiânia, a Ministra do Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte frase: “Um preso no Brasil custa R\$2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria Amada”. A nobre ministra falou na extrema mudança que o sistema penitenciário brasileiro clama:

O crime não tem as teias do Estado, as exigências formais e por isso avança sempre. Por isso são necessárias mudanças estruturais. É necessária a união dos poderes executivos nacionais, dos poderes dos estados, e até mesmo dos municípios, para que possamos dar corpo a uma das maiores necessidades do cidadão, que é ter o direito de viver sem medo. Sem medo do outro, sem medo de andar na rua, sem medo de saber o que vai acontecer com seu filho. (CNJ, 2016)

A pena, de acordo com os conceitos de Júlio Mirabete, possui como funções pedagógicas a retribuição no próprio agente pelo mal por ele realizado, tendo que recompensar pelo dano social feito. Nesse ato estatal também estão contidas a prevenção geral negativa, gerando um temor na sociedade e uma coação psicológica para que não venha outros indivíduos a no futuro a cometer outros crimes, assim como a prevenção geral positiva reafirmando a ordem e o poder punitivo do Estado. Para Mirabete em uma única pena ocorre também a prevenção especial negativa, a qual neutraliza as forças criminosas do condenado ao retirar-lo do convívio social e, por fim, a prevenção especial positiva realizando a ressocialização no apenado.

Na cidade de Ribeirão das Neves em Minas Gerais, desde 2013 opera a primeira penitenciária brasileira administrada por meio de Parceria Público Privada. Apesar de a licitação de 2009 ter previsto a construção de 05 unidades prisionais com capacidade para 3.360 vagas, a construção realizada pela empresa Gestores Prisionais

¹⁸ Sobre esses dados, acessar Portaria Interministerial nº06/2018 de 26 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/12/2018&jornal=515&pagina=83&totalArquivos=250>. Acesso em: 24 fev. 2019.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Associados (GPA) em 2014 contou com 04 unidades de um total de 2.016 vagas, conforme dados do site do Senado Federal¹⁹

Quanto à gestão em Ribeirão das Neves o mesmo site diz que GPA de dessa cidade tem 600 empregados, uma parcela atua na área de segurança interna e assistência jurídica, de materiais, de saúde, profissionalizante, culturais, educacional. A outra parcela de empregados da GPA trabalha na parte administrativa e de direção de forma cooperada com 200 servidores públicos. Segundo o site no Projeto de Lei do Senado 513/2011 consta que o trabalho não é obrigatório no complexo penitenciário público-privado de Ribeirão das Neves. Ressalta-se o resultado plausível de até o presente momento não ter sido registrado nenhuma rebelião nas unidades geridas pela GPA. Tanto os detentos como seus familiares que possuem experiência com o regime penitenciário público alegam, em sua grande maioria, uma preferência pelo sistema PPPs em Ribeirão das Neves no tocante a infraestrutura e dignidade.

2.2 O Sincronismo do Direito Penitenciário com a Terceirização dos Estabelecimentos Prisionais

O direito penitenciário abrange um conjunto de normas jurídicas que visam à regulamentação das relações que o Estado passa a ter com a pessoa que se torna condenada no regime fechado, essa relação começa com a sentença condenatória transitada em julgado, passa pela execução e termina no fim do cumprimento da pena cominada.

A transferência da gestão dos presídios brasileiros para a iniciativa privada é uma questão de política penitenciária, a qual provavelmente será implementada gradualmente na medida em que os cargos dos poderes legislativos e executivos vão sendo ocupados por candidatos com ideologia liberal.

Com essa mudança de viés político, a lei que outrora colocava o Estado como responsável pelos meios de cumprimento das condenações passou por significativas mudanças no corpo do texto, como a lei 11.079/04 que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada, a qual vem sendo aplicada em variadas áreas da Administração Pública, como em construção e manutenção de rodovias, hidrovias, portos, balsas e penitenciárias.

Fato inegável é que as políticas públicas do fim dessa segunda década do século XXI tendem para a abstenção estatal no sentido de transferir algumas incumbências para pessoas privadas. As cadeias que historicamente sempre foram

¹⁹Site: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/primeiro-complexo-penitenciario-no-modelo>. Acesso em: 26 fev. 2019.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

criadas e coordenadas como entes públicos estão sofrendo uma inovação ao serem delegadas para terceiros. Caberá ao Poder Público, uma adaptação da lei seca e dos estudos intelectuais com a tendência social.

2.3 Obstáculos das Parcerias Público Privadas de Acordo com as Normas Constitucionais

A Constituição impõe ao Estado o dever de manter em ordem a sociedade no que tange a segurança pública, conforme artigo 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patrimônio”. Segregar de forma eficaz o condenado do convívio social é um dos papéis da pena pela função especial, evitando que o penalizado cometa novos crimes.

Contudo, sem lograr êxito, as atuais penitenciárias públicas não conseguem impedir a total falta de comunicação com o mundo exterior, em geral, por meios telefônicos. Entre essa e outras falhas do sistema penitenciário a proposta de implantação das Parcerias Público Privadas será analisada no plano constitucional no que se refere a manter o respeito aos dispositivos da Carta Magna no ato de transferir a gestão um estabelecimento prisional para uma pessoa jurídica privada.

As adversidades éticas que a privatização talvez venha a acarretar é a preservação do direito à liberdade, afinal conforme está descrito na Carta Maior a única coação legítima sobre um cidadão é a exercida pelo próprio Estado, portanto, é inviável o deslocamento desse poder para uma pessoa particular ou para um Estado estrangeiro, as empresas contratadas pelas PPPs deverão se submeter a ordens estatais no tocante ao cálculo das penas, progressão de regime e penalidades por transgressão de comportamento, entre outras funções intransferíveis.

Posto isso, o panorama moral, não haverá margens para Administração Pública transferir a função de execução penal para um ente privado, caso se acentue a exploração das concessionárias na busca por lucros econômicos advindos do ofício exercido pelos reclusos. Em uma análise dos prováveis obstáculos jurídicos, é preciso observar duas vertentes: legais e constitucionais.

O Estado estará se abstendo das obrigações de gestão do estabelecimento prisional que a Constituição lhe incumbiu, mas ao mesmo tempo permitiu a delegação conforme artigo 175 sob o fulcro argumentativo de que a privatização irá otimizar a eficiência dos serviços, demonstrando indiretamente a ineficiência da administração pública com seus recursos financeiro e humanos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

No que tange as contrariedades da medida de privatização no âmbito constitucional, elas estão mais ligadas a um distanciamento do serviço público direto com os cidadãos, pois haverá um ente privado intermediário na relação indivíduo e Estado.

Diante da preferência do atual governo pela delegação dos serviços, nota-se que será de extrema necessidade o fortalecimento da Lei de Licitações, nº 8.666/93, para evitar fraudes contábeis, corrupções e enriquecimento ilícito dos envolvidos nos contratos licitatórios.

As tendências de trazer a participação da iniciativa privada não podem ter por escopo a libertação estatal da responsabilidade sobre o sistema penitenciário, eximindo-se e repassando o problema para um particular. Ao contrário, o poder legislativo deverá reforçar as leis infraconstitucionais sobre tal assunto, conforme dispõe o artigo 175, parágrafo único inciso I: “A lei disporá sobre: I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

A dignidade da pessoa humana é supraprincípio da Constituição Federativa do Brasil, e, portanto, todos os demais princípios, normas, leis, dispositivos e atos estatais devem ser norteados por esse alicerce. Por conseguinte, constata-se a importância em discutir se realmente seria conveniente instaurar mais penitenciárias construídas e administradas por Parceria Público Privada. Afinal, transfere-se um serviço que é preponderantemente deficitário não apenas no Brasil, como em diversos outros países:

[...] países pobres e países ricos enfrentam dificuldades. Cárceres superlotados na Europa, na América, na Ásia, no Oriente Médio. Prisões antiquadas na Inglaterra. Violência sexual nos Estados Unidos da América. Adolescentes e adultos misturados na Nicarágua. Presos sem acusação no Egito. Maioria de detentos não sentenciados em Honduras. Massacres na Venezuela. Isolamento absoluto na Turquia. Greve de fome na Romênia. Prisioneiros que mutilaram o próprio corpo para protestar contra condições de vida no Cazaquistão. Doença e desnutrição no Marrocos. Mais de 96 mil tuberculosos na Rússia. Presos sem espaço para dormir em Moçambique. Tortura e número de presos desconhecidos na China”. (Rogério Greco, 2011, p. 299)

Quando a aplicação dessa modelo de gestão pública se propagar, não apenas nos cárceres, mas em outros ramos de serviços que antes eram públicos, como a exploração de petróleo, serviços postais e de encomendas, o Estado deverá ter órgãos

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

fiscais de excelente eficiência, assim como aprender com os problemas que surgirão no decorrer do tempo com a parceria público privado. Afinal, a simples transferência do serviço executivo para pessoa privadas com certeza não será a solução para todos os problemas que hoje existem.

2.4 PPPs no Âmbito Internacional: EUA e França como Pioneiros na Delegação de Serviço para Empresas Privadas

A ideia de transferir a administração dos presídios brasileiros a pessoas privadas soa como uma novidade e uma modernização da gestão pública. Contudo, nos EUA esse fenômeno vem ocorrendo desde 1980, e, conseqüentemente, ele é um país recheado de experiências nesse aspecto. Portanto, é imprescindível uma análise das conseqüências que ao longo prazo podem se repetir no Brasil com a aderência do modelo norte americano. Vera Malaguti Batista critica o modelo americano na obra *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*, alega ser fruto da sociedade neoliberal no qual há uma abstenção do Estado diante dos governados. É impensável pela lógica capitalista que as empresas assumam essas parcerias sem que deixem de auferir lucros e ao mesmo tempo coordene um momento de desgraça na vida daquele que foi condenado.

Esse modelo penal norte-americano, no qual a privatização dos presídios é uma singular característica, é um negócio que lucra com a dor e a privação de liberdade. Para ser mais rentável, precisará de cada vez mais hóspedes e de penas mais longas. Ou seja, ele vai produzir uma demanda jurídico-penal que se associe aos novos negócios da prisão. Este paradigma carcerário está completamente vinculado a um modelo político-econômico que se encontra em uma profunda crise. É um modelo neoliberal, que transformou o Estado Social em Estado Penal, com a supremacia do capital vídeo-financeiro e que está prestes a ser substituído, pelas mãos do povo norte-americano [...] Este complexo bélico-jurídico e prisional está sendo questionado como o poder dos complexos financeiros e midiáticos que dominaram o mundo, produzindo pobreza, violência, dor e ressentimento. (BATISTA, p. 341)

A lei nº 8.666/93 trata dos mecanismos da licitação e obriga o órgão público a optar pela proposta ao mesmo tempo com qualidade e de menor preço. Logo, de certo modo o Estado está lucrando com a transferência do serviço e não lhe é permitido cobrar pela eficiência que efetivamente será prestada, pois correrá em risco de ter o contrato desfeito. As autoridades públicas devem punir os lobs na construção de presídios com fins lucrativos de modo a evitar o aumento desnecessário do contingente carcerário. Será

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

preciso uma intensa fiscalização do Ministério Público, evitando superfaturamentos e não permitindo o conluio entre as empresas participantes da licitação.

Rogério Greco, na obra “Direitos humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade” faz uma exposição das Parcerias Público Privadas em Estados estrangeiros. No modelo americano a empresa vencedora da licitação fica responsável tanto pela administração quanto pela construção das penitenciárias. Na França adota-se um modelo de dupla responsabilidade entre o Estado e a empresa privada na administração. A fiscalização é exercida pelo poder judiciário e pelo Ministério Público, assim como o diretor do presídio é indicado pelos governantes. Os benefícios e a progressão de regime são tarefas exclusivas do juiz de direito.

Seria mais sensato transferir a administração penitenciária a uma pessoa privada aos poucos, sem uma mudança abrupta. Por isso o modelo francês seria o mais adequado ao momento de transição e inovações na gestão pública brasileira. Conciliar uma dupla responsabilidade entre o Estado e a concessionária reafirmaria o sistema de Freios e Contrapesos num plano de relações entre o particular e o privado.

2.5 Experiências com Parcerias Público Privadas, Solução ou Problema?

No livro “O Brasil Privatizado II, o assalto das privatizações continua” escrito por Aloysio Biondi, há uma severa crítica as consequências de desvalorização do poder de capital do Estado brasileiro com as privatizações de empresas públicas na década de 90, como a Vale do Rio Doce, a Telebrás e a Telesp.

Apontam como “solução” novas privatizações, embora até as crianças saibam, a esta altura, que a venda das estatais brasileiras devorou o patrimônio público inutilmente, incapaz de impedir o aumento brutal do endividamento do setor público, os juros adoidados e a crise incontrolável. Qual a possibilidade de essa sugestão esdrúxula ser acolhida? No caso da Petrobrás, somente a mobilização popular poderia impedi-la – pois, na verdade, a “privatização” já está em marcha, com a entrega até das fabulosas jazidas de Campos a “parceiras” estrangeiras pelo “preço” desavergonhadamente ridículo de 50 mil (é mil, mesmo) a 150 mil reais pela concessão do direito de exploração (BIONDI, 200, p. 31)

Diante das severas críticas ao histórico de privatizações brasileira, o presente artigo propõe a aderência a parceria público privada, ato administrativo distinto da privatização. Sobre uma análise no âmbito do direito comparado, o site alemão “ppp-

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

projektdatenbank²⁰ expõe todo o banco de dados dos Projetos PPP realizados em seus estados federados. Há a publicação dos contratos firmados em diversos setores como saúde, tráfego aéreo e terrestre, pontes, centros de terapia, trem e, aqui em destaque, as Justizvollzugsanstalt – penitenciárias. O projeto com a JVA München Stadelheim tem como cliente o estado da Baviera, especificamente na cidade de Munique, o contrato foi firmado por 20 anos a partir de outubro de 2007, o investimento da concessionária foi de 27,6 milhões de euros, estabelecendo a construção e a administração do serviço carcerário na cidade.

Nota-se que a opção pelas PPPs está sendo uma tendência mundial dos países, as quais em nenhum caso foi proclamado o estado de coisas inconstitucionais como nas penitenciárias públicas. Optar em manter o sistema totalmente público irá distanciar o Brasil dos modelos convencionais do futuro, pode ser que seja prejudicial não seguir as tendências modernizadoras ou pode ser que seja benéfico. Afinal apenas em longo prazo e de acordo com as individualidades de cada Estado estrangeiro será possível aferir se as Parcerias Público Privadas irão ser descritas como um progresso ou um regresso na história da administração pública e do direito administrativo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é incontroverso que há uma crise institucional no âmbito das unidades prisionais brasileiras e que as respectivas justificativas são inúmeras.

Como forma de mitigar a presente “crise”, sugeriu-se, com o presente trabalho, a constitucionalidade e viabilidade da aplicação das PPPs no âmbito da criação e gestão das unidades prisionais brasileiras.

Em um primeiro momento, defendeu-se a sua constitucionalidade, em função do instituído pela Lei nº 11.079/2004, que regulamentou o presente instituto.

Posteriormente, foi apresentada a sua viabilidade, no plano da eficiência do serviço público, haja vista do progresso da iniciativa privada e do suposto sucesso da PPP em Minas Gerais.

Por outro lado, a presente proposta há de ser estudada e desenvolvida, pois a delegação da construção e gestão de unidades prisionais merece total cautela do Estado quanto aos limites desta delegação e sua fiscalização, como toda e qualquer concessão de serviço público merece ser encarada.

Desta forma, conclui-se pela necessidade de um sistema mais rígido e amplo de fiscalização sobre as PPPs, desde o seu procedimento licitatório até o fim do contrato

²⁰ Site: <https://www.ppp-projektdatenbank.de/index.php?id=9>. Acesso em: 21 fev. 2019.

administrativo com vistas de evitar diversas fraudes que estão presentes na atividade administrativa.

Ademais, outra cautela que o Poder Público deverá tomar será quanto aos limites da concessão, pois algumas tarefas inerentes ao sistema prisional são intransferíveis, como a apuração e julgamento de falta grave, pois influenciam diretamente na pena do sentenciado, a qual deve ficar sob o amparo do Estado.

Portanto, superado os obstáculos apresentados, sugere-se a implementação, com maior frequência, das PPPs no âmbito das unidades prisionais com vistas à minimizar as diversas deficiências que o sistema prisional brasileiro enfrenta.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE. Paulo Pinto de. **Direito Prisional Português e Europeu**. São Paulo: Editora Coimbra, 2006.

BECCARI. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Edipro, 2015.

BIONDI, Aloyso. **O Brasil Privatizado II, o assalto das privatizações continua**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo 2000.

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

BRASIL. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTortTratPenCruDesDegr.html>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Notícias, 10 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO: Portaria Interministerial nº 06/2018, anexo I de 26 de dezembro de 2019. Disponível em:

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO.
<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/12/2018&jornal=515&pagina=83&totalArquivos=250>. Acesso em: 21 fev. 2019.

DOSTOIÉVSKI. Fiódor Mikhailovitch. **A recordação da casa dos mortos**. São Paulo: Editora Nova Alexandria, 2015.

FARIA. Ernesto. **Dicionário Latino-Português**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO. Marçal Justen Filho. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

FLETCHER. George. **Rethinking Criminal Law**. Columbia: Editora Oxford University Press, 2000.

GPA Penitenciária Público Privada: Disponível em: <http://www.gpapp.com.br/?page_id=5>. Acesso em: 22 fev. 2019.

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

GUILLÉN. Alfonso Bibiano. **La mediación penal y penitenciaria**. Madri: Editora Colex, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONOMICAS E SOCIAIS (IPEA): 2015 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MALAGUTI. Vera Batista. **Introdução Crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

MARTINS. Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2017.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: editora Atlas S.S, 2015.

PPP-PROJEKTDATENBANK. **Banco de transparência das PPPs na Alemanha**. Disponível em: <https://www.ppp-projektdatebank.de/index.php?id=9>. Acesso em: 20 de fev. 2019.

RAUTER. Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SENADO FEDERAL. **Código Penal (1940)**. Brasília: Livraria do Senado, 2017.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/primeiro-complexo-penitenciario-no-modelo>. Acesso em: 26 fev. 2019.

SILVA. Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2015.

.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

IMPUTABILIDADE PENAL X CRIMES COMETIDOS POR SERIAL KILLERS

Jandira Raimundo da SILVA¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem acerca da imputabilidade penal dos Serial Killers, também conhecidos como “assassinos em série”. Transgressores que cometem diversos homicídios com um pequeno intervalo de tempo entre eles, suas vítimas são escolhidas por acaso e na maioria das vezes possuem o mesmo perfil. A partir de análises, observaremos que o entendimento que prevalece é de que tais assassinos não podem ser classificados como portadores de doenças mentais, já que a maioria possui, a época da conduta, completo entendimento do caráter ilícito do fato. Os Serial Killers são portadores de um Transtorno de Personalidade Psicopática, a qual não retira ou reduz a capacidade de entendimento do indivíduo. Ao analisarmos o artigo 26, caput, do Código Penal, concluímos que só é considerado inimputável aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto era, ao tempo da conduta, incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Assim, é perfeitamente cabível à imputabilidade penal do Serial Killer, visto que, o mesmo possui total consciência da ilegalidade e imoralidade dos crimes que comete. E estão presentes em sua conduta os elementos caracterizadores da imputabilidade penal, quais sejam: o volitivo e o intelectual encontram-se presentes neste tipo de transgressor, fazendo com que o mesmo possa ser responsabilizado penalmente por seus atos.

Palavras-chave: Serial Killer. Responsabilidade Penal. Psicopatia. Imputabilidade.

ABSTRACT: The objective of this work is to analyze the criminal imputability of Serial Killers, also known as Serial Killers. Transgressors who commit multiple homicides with a short time interval between them, their victims are chosen by chance and most often have the same profile. From the analysis, we will observe that the prevailing understanding is that such killers can not be classified as having mental illness, since most have, at the time of the conduct, a complete understanding of the illicit character of the fact. Serial Killers have a Psychopathic Personality Disorder, which does not remove or reduce an individual's ability to understand. In analyzing article 26, caput, of the Criminal Code, we conclude that it is only considered unimpeachable that, due to mental illness or retarded or incomplete mental development, was at the time of the conduct, unable to understand the illicit character of the fact. Thus, it is perfectly appropriate to the criminal responsibility of the Serial Killer, since he is fully aware of the illegality and

¹ Graduada em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, Pós-Graduada “Lato-Sensu” em Controladoria e Contabilidade Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina UEL, Gerente de Controladoria no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” e Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail janda.raí@hotmail.com.

² Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

immorality of the crimes he commits. And the elements that characterize criminal imputability are present in their conduct, namely: the volitional and the intellectual are present in this type of transgressor, so that the same can be held criminally responsible for their actions.

Keywords: Serial Killer. Criminal Responsibility. Psicopatia. Imputability.

1 INTRODUÇÃO

O crime sempre causou impacto a sociedade, mesmo sendo tão antigo quanto o ser humano. Dentre os crimes, o homicídio é um dos que se mostra mais censuráveis, já que se tira o bem mais importante de outro ser humano: a vida. Todos os dias acontecem inúmeros casos de homicídios, porém existem aqueles que apesar dos anos, continuam a despertar curiosidade e medo por serem praticados por uma mesma pessoa. É desses criminosos que trataremos no presente trabalho.

Serial Killers, expressão inglesa que quer dizer “assassino em série”, tido como transgressor que matam suas vítimas, motivados pelo prazer em ver o sofrimento da mesma, com emprego de tortura e práticas sádicas. É um transgressor movido pelo interesse de causar dores, exposição e a sensação de superioridade e domínio sobre o que considera serem suas presas.

O que causa grande discussão sobre o referido tema é se estes transgressores violentos têm capacidade de responder criminalmente por suas ações, ou devem ser considerados como “loucos”, psicopatas ou psicóticos, sendo assim denominados inimputáveis.

Para que um criminoso seja considerado imputável é necessário a presença de dois elementos: o volitivo e o intelectual, que consistem na capacidade de o indivíduo entender a ilicitude do fato ou de autodeterminar-se, possuindo domínio seus atos praticados e vontades.

Nosso ordenamento jurídico protege os indivíduos considerados inimputáveis por doença mental, sendo aqueles que, na época da conduta, não possuíam capacidade de compreender a ilicitude do fato e de determinar-se, conforme seu entendimento.

Contudo, esta proteção não se aplica aos Serial Killers, e esta pesquisa tem o intuito de demonstrar que estes não devem ser considerados “doentes mentais” para a lei penal, pois possuem plena capacidade de autodeterminação e de controle de seus atos, estando presente assim um dos três elementos, imprescindíveis para conceituar crime, ou seja, a culpabilidade.

A culpabilidade engloba a imputabilidade que consiste na capacidade de autodeterminação do indivíduo, a potencial consciência da ilicitude que é a possibilidade de a pessoa saber que sua conduta é antijurídica e a exigibilidade de conduta diversa

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

que verifica se no momento da conduta era possível exigir que o agente tivesse comportamento diverso.

Ocorre que estes indivíduos são portadores de um transtorno de personalidade psicopática, não permitindo a isenção ou redução da capacidade de seu entendimento quanto a ilicitude do fato.

Diante da complexidade e de várias dúvidas que norteiam esses transgressores, o presente trabalho busca compreender quem são estes indivíduos, ou seja, Serial Killers, o que levam a pratica de atos tão cruéis, e após uma análise, concluir quanto a responsabilidade penal que poderá ser imputada aos mesmos, bem como se está presente a culpabilidade, a qual é uma entres os três elementos do crime.

Este estudo será realizado por meio de pesquisa bibliográfica e o método utilizado será o dedutivo, posto que primeiro se analisa o conceito, o perfil destes criminosos tidos como Serial Killers, para depois verificar a possibilidade de sua culpabilidade aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é fundamental uma reflexão quanto aos motivos que justificam tal comportamento, bem como possíveis exceções.

2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE “SERIAL KILLER”: CONTEXTO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

Há tempos, vem sendo observada na sociedade a figura do Serial Killer. Como uma série de casos ficaram conhecidos, especialmente por receber bastante atenção da mídia, este tipo de crime despertou o interesse também na ciência jurídica, para solucionar as problemáticas da sua persecução.

Segundo (CASOY, 2004), em meados dos anos 70, começou a ser empregado este termo “Serial Killer”, por Robert K. Ressler, agente do FBI.

De acordo com o Manual de Classificação de Crimes do FBI (1992) é definida a ação de um Serial Killer, aquela com três ou mais eventos separados em três ou mais locais distintos, com um período de “calmaria” entre os homicídios.

Esse assassino de forma cuidadosa define quem serão suas vítimas, as quais muitas vezes possuem o mesmo perfil, escolhidas por acaso, seja um grupo social, como mendigos, prostitutas, homossexuais, religiosos, crianças, entre outros, e sem nenhum motivo aparente.

De acordo com Ilana Casoy (2002, p. 14), pode-se conceituar Serial Killer da seguinte forma:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

São indivíduos que cometem uma série de homicídios com um intervalo entre eles, durante meses ou anos, até que seja preso ou morto. As vítimas têm o mesmo o perfil (prostitutas, moçoilheiros, crianças, idosos) e mesma faixa etária, sexo, raça etc. As vítimas são escolhidas ao acaso e dentro deste perfil e mortas sem razão aparente; ela é objeto da fantasia do Serial Killer.

Temos também a definição para os Serial Killers trazida pelo Professor Egger (BONFIM 2004, p. 79 apud VELLASQUES, 2008, p. 19):

Um assassinato em série ocorre quando um ou mais indivíduos (em muitos casos homens) cometem um segundo e/ou posterior assassinato; não existe em geral relação anterior entre a vítima e o agressor (se aquela existe coloca sempre a vítima em uma posição de inferioridade frente ao assassino); os assassinatos posteriores ocorrem em diferentes momentos e não têm relação aparente com o assassinato inicial e costumam ser cometidos em uma localização geográfica distinta. Ademais, o motivo do crime não é o lucro, mas, sim, o desejo do assassino de exercer controle ou dominação sobre suas vítimas. Estas últimas podem ter valor simbólico para o assassino e/ou ser carentes de valor e, na maioria dos casos, não podem defender-se e avisar a terceiros de sua situação de impossibilidade de defesa; ou são vistas como impotentes, dada a situação nesse momento, o local e a posição social que detenham dentro de seu entorno, como, por exemplo, no caso de vagabundos, prostitutas, trabalhadores imigrantes, homossexuais, crianças desaparecidas, mulheres que saíram desacompanhadas de casa, velhas, universitárias e paciente de hospital.

Mas, o que leva o indivíduo a se tornar um Serial Killer?

Há estudos que analisam também o perfil dos Serial Killers, sendo óbvio que existem exceções ao padrão. Sua descrição mais comum é de homens brancos, jovens entre 20 a 30 anos, com origem em lares desestruturados, que preferencialmente atacam mulheres e cometem seus primeiros crimes antes dos 30 anos. Em regra, muitos sofreram traumas ou maus tratos na infância, e em função disso acabam adquirindo personalidade dissocial, se afastando e se isolando da sociedade, culpando-a pelo seu próprio comportamento.

Esses criminosos em série não se enquadrariam bem em nenhuma linha de pesquisa e pensamento pré-estipulado da psiquiatria, existindo pensamentos divergentes entre os operadores do direito sobre a sua imputabilidade penal.

Entretanto, atualmente, já temos vários estudos a respeito deste assunto. Em uma pesquisa em 1984, realizada por médicos psiquiatras norte-americanos, demonstra que grande parte dos Serial Killers, sofrem de Transtorno de Personalidade Antissocial, e este transtorno é definido pela Associação Norte-Americana de Psiquiatria, através do DSM IV (1995):

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Um transtorno de personalidade é um padrão persistente de vivência íntima ou comportamento que se desvia acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, é invasivo e inflexível, tem seu início na adolescência ou começo da idade adulta, é estável ao longo do tempo e provoca sofrimento e prejuízo.

Caso o transtorno de personalidade alcance um nível avançado, poderá fazer com que este indivíduo torne-se um assassino em série. Este transtorno apresenta como algumas de suas causas os traumas na infância, como por exemplo, estupro, família mal estruturada, violência, abuso de tóxicos, pais ausentes ou alcoólatras, etc.

Também se fazem presentes, na infância dessas pessoas, algumas características, tais como, isolamento social, masturbação compulsiva, devaneios diurnos, pesadelos constantes, problemas com sono, baixa autoestima, fobia, agressividade exagerada e rotineiros ataques de fúria. (CASOY, 2004, s.p.)

Ademais, temos entre vários, três elementos que influenciam na formação de um Serial Killer: o elemento biológico (ou seja, fatores genéticos e hereditários); o elemento psicológico (como as doenças mentais que interferem na capacidade de o indivíduo distinguir o que é correto ou não); e o elemento social (que são as atitudes da sociedade, que despertam e conduzem o indivíduo a um comportamento violento e agressivo, como violência doméstica, racismo, abuso sexual, desigualdade social).

Como mencionado, o perfil dos Serial Killers possui características possíveis de se identificar, mas eles são diferentes entre si. As causas de seu comportamento e as consequências podem variar. Desse modo, classifica-se os Serial Killers em 4 categorias: visionários, missionários, emotivos e os libertinos.

Conforme Ilana Casoy (2002, p. 15), tratam-se dos seguintes tipos:

- a. VISIONÁRIO: é um indivíduo completamente insano, psicótico, ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece. Pode também sofrer alucinações ou ter visões.
- b. MISSIONÁRIOS: socialmente não demonstra ser um psicótico, mas internamente tem a necessidade de "livrar" o mundo do que julga imoral ou indigno. Este tipo escolhe um certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, etc.
- c. EMOTIVOS: matam por pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer de matar e utiliza requintes sádicos e cruéis.
- d. LIBERTINOS: são os assassinos sexuais. Matam por "tesão". Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura e a ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo. O denominador comum entre todos os tipos é o sadismo, desordem crônica e progressiva.

Além dessa divisão doutrinária, também podemos classificá-los em organizados e desorganizados.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Os organizados, preparam seus crimes de forma minuciosas, com planejamento, não deixando pistam que o identifiquem. São geralmente pessoas solitárias, que se sentem superiores às demais, normalmente são casadas e por serem muito competentes possuem bons empregos, de classe média, e aparentam ser de confiança e altamente inteligentes (CASOY, 2004, p. 70).

Estes sempre retornam ao lugar onde ocorreu o crime, com o intuito de acompanhar o desempenho da polícia e da perícia, bem com as notícias acerca dos fatos. A regra é estar acima de qualquer suspeita, justamente por terem as características supramencionadas, serem simpáticos, charmosos, trabalhadores, não demonstrando qualquer risco à sociedade (CASOY, 2004, p. 70).

Os organizados costumam utilizar algemas e mordaças, na execução de seus crimes, com aplicação de torturas fantasiadas, são capazes de controlar seu temperamento, andam sempre com seus instrumentos, e suas vítimas são normalmente desconhecidas. Eles procuram esconder o corpo da vítima, seja através de esquitejamento ou ateando fogo, levando sempre algum pertence da mesma, como lembrança ou como troféu.

Acerca deles, Casoy (2004, p. 70) esclarece, e aqui transcrevemos:

São pessoas solitárias por se sentirem superiores e julgarem que ninguém pode ser suficientemente bom para eles. São muitas vezes casados e socialmente competentes, conseguindo – em muitos casos – bons empregos por parecerem confiáveis e aparentarem saber mais do que na realidade sabem. Para eles, o crime é um jogo: acompanham a perícia e os trabalhos da polícia; costumam observar de maneira atenta os noticiários e retornar ao local onde mataram.

Ademais, costumam planejar o crime de maneira cuidadosa e carregar o material necessário para cumprir suas fantasias e, ao interagirem com a vítima, gratificam-se com o estupro e a tortura.

Deixam poucas evidências no local do crime, escondem ou queimam o corpo da vítima e levam um pertence da mesma como lembrança.

Já os desorganizados, são pessoas impulsivas que não elaboram seus crimes como o planejamento feito pelos organizados, atuam com base na emoção e não de forma calculista, não se preocupando em deixar vestígios que o possam identificar posteriormente.

Também são marcados pela solidão, mas não por se sentirem melhores que os outros, e sim por se sentirem diferente ao padrão da sociedade.

Algumas de suas características é serem totalmente desorganizados, em tudo, sejam no trabalho, na vida particular, nas finanças e na aparência.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Incapazes de planejar um crime com eficiência, costumam praticar seus crimes perto de onde residem, e não trazem consigo seus instrumentos, usando sempre o que encontram no local do crime. Raramente estabelecem contato com a vítima, são violentos e gostam de mutilações. Pode-se afirmar também que não têm interesse algum na investigação da policial.

Oposto à categoria anterior, possuem uma inteligência reduzida, distúrbios psiquiátricos graves, relacionam-se normalmente apenas com a família, sexualmente incompetentes, nascidos em família de classe baixa. Suas vítimas são selecionadas ao acaso, e tem seus rostos severamente espancados e muitas vezes praticam necrofilia.

Segundo Ilana Casoy (2004, p. 23);

[...] De forma geral agem por impulso e perto de casa, usando as armas ou os instrumentos encontrados no local da ação. É comum manterem um diário com anotações sobre suas atividades e vítimas, trocam de emprego frequentemente e tentam fazer carreira militar ou similar, mas não passam no teste. É raro manter [sic] qualquer contato com a vítima antes do crime, agem de forma furiosa, gratificam-se com estupro ou mutilação post mortem e, nesse grupo, é comum encontrarmos canibais e necrófilos. Têm mínimo interesse no noticiário sobre seus crimes e deixam muitas evidências no local em que mataram.

O que distingue crimes cometidos por Serial Killers dos demais homicídios comuns são os seguintes elementos: o modulo operandi, ritual e assinatura, os quais estão presentes na cena do crime, fundamentais para a composição do comportamento humano e do padrão do assassino.

2.1 Modus Operandi dos Assassinos em Série

“*Modus operandi*” consiste na expressão que exprime o modo que o criminoso utilizou para praticar o crime, que é identificável a partir da observação dos instrumentos utilizados, do lugar escolhido para a pratica do mesmo, bem como das características da vítima. É a forma como ele utilizou dos meios para chegar ao resultado ensejado, isto e, o modo que o transgressor age, visando o sucesso no seu objetivo, bem como proteger sua identidade e facilitar a sua fuga.

Conforme Ilana Casoy (2002, p. 60):

O modus operandi é estabelecido observando-se que arma foi utilizada no crime, o tipo de vítima selecionada e o local escolhido. O M.O. é dinâmico e maleável, na medida em que o infrator ganha experiência e confiança. Investigadores cometem crimes. Por exemplo, um ladrão Novato que, num primeiro crime estilhaçaria uma janela para entrar numa casa, logo aprende que

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

com este método o barulho é grande e o roubo, apressado. Numa próxima vez, levará instrumentos apropriados para arrombar com calma e escolher o que levar. Minimizará o barulho e maximizará o lucro. Assim, o ladrão refinou se M.O.

Assim, o transgressor, à medida que comete seus crimes, vai aprimorando suas técnicas, ganhando confiança e experiência, por isto o *modus operandi* é variável.

2.2 Ritual: a Encenação do Assassino

O criminoso em série, têm necessidade de retratar suas violentas fantasias, e quando atacam suas vítimas, deixam em cada crime sua expressão pessoal ou ritual particular baseado em seus desejos, uma espécie de ritual, marcado por suas características individuais.

Ritual, também conhecido como encenação, é conceituado por Ilana Casoy, (2004, p.22) como um comportamento a mais que o homicídio:

É o comportamento que excede o necessário para a execução do crime. Baseia-se nas necessidades psicosssexuais e é crítico para satisfação emocional do criminoso. Rituais são enraizados na fantasia e frequentemente envolvem parafilias, como cativoeiro, escravidão, posicionamento do corpo e "overkill", entre outras. [...]

Assim, integra o *modus operandi*, sendo esse "ritual" a forma como o transgressor realiza seu crime especialmente na forma com a qual o faz sentir prazer em matar, ou seja, os procedimentos realizados para atingir a morte e tendo satisfação.

2.3 Assinatura: a Marca Deixada para Identificação

Os assassinos em série sempre deixam uma assinatura de seus crimes, é algo pessoal, algo que somente ele faria, para deixar claro que aquele crime foi cometido por ele – assume a autoria, com orgulho do seu "trabalho".

Essas assinaturas são como uma digital, exclusivas e ligadas à necessidade do criminoso em cometer seus crimes. Ilana Casoy (2004, p. 62) cita alguma formas de assinatura:

São consideradas assinaturas quando o criminoso:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

- Mantém atividade sexual em uma ordem específica.
- Usa repetidamente um específico tipo de amarração na vítima.
- Infringe a diferentes vítimas o mesmo tipo de ferimentos.
- Dispõe o corpo de certa maneira peculiar e chocante.
- Tortura e/ou mutila suas vítimas e/ou mantém outra forma de comportamento ritual.

O que difere o *modus operandi* da assinatura, é que o primeiro corresponde ao modo como foi executada os passos, as etapas do crime e pode se aprimorar com o cometimento de novos crimes –, enquanto que o segundo é algo imutável, ou seja, nunca muda mesmo com a prática reiterada, sendo uma característica identificadora.

Ao estarmos diante destes três elementos (*modus operandi*, ritual e assinatura) em uma série de crimes de homicídio, com um pequeno intervalo de tempo entre eles, estamos diante de um assassino em série.

3 RESPONSABILIDADE JURÍDICA PENAL

Devemos compreender, antes de analisarmos a responsabilidade criminal de um Serial Killer, alguns conceitos acerca da responsabilidade penal.

Conforme a teoria tripartite do crime, uma conduta para ser considerada como crime deverá ser típica, ilícita e culpável. Assim, o seu terceiro elemento, ou seja, a culpabilidade é essencial para o conceito de crime.

De acordo com Cleber Masson (2013, p. 454):

Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena.

Ainda, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 521), culpabilidade:

É a reprovabilidade do injusto ao autor" (...) um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não ser motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A culpabilidade engloba a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Quando presentes estes três requisitos é possível culpar o agente pela prática de um fato típico.

3.1 Imputabilidade

Imputabilidade, a qual é um dos requisitos para culpabilidade é a capacidade de o agente entender-se e determinar-se diante a ilicitude de um fato. Tendo essa capacidade e optando em praticar atos contrários a legislação, haverá responsabilização.

Em nosso ordenamento jurídico todas as pessoas ao completarem dezoito anos e que estão em pleno gozo de saúde mental são imputáveis, portanto sujeitos a aplicação de pena, caso cometam alguma infração penal.

Segundo Fernando Capez (2012, p. 332):

Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

A imputabilidade é um requisito para a culpabilidade, de acordo com Damásio (2009, p.56), consiste em:

[...] capacidade de compreender o caráter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade possui dois elementos:

- Intelectivo (capacidade de entender);
- Volitivo (capacidade de querer).

Faltando um desses elementos, o sujeito não será imputável.

A imputabilidade é caracterizada por dois elementos: o intelectivo e o volitivo. O intelectivo é a capacidade de entendimento do indivíduo, é ter a consciência da ilicitude do fato. Por sua vez, o elemento volitivo é ter domínio da vontade, a possibilidade de o agente conduzir e controlar seus próprios atos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Para que uma pessoa seja imputável, ela precise compreender o caráter ilícito do fato e também precise ter capacidade de querer.

Além dos imputáveis temos as categorias dos semi-imputáveis e os inimputáveis, que o legislador penal buscou definir e dar consequências penais diversas em razão da sua condição específica.

3.2. Semi-Imputáveis

A semi-imputabilidade consiste na incapacidade parcial do indivíduo compreender a ilegalidade, ou então, a falta de se autodeterminar-se perante a ilicitude de um fato.

O artigo 26 do Código Penal em seu parágrafo único trata da semi-imputabilidade:

Art. 26. [...]

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente em virtude de perturbação de saúde mental por desenvolvimento mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sobre este pressuposto de redução da pena, que é a semi-imputabilidade, Luiz Regis Prado apud Bruna Toniolo Moura (2010, p.48) explica:

[...] está situada entre a imputabilidade e a inimputabilidade, constituindo uma área intermediária, limítrofe, a zona cinzenta situada entre a saúde mental e a insanidade. Ela não elimina completamente a imputabilidade, o que ocorre é uma redução dessa capacidade, não devendo ser tratada como uma forma de exclusão da culpabilidade, uma vez que apenas a diminui, reduzindo a pena a ser aplicada.

Mas ainda, existe uma categoria mais grave/com outra peculiaridade, os inimputáveis.

3.3 Inimputáveis

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O inimputável é isento de pena se ao tempo da ação era incapaz de compreender o fato como criminoso, não conseguindo agir de outra forma senão cometendo o crime.

Para identificarmos se uma pessoa é imputável ou não devemos analisar a legislação, e o artigo 26, *caput*, do Código Penal explica:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Quando o referido artigo diz “ao tempo da ação ou omissão”, o legislador nos informa que aquele que na data da conduta praticada, não era capaz de compreender a ilicitude e culpabilidade do fato praticado, não poderá ser responsabilizado pelos seus atos. Sendo assim, isento de pena e considerado inimputável.

Segundo Sanches (2014, p. 258-259), existem três critérios para aferição da inimputabilidade:

O critério Biológico: este critério leva em conta apenas o desenvolvimento mental do agente (doença mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação. Basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Critério Psicológico: O critério psicológico considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade. Não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Critério Biopsicológico: Sob a perspectiva biopsicológica, considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável (SANCHES,).

No Brasil, o indivíduo ao completar 18 anos é considerado imputável, ou seja, adotou-se o critério cronológico para aferição, não entanto isto não é absoluto, admite-se prova em contrário.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

3.4 Potencial Consciência da Ilicitude

Potencial consciência da ilicitude é a capacidade de o agente compreender, que determinada ação ou omissão é lícita ou ilícita, ou seja, é necessário que o agente compreenda quais de suas condutas expõem ou lesão um bem tutelado pelo direito penal.

A respeito da consciência da ilicitude, Damásio (2009, p. 57) definiu:

Consciência da ilicitude é o conhecimento profano do injusto. É saber que o fato é antinormativo, ter a consciência de que se faz algo contrário ao sentimento de justiça da sociedade. O que se investiga é se o sujeito tinha ou não condições de saber que era errado, se ele tinha possibilidade de evitar o erro. O requisito da culpabilidade, então é a potencial consciência da ilicitude. Deve-se sair do aspecto subjetivo e passar a investigar aspectos objetivos no caso concreto para que possa averiguar se o agente tinha condições de saber e se tinha condições de evitar o erro. A causa que exclui a potencialidade da consciência da ilicitude chama-se erro de proibição inevitável (que seria acreditar que o proibido é permitido). Se o erro é inevitável. O agente não tinha como saber que era ilícito. Assim, o erro de proibição inevitável exclui a culpa, sendo o sujeito absolvido. Se o erro de proibição é evitável, este presente a potencial consciência da ilicitude, então, não há exclusão da culpabilidade. O agente será condenado, tendo somente uma redução de pena de 1/6 a 1/3. O erro de proibição jamais exclui o dolo, visto que este está no tipo, sendo excluída apenas a culpabilidade.

Além da imputabilidade, um indivíduo para ser considerado culpável é necessário verificar a potencial consciência da ilicitude, ou seja, analisar se o agente possuía condições de saber que sua conduta contrariava o ordenamento jurídico. Faz-se necessário avaliar se no momento da conduta ilícita, era possível exigir conduta diversa daquela.

3.5 Exigibilidade de Conduta Diversa

A exigibilidade de conduta diversa corresponde à normalidade do ato praticado pelo agente, ou seja, qualquer pessoa agiria da mesma forma, naquele momento em diante daquelas circunstâncias? Sendo assim, a resposta, o agente está acobertado pela inexigibilidade de conduta diversa, não se agindo outra forma de agir, pois já é uma norma esperada.

Quanto a exigibilidade de conduta diversa, Damásio, também preceitua (2009, p. 57-58):

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

É a expectativa social de que o agente tenha outro comportamento e não aquele. Assenta-se na Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes, que significa que somente se pode julgar, alguém se essa pessoa agiu em circunstâncias normais, ou seja, somente se pode julgar alguém que agiu errado se essa pessoa agiu sob circunstâncias absolutamente normais.

Para a caracterização da exigibilidade de conduta diversa é necessário que o fato típico ocorra em circunstâncias normais, e mesmo o agente podendo agir de acordo com os preceitos jurídicos, optou em lesar determinado bem jurídico relevante.

4 A PSICOPATIA E A (IN)IMPUTABILIDADE DOS SERIAL KILLERS

Estabelecer um conceito de personalidade psicopática vem a cada dia ganhando mais e mais interesse, uma vez que a cada dia surgem na população em geral diversas personalidades diferentes. Definir um conceito a psicopatia é um desafio não só da medicina como do direito.

Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p.40):

Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores, e que visam apenas os próprios benefício. Eles são Incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, ou psicopatas são verdadeiros "predadores sociais", em cuja veias e arterias corre um sangue gélido.

Ana Beatriz Barbosa Silva (2014 p.39) diz que:

Os psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer etnia, cultura, sociedade, credo, sexualidade ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, pais e mães "de família", políticos etc.

A psicopatia é um desvio de caráter, onde valores e ética são deixados de lado. Os psicopatas não conseguem estabelecer vínculos, seja com a família ou no meio social, deixam a vida os conduzir sem estabelecer planos futuros, a de considerar também que são Incapazes de sentirem sentimento de culpa.

É importante ressaltar que, segundo Silvia (2010, p.40), o termo psicopata refere-se a indivíduos loucos ou doentes mentais, mesmo que a palavra psicopata

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

signifique 'doença da mente', tradicionalmente a psicopatia não é considerada uma doença mental.

Os psicopatas não apresentam nenhuma desordem cerebral, nem sofrem de delírios ou alucinações, ao contrário, são altamente inteligentes, frios e calculistas e se utilizam dessa frieza e a falta de sentimento de culpa e remorso para a prática de seus crimes.

Estes indivíduos costumemente apresentam "ataques de fúria", ou seja, ficam altamente agressivo diante de situações banais, mas essa fúria dura pouco tempo, e em seguida parecem estar normais, se comportando como se nada tivesse acontecido.

São pessoas sem comprometimento, indisciplinados, que procuram sempre desculpas para não ir ao trabalho e que muitas vezes utiliza de forma indevida os recursos da empresa e até desrespeita as regras impostas na política da mesma.

Quanto a imputabilidade dos psicopatas, a psicopatia não é uma doença psíquica e sim um transtorno de personalidade. A OMS (Organização Mundial da Saúde) registra sob o código F60.2, no CID 10:

Podemos dizer que a psicopatia é que um transtorno de personalidade; é a impossibilidade que um ser humano tem de se colocar no lugar do outro, não sentido se quer remorso pelos atos praticados.

Não podemos dizer que todo psicopata será um Serial Killer, mas podemos afirmar que todo Serial Killer é um psicopata.

Também não podemos identificar uma criança ao nascer se está será ou não psicopata, no transcorrer do tempo e que as características vêm à tona, podendo ser possível, com a ajuda de profissionais identificar a psicopatia.

4.1 A Imputabilidade Penal dos Serial Killers

Quanto aos Serial Killers, é sabido que homicídio é considerado como crime, porém o que nos deixa intrigado é quanto aos pressupostos de pena, será que os Serial Killers são imputáveis, semi-imputáveis ou não imputáveis?

Por ser um perfil complexo, acaba sendo muito difícil encaixar o Serial Killer em alguma dessas hipóteses de Código Penal Brasileiro, aja visto a necessidade de se analisar uma série de aspectos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ramos (2002, s.p.), diz que, alguns Serial Killers podem estar completamente são ao cometerem seus atos, e outros podem estar com sua capacidade de entendimento reduzida.

Antes de discutirmos a imputabilidade do Serial Killer, devemos avaliar se o mesmo poderá ser recolocado na sociedade, seria possível uma ressocialização?

Devemos considerar que a aplicação da pena privativa de liberdade ao agente referido, seria apenas uma restrição dos direitos deste, cuja qual, de nenhuma forma contribuirá para sua reintegração social, aja visto que o sistema carcerário encontrasse em condições sub-humanas, e ao invés de recuperar os transgressores eles saem muito mais perigosos.

Morana, Stone e Abdallafilho (2010, s.p.) definem que o Serial Killer “é um inimigo irremediável para as pessoas, e a separação permanente da comunidade pela via da prisão parece ser a única alternativa prudente”.

Trindade, Beheregaray e Cuneo, dizem quem o Serial Killer deve ser considerado como imputável, uma vez que seus crimes são cometidos de forma premeditada, com escolha de lugar e ocasião, para ser considerados semi-imputáveis deveria estar presente em sua ação impulsos mórbidos, descontroles e impulsos.

No entanto é possível a alegação de semi-imputabilidade para os assassinos em série, sendo assim, deverá ser instaurado um incidente de insanidade mental e o agente será submetido a um exame, para averiguar sua insanidade.

Casoy (2004, p. 267) complementa:

O incidente de sanidade mental é instaurado quando existe a suspeita de que o acusado, em qualquer tipo de crime, possa ser doente mental. O processo e o acusado são submetidos ao exame, até que se comprove ou se descarte essa possibilidade. No caso de haver um quadro mental que tenha relação direta com o crime cometido, o réu é isento de pena (inimputável) e a medida de segurança é aplicada, por ser o criminoso considerado perigoso. A medida de segurança prevê tempo mínimo de internação (três anos), mas não tempo máximo. A desinternação fica condicionada à cessação de periculosidade, o que pode significar prisão perpétua em alguns casos incuráveis.

Michael Newton (2005, p. 105) informa que:

[...] de fato, as estatísticas mostram que apenas 1% dos delinquentes suspeitos americanos pleiteiam insanidade no julgamento e apenas um, em cada três desses, é finalmente absolvido. Os assassinos seriais, com seu bizarro ornamento de sadismo, necrofilia e similares, parecem idealmente adequados para pleitos de insanidade, mas mesmo aqui a vantagem contra a absolvição é extrema. Desde 1990, nos Estados Unidos,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

apenas 3,6% dos Serial Killers identificados foram declarados incompetentes para julgamento, ou liberados por insanidade.

Como demonstrado com as referidas citações, poucos Serial Killers são considerados como incapazes mentalmente, a maioria é tido como imputável.

Ademais, no caso de serem considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, estarão sujeitos a aplicação de medida de segurança, sendo constatada periculosidade no decorrer da pena, poderá ficar para sempre internado.

A de considerar que tai argumentações vão de encontro ao o desejo de justiça que rege o Direito Penal Brasileiro. Havendo assim um conflito entre a necessária retirada desses indivíduos do meio social e direito e interesse do Estado na ressocialização dos mesmos.

Considerando que nem todo Serial Killer é psicopata, ou seja, nem todos são portadores de perturbação mental, faz jus que aqueles que comprovarem mediante laudos de insanidade mental, estejam sujeitos a um tratamento psiquiátrico como medida de segurança, até que estejam livres da psicopatia, se é que se seja possível, ou não sendo a cura possível, que haja uma redução nos sintomas.

Quanto aqueles que não apresentam em seu diagnóstico nenhuma perturbação mental, devem ser julgados como pessoas capazes, porém com um acompanhamento e tratamento psiquiátrico, apesar de não ser o que tem se aplicado hoje no Brasil, mas é algo que a sociedade espera, além da prisão a possibilidade de um tratamento psiquiátrico, para que após o cumprimento de ao ser posto em liberdade, não reitere em seus crimes e a sociedade possa se sentir mais segura.

7 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é imprescindível que a sociedade tenha uma reposta penal diante deste tipo de criminoso. No Brasil, atualmente somos deficitários em tecnologias e infraestrutura e preparação técnica da polícia para lidar com esses indivíduos calculistas, frios e que cometem atrocidades contra a sociedade.

Se faz necessário investimentos em investigações, diagnósticos e tratamentos adequados, por equipes especializadas, elaboração de forma conjunta de laudos periciais, que serão utilizados para julgamento e aplicação de sanção penal. Proporcionando não só a punição dos autores deste crime, como também inibir novos criminosos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Mas, será que retirar estes indivíduos da sociedade e aprisiona-los seria a melhor opção?

Considerando que nosso modelo carcerário não tem funcionado, é notável nas cadeias brasileira situações precárias e que não garantem se quer a dignidade humana, o qual é princípio constitucional. O sistema prisional, ao invés de estabelecer uma política de ressocialização, acaba contribuindo para a formação de criminosos cada vez mais perigosos, quanto mais em se tratando de Serial Killer. Não temos atualmente um tratamento adequado para assassinos em série, haja visto que, a sua ressocialização é questionável, e que para muitos não há esperança de cura.

Vale ressaltar que, o Serial Killer possui garantias e direitos, assim como qualquer outro indivíduo, e o Estado tem a obrigação de tutelar. Ainda que a ressocialização seja improvável, ela deve ser considerada. O Estado precisa conhecer melhor esse tipo de criminoso e saber lidar com eles, para só assim aplicar a correta penalização.

Existem assassinos em série que de fato possuem doenças mentais, que muitas vezes não raciocinam com total compreensão, mesmo que seja uma minoria, e que muitas vezes é ignorado pela sociedade, outros, porém possui total discernimento de seus atos e são capazes ou até superiores a normalidade de raciocinar. Assim, não há como estabelecer um padrão nas decisões, e no entendimento quanto a imputabilidade, pois poderíamos estar sujeitos a injustiças. O correto seria uma legislação especifica, a qual seria como base para os julgamentos, um norte e não um padrão.

Portanto, se faz necessário que o âmbito jurídico, busque alternativas que visem tanto a segurança da sociedade quanto a garantia de direitos fundamentais dos assassinos em série, porém realizando justiça, avaliando caso a caso, na situação em concreto, quanto a imputabilidade penal de cada um, caso seja imputável, semi-imputável ou inimputável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código (1941). **Código Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **O julgamento de um Serial Killer**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**: 16 Ed. São Paulo Saraiva, 2012.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** 2. ed São Paulo: Madras, 2002.

CASOY. **Serial Killer: louco ou cruel?** 6. ed São Paulo: WVC, 2004.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

CASOY. **Serial Killers made in Brasil** 2. ed São Paulo: Arx, 2004.

DSM-IV **Manual Diagnósticos e Estatístico de Transtorno Mentais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. Disponível em: http://www.psicologia.pt/instrumentos/dsm_cid/. Acesso em: 02 mai. 2018

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2007, 110p.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**: parte geral. v. 1. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**. Parte geral. V. 1. 7.ed. São Paulo: Método, 2013.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e Serial Killers**. 2006. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

MOURA, Bruna Toniolo. **A análise criminológica e a imputabilidade dos assassinos em série**. Presidente Prudente, 2010, 62 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente.

NEWTON, Michael. **A enciclopédia do Serial Killer**. 1. ed. São Paulo: Madras, 2005.

RAMOS, Mariana Neme Nogueira. **A imputabilidade dos Serial Killers**. Presidente Prudente, 2002. 71 f. Monografia (Graduação). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fontanar, Objetiva, 2008.

SILVA. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora ao Lado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010

SILVA. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora ao Lado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2014

TRINDADE, Jorge. BEHEREGARAY, Andréa, CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da Justiça**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2009.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

VELLASQUEZ, Camila Tersariol. **O perfil criminal dos Serial Killers**. 2008. 81f. Monografia (graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

MULTIMÍDIA: DIREITOS AUTORAIS DO WEBSITE

Bárbara Pinho COELHO¹

RESUMO: O presente trabalho visa discorrer os pontos relevantes sobre a multimídia com definições doutrinárias, estudos sobre a natureza jurídica e posteriormente a materialização da obra nos websites. A fundamentação do estudo é baseada em legislações nacionais e internacionais, uma vez que se trata de uma matéria multidisciplinar com maior detalhamento e ensinamento na área da tecnologia. Embora haja crítica sobre a proteção da obra multimídia, existe Lei suficiente para solucionar eventuais conflitos principalmente quanto à titularidade da obra, por isso o estudo esmiúça a aplicação de tais normas e conclui ser aceita uma interpretação extensiva.

Palavras-chave: Multimídia. Obra. Website. Autoral. Software.

ABSTRACT: The present work aims at describing the relevant points about multimedia in relation to doctrinal definitions, studies on the legal nature and later the materialization of the work in the websites. The basis of the study is based on national and international legislation and multidisciplinary doctrine since it is a subject that has greater teaching in the area of technology. Although there is criticism regarding the protection of multimedia work, there is a sufficient law to resolve any conflicts, mainly regarding the ownership of the work, so the study will clarify the application of such rules and concludes that an extensive interpretation is accepted.

Keywords: Multimedia. Work. Website. Autoral. Software

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade da informação extremamente potencializada pelo uso da internet alguns assuntos sobreviveram por sua intensa fruição.

Com a multimídia não foi diferente. Por isso, o presente trabalho delimitou o campo de estudo ao contexto histórico em que surgiu a multimídia, ou seja, a era digital.

Foi preciso também trabalhar conceitos referentes ao tema, já que se trata de uma ferramenta com suporte na área da tecnologia e realizar assim uma pesquisa multidisciplinar. A multimídia é espécie de obra audiovisual porque provoca vários

¹ Advogada. Discente da Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Aluna do Programa de Mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós Graduada em Avaliação do Ensino e Aprendizagem pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Presidente Prudente/SP. E-mail: barbara-advogada@outlook.com

sentidos humanos através de áudio, imagem, vídeo, gráficos, cada vez mais sofisticados com a evolução da tecnologia.

Embora aparentemente tenha sido uma delimitação sem controvérsias, quando se trata da natureza jurídica da obra multimídia duas correntes surgem com o intuito de enquadrá-la e assim dotá-la de proteção, seja na Lei dos Direitos Autorais, seja na Lei do Software.

A materialização desta obra é constatada mais facilmente nos websites, que não deixam de ser uma criação intelectual e por isso sofre ferrenhas críticas sobre sua natureza, principalmente sobre a titularidade do direito autoral.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo de conceitos doutrinários e técnicos buscando esmiuçar o tema e analisar seus reflexos. Também foi aplicado o método hipotético-dedutivo para analisar as diversas hipóteses da multimídia em relação aos direitos envolvidos e sua devida proteção jurídica.

O tema merece análise por envolver o direito de uma forma sistemática, com a aplicação de uma norma já existente em algo que, diante da evolução da informática, torna-se novo. Sendo possível a interpretação extensiva de tais normas até que em um futuro longínquo seja elaborada leis especificadas para o caso, se preciso.

2 A MULTIMÍDIA

Primeiramente, se faz necessário realizar apontamentos acerca do contexto tecnológico em que surgiu a multimídia e em seguida estabelecer conceitos e expor os desdobramentos quanto à natureza jurídica desta obra.

2.1 Análise Sobre o Panorama Tecnológico da Multimídia

Com a evolução da tecnologia analógica, sobreveio a era digital, dentro da qual a multimídia cada vez mais se sobressai. A tecnologia dessa era reduziu custos, permitiu que suas informações fossem transformadas em códigos e fixadas em qualquer suporte, diminuiu substancialmente o trabalho por de trás de uma obra, entretanto ainda necessita de intervenção humana.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Por estar inserida neste contexto tecnológico as obras criadas com o uso da multimídia são dotadas de todas as características citadas sendo empregadas no campo artístico, literário, científico, comercial, informativo, etc.

Por necessitarem de intervenção humana, serem uma modificação/adaptação de certas obras já existentes e dependerem de um trabalho tanto quanto massivo, são protegidas pelo Direito Autoral.

A evolução da multimídia é clara com o surgimento do sinal digital para as transmissões de televisão, com a *smart TV* que utiliza da internet para desempenhar funções, e com o mais comum e acessível ultimamente, o *smartphone*, que permite a reprodução de tais obras de forma simultânea auxiliando-se de aplicativos, como as redes sociais, por exemplo, onde é possível realizar transmissões ao vivo reunindo som e imagem de forma instantânea, alcançando quantos usuários quiser. Função que anteriormente era privativa de programas de televisão.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica

Multimídia é a palavra utilizada para definir a união de diversas formas de comunicação que são capazes de despertar nos indivíduos seus estímulos sensoriais como, por exemplo, a visão e a audição. Neste sentido temos a conjunção de textos: números, tabelas; gráficos (ilustrações desenhos); áudio/som: voz humana, música, efeitos especiais; fotografia: imagem real sem movimento; vídeo: imagens reais com movimento; hoje, inclusive, com a evolução da tecnologia em 3 (três) e até em 6 (seis) dimensões (3D e 6D) é possível despertar mais ainda sensações nos seres humanos, como o olfato.

Obra audiovisual é gênero da qual obra multimídia é espécie.

É preciso uma definição técnica sobre o que é multimídia e conseqüentemente o que vem a ser a obra multimídia, neste sentido Manoel J. Pereira dos Santos (2003, p. 02/03) é: “aquela produção que, fixada em meio digital reúne em um só suporte várias formas de expressão criativa (textos, músicas, imagem, desenhos, sons, fotos e até mesmo programas de computador)”. O próprio autor faz ressalvas quanto ao meio utilizado que deve ser apenas o digital, geralmente *software*.

Bem delimitado o que seria a obra multimídia, objeto do nosso estudo, passaremos a analisar as classificações sobre o assunto.

Quanto ao conteúdo a obra multimídia pode ser nova ou composta, sendo a primeira a encomenda ou criação específica e original de uma obra multimídia e a segunda o aproveitamento de obras já existentes que dão origem a uma obra nova.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Outra classificação é quanto ao destinatário da obra multimídia, podendo ser linear, obedecer a uma ordem cronológica preestabelecida (o usuário é passivo diante da obra) e interativa, que permite uma relação entre o destinatário e a obra, com certa liberdade de escolha (o usuário é ativo diante da obra).

Desta forma, é possível combinar as classificações, por exemplo, uma obra nova interativa, como os jogos virtuais: com a criação de um novo jogo utilizando o suporte digital permite ao usuário participar de tal aplicativo com liberdade de escolha.

Vencida a classificação passaremos a explorar a natureza jurídica da obra multimídia. Trata-se de um assunto de extrema divergência na doutrina nacional e internacional.

Estudar a natureza jurídica de um instituto é, segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 337) detectar a “afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”.

Sobre a natureza jurídica da multimídia existem duas correntes marcantes que estão em constante conflito.

A primeira corrente defendida por José de Oliveira Ascensão (2001, p.13) e outros autores no exterior como Manuel Lopes Rocha e Mário Macedo (1996, p.64/66):

Enquadrar obra multimídia em uma classificação preexistente, por entender que a multiplicidade de formas de expressão e a interatividade não bastam para alterar a natureza destas produções. Assim vemos obra multimídia tratada ora como compilação, ora como obra audiovisual, ora como base de dados, ora como programa de computador.

Por este pensamento é fácil defender que a natureza jurídica da multimídia fica condicionada aos meios utilizados, ou seja, haverá uma alternância.

A segunda corrente defendida por Alexandre Dias Pereira (2001, p.267) rechaça a possibilidade de enquadrar obra multimídia em uma classificação preexistente e, como saída, indica a atribuição de certa autonomia ou individualidade ao instituto.

Independente do posicionamento adotado anteriormente é preciso reconhecer que a obra multimídia é uma produção intelectual e merece proteção pelo Direito. A discussão fica ainda mais fervorosa quando envolve infração ao direito moral, onde é preciso adaptações e reformulações de leis já existentes para solucionar os problemas advindos daquela violação.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

3. PROTEÇÃO DA OBRA MULTIMÍDIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para averiguar a proteção legal da obra multimídia é preciso voltar-se às antigas lições de direito que define o que são bens corpóreos e incorpóreos.

Tal distinção advém do Direito Romano e não encontra conceituação no texto da lei, logo a doutrina se incumbiu de tratar sobre essa classificação, conforme Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 285):

Bens corpóreos são os que têm existência material, como uma casa, um terreno, um livro; são o objeto do direito; Já os bens incorpóreos são os que não têm existência tangível e são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou com outra pessoa, apresentando valor econômico, tais como os direitos reais, obrigacionais e autorais (grifo nosso).

A obra multimídia é notoriamente um bem incorpóreo, ainda que tenha uma materialização do resultado ocorre de forma virtual, logo possui valor econômico e é passível de cessão.

Diante desta análise e com a premissa de que a obra multimídia é um bem incorpóreo, com valor econômico que permite cessão, é preciso verificar as legislações existentes no ordenamento jurídico brasileiro capaz de regulamentar e proteger tal direito.

O estudo ficará delimitado em algumas legislações que se encaixam ao tema em ordem cronológica e com os devidos apontamentos, entre as principais estão a Lei nº 9.609/98 conhecida como Lei do Software e a Lei nº 9.610/98 batizada de Lei dos Direitos Autorais (LDA).

A Lei do Software - Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998 tem como escopo principal a proteção do programa de computador definido em seu art. 1º como:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados (grifo nosso).

Já que a obra multimídia é a reunião de duas ou mais mídias que são codificadas e fixadas em um suporte digital a princípio se adéqua ao conceito de programa de computador trazida pela Lei supracitada.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Mas a Lei faz duas ressalvas importantes que induz a necessidade de uma nova lei (que posteriormente foi criada) para completar a proteção da obra multimídia.

A primeira ressalva explícita no art. 2º é que a proteção intelectual, ou seja, a criação-ideia será tratada pela regulamentação dos direitos autorais. Desta forma, o espírito e o autor da obra em um primeiro momento ficaram excluídos da Lei do Software.

A segunda e principal marcação para o estudo feita pela Lei do Software é supressão do direito moral do autor nos programas de computador, a Lei apenas possibilita a reivindicação do programa com o fim de evitar qualquer deturpação que venha a prejudica-lo. Ou seja, caso o autor da obra multimídia, neste primeiro momento considerada um programa de computador, com aplicação da Lei do Software, vier a ter sua obra alterada de forma maléfica, aquele não terá seu direito moral garantido, como por exemplo, o pagamento de indenização em pecúnia.

Por fim, o apontamento encampado no art. 3º da Lei 9.609/98 é da dispensa de registro da patente do programa de computador para que possa se valer da proteção legal. O registro é interessante nesses casos, para o fim de prova em eventual litígio.

No caso de programas de computadores o registro da patente deverá ser feito perante o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) que divulgou recentemente o Boletim Mensal de Propriedade Industrial referente ao mês de dezembro de 2016 apontando:

A edição de janeiro de 2017 do Boletim Mensal de Propriedade Industrial apresenta os dados relativos a dezembro de 2016. Neste mês, os pedidos de depósitos de propriedade industrial totalizaram 2.814 patentes, 13.514 marcas, 462 desenhos industriais, 189 programas de computador e 124 contratos de tecnologia. (...) Em relação ao mês anterior, apresentaram aumento: patentes (4,1%), programas de computador (1,6%) (grifos nosso).

Só no mês de dezembro de 2016 houve o aumento de 1,6% do pedido de registro de programas de computadores refletindo uma realidade interessante, pois mesmo que a Lei não exija o registro, os inventores preferem realizar o registro com o fim de proteger sua criação.

A segunda norma a ser pormenorizada é a Lei dos Direitos Autorais – Lei nº 9610 de 19 de fevereiro de 1998 (LDA), que por coincidência ou não foi editada na mesma data da Lei do Software anteriormente citada.

Para iniciar é preciso fazer uma distinção entre Propriedade Industrial e o Direito Autoral, conforme o Professor Tarcísio Teixeira (2016, p. 186) leciona:

A propriedade industrial e o direito autoral são duas vertentes que compõem a chamada propriedade intelectual. Assim, a propriedade intelectual é um gênero do qual o direito autoral (sub-ramo do direito civil) e a propriedade industrial (sub-ramo

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

do direito empresarial) são espécies. Pode-se dizer que a propriedade intelectual é o conjunto de regras de proteção sobre coisa incorpórea ou imaterial (algo que não tem existência física) decorrente da inteligência ou da invenção de seu autor ou inventor. São as regras que tutelam as criações (direito autoral) e as invenções (direito industrial). Frise-se que o bem incorpóreo objeto da proteção jurídica pode ser materializado em suporte físico, como no caso de uma obra literária.

A LDA visa regulamentar o sub-ramo do direito civil com o intuito de proteger uma obra incorpórea decorrente da inteligência de acordo com o apontamento supracitado, por isso a obra multimídia também está acobertada por esta Lei já que antes da “materialização” do resultado há uma ideia a ser reproduzida.

A definição do que é direito autoral (PAEZANI, 2006) é:

No seu conceito clássico, é o direito extrapatrimonial que se vincula à própria pessoa do autor da criação, tendo por objeto um direito imaterial, que é a própria “ideia” e caracterizado pela temporalidade da proteção que lhe é conferida, ao encontrar um limite no direito da coletividade de gozar livremente da criação artística, científica ou técnica.

Além disso, o direito autoral é uma garantia fundamental prevista no art. 5º incisos XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição Federal de 1988 e a LDA especifica e protege, segundo seu art. 7º todas “as criações de espíritos, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Este artigo diz que haverá proteção da ideia (mundo ideal de forma incorpórea) que posteriormente venha a ser fixada em qualquer suporte como forma de concretização no mundo real dando margem inclusive as obras que posteriormente são expostas na internet.

O mesmo artigo permite o enquadramento perfeito à obra multimídia, pois nos incisos I, VI, VII, VIII e XII estabelece quais as criações incluídas na proteção legal e em suma protege a produção de textos, obras audiovisuais, fotográficas, desenhos e programas de computador.

O ponto mais considerável para insistir na aplicação da LDA na obra multimídia é justamente o direito moral do autor (HAMMES, 2002, p. 70-71) que “é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra (...) o direito moral seria a ligação (vínculo) do direito de autor em seu todo a uma determinada obra”.

Tal direito também se encontra estampado no art. 22 e detalhadamente explícito nos arts. 24 e seguintes da mencionada Lei, vejamos:

Art. 24. São direitos morais do autor:
I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

III - o de conservar a obra inédita;
IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Além disso, o autor poderá reivindicar, manter a obra em seu estado original, ter acesso e conserva-la, escolher sobre sua circulação, direitos esses que dizem respeito a livre escolha do autor perante a sua obra.

E mais, para completar o direito moral do autor, segundo o art. 6º da Convenção de Berna cujo Brasil é signatário, diz:

(...) O autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possa prejudicar a sua honra ou a sua reputação.

O direito do autor é tão importante diante da sociedade da informação que há muito tempo tem seu bem jurídico tutelado pelo direito penal, a violação dos direitos autorais é crime previsto nos arts. 184 a 186 do Código Penal.

A Lei do Software e a Lei dos Direitos Autorais tomaram maior espaço em discussões com o advento do uso da internet, esta ferramenta permite a criação e desenvolvimento de várias obras ou programas de computadores devido ao seu baixo custo, potencial de atingir amplo número de pessoas instantaneamente e por permitir uma lucratividade maior.

A internet passou a reunir em um só instrumento o procedimento de criação, reprodução e distribuição das obras e por isso merece destaque.

O Marco Civil da Internet (Lei 12. 965/14) interessante e pioneira lei que especificadamente tratou sobre o uso da internet no Brasil e, por isso não poderia deixar de ser citada neste trabalho, certifica a liberdade de expressão e a garantia de fomentar novas inovações via internet.

Bem aponta CARBONI (2008, p.180) sobre a legislação atual no que tange as novas tecnologias, inclusive prevê a possibilidade de aplicação da função social do direito autoral, por exemplo:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Como a função social do direito é, antes de tudo, uma maneira de interpretar o direito, tendo em vista a obtenção de soluções mais adequadas a situações novas, cabe ao judiciário brasileiro começar a aplicar o princípio da função social da propriedade ao direito de autor, nos casos que o justifiquem.

Por mais que se discuta a necessidade de novas regulamentações diante da evolução tecnológica no que tange a Propriedade Intelectual, a Propriedade Industrial e os Direitos Autorais, as legislações existem e inclusive autorizam uma interpretação extensiva para solucionar problemas advindos da evolução.

4. A CONCRETIZAÇÃO DA MULTIMÍDIA NOS WEBSITES

Como já bem explorado o conceito de multimídia e as possíveis legislações aplicáveis à obra, é preciso materializar o assunto.

Os websites ou sites têm sido alvo de constantes estudos e críticas pelos operadores do direito por possuírem uma dinâmica multidisciplinar e envolverem vários ramos da ciência jurídica, principalmente em sua proteção.

O site é uma figura jurídica *sui generis*, pois é possível que se concentre em um website áudio, figura, vídeo, imagem, texto, explicitando desta forma uma real obra multimídia.

Diante deste apontamento temos divergência doutrinária sobre a proteção do site no ordenamento jurídico brasileiro, pois inexistente lei expressa que assegure direitos à cerca deste instrumento. Logo, os posicionamentos visam enquadrar o website em algum ramo do direito, passando a considera-lo ora invenção, ora obra literária ou ainda como programa de computador.

Segundo Deborah Fisch Nigri (2006, p.22) é preciso uma maior atenção à evolução tecnológica e sua devida regulamentação:

Tendo em vista que o direito não pode e nem deve permanecer estagnado às evoluções tecnológicas, o aparecimento das novas mídias e a conseqüente integração dos computadores via Internet, bem como a convergência de mídias, constituem, hoje, um grande desafio para os juristas, em especial os autorialistas. Ao mesmo tempo que se alarga o universo de usuários/consumidores dos produtos culturais, agigantam-se os problemas e os questionamentos quanto ao escopo da proteção jurídica e seus meios de controle.

Pois bem. Se o site for considerado uma invenção deverá ser patenteado e registrado no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), por envolver uma

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

criação nova, a Lei da Propriedade Industrial (LPI – Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996) prevê alguns requisitos para que a criação seja patenteada no art. 8º que descreve: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

Os requisitos que deverão ser obrigatoriamente e cumulativamente preenchidos são a novidade, ou seja, a descoberta de algo novo, conforme disposição do art. 11, completa esse requisito expondo a novidade é algo não compreendido pela técnica e por isso desconhecido pelo público, a atividade inventiva, trabalhada no art. 13 que seria, em suma, a descoberta gradativa e/ou a criação pormenorizada, o emprego de um estudo que envolva novidade, ou seja, o procedimento de criação, a aplicação industrial, apresentada no art.15 que exige a possibilidade de utilização da invenção em qualquer tipo de indústria.

Esta primeira hipótese de enquadrar o website em modalidade de invenção suscetível de patenteamento não é possível porque não se adéqua ao requisito principal: novidade. E mais, o próprio INPI não aceita esse raciocínio, pois foge da descoberta.

O segundo posicionamento é a possibilidade de considerar o website como obra literária e, em consequência, disso aplicar a Lei dos Direitos Autorais (LDA – Lei nº 9.610/98). Trata-se de uma das teses predominantes no Direito Tecnológico.

Os argumentos são que a própria LDA em seu art. 7º prevê a proteção das criações de espírito fixadas em qualquer suporte. Se o website é uma criação assentado em um suporte digital é admissível a proteção por meio da LDA que garante inclusive os direitos morais do autor.

Veja, a obra literária é registrada na Biblioteca Pública Nacional e confere assim à obra maior proteção por constituir uma pré prova de sua titularidade e originalidade.

Por fim, o terceiro posicionamento é o website como programa de computador resguardado pela Lei do *Software* (Lei 9.609/98) que define programa de computador logo em seu art. 1º:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

O website também pode ser considerado um programa de computador frente a sua dinâmica e de sua própria essência funcional, na maioria das vezes, por uma plataforma como o computador. Sem prejuízo da proteção autoral devidamente autorizada pelo art. 2º da Lei do *Software*, reflete a aplicação concomitante de ambas as

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

leis, sendo a primeira importante para resguardar o direito moral do autor e constituir uma pré-prova em eventual litígio.

Aparentemente é perfeitamente possível a conjugação de ambas as leis para proteger o site, já que nesse caso não é vedada a interpretação extensiva. Elas possuem como finalidade amoldar as obras intelectuais e os programas de computadores para que se reconheça a criação e o criador, não havendo impedimento para aplicação não de forma subsidiária, mas sim suplementar.

4.1 A Titularidade do Direito de Autor do Website

Vencida a discussão sobre a legislação aplicável ao site é preciso averiguar uma segunda problemática sobre este instituto que é justamente a titularidade da obra coletiva e sob encomenda. Essas divisões também são aplicáveis aos websites, por se tratarem de uma obra intelectual.

A premissa de autor é trazida por Antônio Chaves (1996, p.87) como: “O autor é o sujeito cuja personalidade está imprimida na obra de um modo indestrutível”.

Por isso podemos dizer que autor é aquele que tem uma ligação pessoal e íntima com a obra extrapolando o cunho econômico.

Esse apontamento é relevante, pois a partir de agora a discussão versará sobre quem é o titular do direito de autor do site e para respondermos tal questão é preciso primeiramente saber quem é o autor.

A obra coletiva e a sob encomenda são obras que a doutrina define como de titularidade derivada, ou seja, haverá um terceiro estranho aos autores, geralmente o empregador, que contratará a prestação de serviços (criação da obra).

E mais, ela recebe este nome porque trata-se de uma criação intelectual com a colaboração de diversas pessoas, não sendo possível medir o grau de contribuição de cada uma delas.

E para completar a qualificação de obra coletiva SANTOS (1981, p. 56) faz o seguinte apontamento:

Duas são as condições básicas para se determinar a existência da obra coletiva: de um lado, que o conjunto seja uma criação autônoma em relação às obras que a compõem, e, de outro lado, que a atividade de que resulta a criação do conjunto distinga-se da atividade de que resulta cada obra individualmente considerada. Desses princípios resulta que a proteção conferida à obra coletiva não se estende automaticamente a cada obra,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

quando desvinculada do conjunto, embora tal proteção deva abranger todos os elementos e partes da obra coletiva, em função do papel desempenhado com conjunto.

Não existe muita discussão sobre a titularidade do direito nesse tipo de obra, segundo COSTA NETTO (1988, p. 62-63) em se tratando de obra criada por duas ou mais pessoas e excluída a possibilidade de especificar o “quantum” cada um contribuiu para sua criação, o empregador poderá, em conjunto com os verdadeiros criadores, ter a titularidade da obra com certa autoridade.

Como a própria LDA traz em seu art. 17 parágrafo 2º:

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

Fica clara a distinção legal, o empregador terá a titularidade dos direitos patrimoniais passíveis de cessão, mas em hipótese alguma poderá ser titular dos direitos morais do autor, por se tratar de direitos personalíssimos do criador: inalienáveis e irrenunciáveis.

Para integralizar tal raciocínio BERTRAND (1996, p. 86) diz que: “mesmo que haja transferência dos direitos por contrato, essa transferência não pode causar dano ao direito de paternidade dos autores”.

E a transmissão dos direitos morais dos autores só se dará de forma natural, ou seja, com a sucessão respeitando a ordem do Código Civil.

Neste sentido nos explica BITTAR (2000, p.34):

(...) para efeitos patrimoniais se opera a transmissão de direitos quando aos diferentes cessionários (como o editor, o encomendante) ou cessionários. Derivação plena de direitos ocorre apenas com o fenômeno natural da sucessão, respeitados sempre os vínculos morais personalíssimos do autor (...).

Em suma, há uma divisão precisa entre os direitos dos envolvidos na criação da obra coletiva e do empregador (terceiro estranho a atividade criativa).

Por outro lado, quando se trata de obra por encomenda, também no caso dos sites, é preciso ter cautela.

A obra sob encomenda tem grande aplicação prática, pois antes mesmo da criação há um contrato de prestação de serviços com cláusula específica sobre a titularidade da obra criada.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

No direito internacional há uma divisão, os países do sistema anglo-saxão, principalmente os integrantes da Convenção de Berna, afirmam que ao encomendante cabe os direitos patrimoniais da obra, com seus direitos e limites expressos no contrato. O mesmo raciocínio aplicado à obra coletiva.

Em contrapartida, os países norte-americanos o *copyright (right of copy)* protegem a materialização da obra, ou seja, o resultado concreto, e não a criação propriamente dita.

Alguns doutrinadores que debatem esse ponto do tema são: Eduardo Piola Caselli (1927, p. 221 e ss.), Alfredo de Gregório (1913, p. 130/131), Valério de Sanctis (1965, p. 27 e ss.), entre outros.

No Brasil, por ser signatário da Convenção de Berna, é adotada a corrente que os direitos patrimoniais da obra pertencem ao encomendante e os morais (extrapatrimoniais) ao autor.

Transportando esse exame para os websites, quando o empregador contrata um empregado para criar um site para determinada empresa, o que for concebido durante o horário de trabalho remunerado terá os direitos patrimoniais pertencentes ao empregador, que na relação empregatícia encontra-se em uma posição hierarquicamente superior e os morais ao empregado. Os limites, deveres e obrigações das partes deverão ser estabelecidos contratualmente.

Por fim, ainda que haja posições isoladas em contrário, o site feito de forma coletiva terá seus direitos também divididos entre o contratante e os criadores, mas sempre levará o nome destes. Já o site criado sob encomenda advindo de uma relação de emprego, ainda que exista corrente que defenda que diante da subordinação empregatícia todos os direitos (patrimoniais e extrapatrimoniais) sejam do empregador, por todo raciocínio aqui exposto, o mais coerente seria também separar os direitos patrimoniais ao empregador e os morais ao empregado/criador.

5 CONCLUSÃO

A multimídia que esta situada no contexto tecnológico na era digital, reúne em uma só obra diversos atributos como som, imagem, áudio, texto, gráficos e assim desperta no ser humano seus sentidos corporais.

Por conta de suas características, a natureza jurídica da obra multimídia é discutida na doutrina atualmente e duas posições possuem argumentos mais sustentáveis, ora trata-se de obra literária, ora de programa de computador. Independente do posicionamento adotado é conferida proteção jurídica pela Lei do

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Software e pela Lei dos Direitos Autorais que, de forma suplementar, garantem os direitos patrimoniais e morais do autor.

No caso dos websites, considerados uma obra multimídia por sua essência, nova discussão é agregada ao assunto, versando justamente sobre a titularidade do direito de autor nos casos que envolvam obra coletiva e por encomenda. Mesmo com posicionamentos variados, no Brasil é defensível a divisão dos direitos autorais em direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Em ambos os casos, o direito patrimonial do autor poderá ser discutido por meio de cláusula contratual, mas o direito moral do autor deverá ser resguardado ao criador da obra, por conta de sua natureza personalíssima, irrenunciável e inalienável.

No estudo fica evidente que a legislação existente é suficiente para resolver os embaraços que surgem diante da evolução tecnológica, cabendo ao operador do direito realizar a devida interpretação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSAO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet na Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

BERTRAND, André. **A Proteção Jurídica dos Programas de Computador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

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

_____. **Decreto Lei nº 75.699 de 06 de Maio de 1975**.

Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 28 de junho de 2017.

_____. **Lei nº 9.279 de 14 de Maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

_____. **Lei nº 9.609 de 19 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

_____. **Lei nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____, _____. **Direito de Autor**. 6ª Ed. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CASELLI, Eduardo Piola. **Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione**. 2ª ed. Torino: Ed. Torinese, 1927.
- CARBONI, Guilherme Capinzaiki. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CHAVES, Antônio. **Criador da Obra Intelectual**. São Paulo: LTR, 1996.
- COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998;
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998.
- INPI. **Instituto Nacional da Propriedade Industrial**. Boletim mensal de propriedade industrial: estatísticas preliminares. Diretoria Executiva. Assessoria de Assuntos Econômicos (AECON) - Vol. 1, n.1 (2016) - Rio de Janeiro: 2017. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>>.
- GREGÓRIO, Alfredo de. **Il Contratto de Edizione**. Roma: Athenaeum, 1913.
- HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 2002.
- NIGRI, Deborah Fisch. **Direito Autoral e a Convergência de Mídias – Cadernos de Direito da Internet**, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- ROCHA, Manuel Lopes; MACEDO, Mário. **Direito no Ciberes Poço**. Lisboa: Cosmos, 1996.
- SANCTIS, Valério de. **Contratto di Edizione- Contratti di Representazione e di Esecuzione**. Milano: Giuffrè, 1965.
- SANTOS, Manoel J. Pereira. **A Proteção Autoral do Website**. In Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- _____, Manoel Joaquim Pereira dos. **O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. Obra Digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. V 1. 9 .ed. São Paulo : Atlas, 2009.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO

Thainá Mayumi Carducci NABETA¹

RESUMO: O presente trabalho busca abordar a problematização da aplicação das medidas executórias atípicas e os direitos fundamentais do devedor. Para tanto, aborda os poderes executórios do juiz, e conseqüentemente, as medidas executórias, tanto típicas quanto atípicas, de forma a demonstrar a existência do conflito entre direitos fundamentais e a aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Medidas executórias atípicas. Poderes do juiz.

ABSTRACT: The present work seeks to address the problematization of the application of atypical enforceable measures and the fundamental rights of the debtor. In order to do so, it addresses the judge's executive powers and, consequently, the enforcement actions, both typical and atypical, in order to demonstrate the existence of the conflict between fundamental rights and the application of article 139, IV, of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Fundamental rights. Atypical enforcement actions. Powers of the judge.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar o conflito causado entre a aplicação das medidas executórias atípicas e os direitos fundamentais do executado.

Desta forma, iniciamos adentrando ao estudo dos poderes executórios do juiz, distinguindo as medidas executórias coercitivas e sub-rogatórias, passando à análise das medidas executórias típicas e atípicas, tecendo considerações sobre a aplicação das medidas executórias atípicas e o conflito com os direitos fundamentais.

Para a realização deste trabalho, foram utilizados os seguintes referenciais metodológicos: leis, doutrinas e julgados de Tribunais. Além disso, foi utilizado o método dedutivo.

Deste modo, o primeiro tópico trata dos poderes executórios do juiz, pontuando brevemente a diferenciação entre os procedimentos de cumprimento de

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP, e pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela mesma instituição. Advogada.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

sentença e do processo de execução, passando à definição de execução e poderes executórios, distinguindo, ainda, as medidas executivas coercitivas das sub-rogatórias.

A seguir, abordamos os poderes e as medidas executórias típicas e atípicas, distinguindo-as e elencando os parâmetros a serem observados na aplicação das medidas executórias atípicas.

O segundo tópico, por sua vez, expõe a aplicação das medidas executórias atípicas e o conflito com os direitos fundamentais do devedor, colacionando julgados de Tribunais sobre tal confronto, demonstrando como tem sido decidido.

Por fim, a conclusão.

2 DOS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ

Sabemos que tanto o processo de execução quanto a fase de cumprimento de sentença possuem a mesma finalidade, qual seja, buscar o efetivo cumprimento da obrigação que recai sobre o devedor.

Contudo, é cediço que seus procedimentos não são idênticos, e conseqüentemente, os meios executivos neles empregados também não são, como podemos observar pela própria dicção dos artigos dedicados a cada procedimento no Código de Processo Civil.

Apesar de o presente artigo não abordar a distinção do processo de execução da fase de cumprimento de sentença, mas apenas os poderes executórios do juiz, de uma forma geral, busca-se apenas pontuar que nem sempre a mesma medida executiva poderá ser aplicada para ambos os procedimentos.

Conforme dispõe Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 220):

Atualmente, no direito processual brasileiro, cumprimento de sentença e processo de execução são realidades distintas e inconfundíveis. Embora o juiz utilize atos e procedimentos do processo de execução para fazer cumprir a sentença condenatória, isto se passa sem a instauração de uma nova relação processual, ou seja, sem a relação própria do processo de execução.

Pois bem, executar é modificar a realidade para satisfazer direitos, e isso pode ser alcançado através dos meios executivos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Por sua vez, os meios executivos refletem os poderes executórios do juiz, uma vez que o exequente inicia a execução a fim de efetivar os meios executivos e buscar o cumprimento da obrigação, por intermédio dos poderes executórios do magistrado.

Deste modo definem Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski (2017, p. 1016):

Considerando a noção de atividade executiva, entende-se por poderes executórios aqueles que instrumentalizam a invasão da esfera jurídica de pessoas, promovendo modificações no mundo sensível, a fim de satisfazer um direito provável ou já reconhecido.

Assim, tanto na fase de cumprimento de sentença, ou seja, execução de título judicial, quanto na execução de título extrajudicial, o juiz aplica as medidas executivas que dispõe através de seus poderes executórios, com a finalidade de alcançar o cumprimento da obrigação do executado, cada qual com sua peculiaridade de procedimento.

Os meios executivos podem ser coercitivos ou indiretos, quando há a participação do executado, pois o magistrado o coage a cumprir a obrigação, como por exemplo, a multa prevista no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil, o uso da força policial, a prisão civil no caso do devedor de alimentos, a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, a multa diária etc.

De outro lado, os meios executivos podem ser sub-rogatórios ou diretos, onde o Estado, por intermédio do juiz, atua no lugar do executado, substituindo-o, a fim de alcançar o cumprimento da obrigação, como por exemplo, através das pesquisas Bacenjud, Renajud, Infojud, busca e apreensão, desfazimento de obras, remoção de pessoas e coisas, imissão na posse, penhora de bens etc.

Os meios executivos sub-rogatórios ou diretos podem ser de três espécies, quais sejam: transformação, onde um terceiro realiza a obrigação à custa do obrigado; desapossamento, que consiste em retirar compulsoriamente a posse do executado; e expropriação, onde ocorre a invasão do patrimônio do executado para obter dinheiro ou bens a serem convertidos em dinheiro. Esta última espécie pode se dar por adjudicação, alienação, usufruto executivo, ou ainda, pelo desconto em folha de pagamento do devedor.

Nas palavras de Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro (2011, p. 229):

Por conseguinte, os poderes executórios podem ser divididos em dois grandes grupos: poderes executórios coercitivos e poderes executórios sub-rogatórios. Os poderes-executórios coercitivos se subdividem em poderes coercitivos por meio de restrição de direitos e poderes coercitivos patrimoniais. Já os poderes sub-rogatórios podem ser partilhados em poderes de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

desapossamento (preparatórios e finais), poderes de transformação e poderes de expropriação (preparatórios e finais). Os poderes de expropriação podem ser classificados em adjudicação, desconto, alienação e usufruto.

Posto isso, os meios executivos coercitivos e sub-rogatórios podem ser típicos ou atípicos, conforme veremos a seguir.

2.1 Dos Poderes Executórios Típicos e Atípicos

Os poderes executórios típicos do juiz refletem os meios executivos típicos que ele dispõe, e que podem ser definidos, basicamente, como os meios executivos previstos pelo ordenamento jurídico, que regulamenta a sua forma de atuação.

Assim, o juiz tem um caminho predeterminado para mudar a realidade e buscar a efetivação do direito.

Por sua vez, os poderes executórios atípicos podem ser entendidos como quando o ordenamento jurídico não prevê como o juiz deve chegar ao resultado, permitindo que o magistrado atue com certa autonomia.

Sobre isso, salienta José Miguel Garcia Medina (2017, p. 279):

O inc. IV do art. 139 do CPC/2015 consagra, também, o princípio da atipicidade das medidas executivas. Esse princípio já vinha, cada vez com mais veemência, ocupando o espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas executivas. Como o Código estabelece um método típico para o cumprimento das decisões judiciais, nota-se que, com o inc. IV do art. 139 do CPC/2015, tal sistema é *temperado* pelo sistema atípico.

Contudo, a aplicação dos meios executórios atípicos não é de um todo desregrado, pelo contrário, existem parâmetros a serem observados quando de sua aplicação.

Tais parâmetros são, em síntese: a precedência da aplicação dos meios típicos sobre os atípicos, por regra, ou seja, o esgotamento dos meios típicos para se valer dos atípicos; a efetivação do princípio do contraditório e da motivação; e, a observância obrigatória da proporcionalidade, de acordo com as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Neste sentido explicam Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski (2017, p. 1017):

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A atipicidade dos poderes executórios já era reconhecida e está consagrada no texto legal (CPC, art. 139, IV), o qual assegura que o juiz, de ofício, tem plena liberdade em adotar as medidas, coercitivas ou sub-rogatórias, que entender necessárias e adequadas para proporcionar o resultado satisfativo ou protetivo, o que pode ser aplicado, seja a execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, independentemente da natureza da obrigação (fazer ou não fazer, entrega de coisa e dinheiro). A mesma atipicidade se autoriza para a execução das tutelas provisórias (CPC, art. 297). Esses poderes atípicos encontram limites na necessária fundamentação que o ato judicial exige, além da análise do postulado da proporcionalidade, ou seja, exige-se a verificação da: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação decorre da relação meio e fim, isto é, restará atendida se o meio empregado for apto a proporcionar o resultado desejado. A necessidade restará verificada se, entre os atos adequados, for eleito aquele mais favorável ao exequente e menos restritivo/vexatório ao executado. Por fim, analisa-se a proporcionalidade em sentido estrito, que restará atingida se a vantagem obtida pelo exequente compensar o sacrifício imposto ao executado.

Deste modo, para se valer dos poderes executórios atípicos, deve o magistrado observar os parâmetros, e principalmente, fundamentar e motivar sua decisão de aplicação.

Como já mencionado, o juiz deve, em regra, se valer dos meios executórios típicos, para depois empregar os atípicos, conforme dispõe o enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.

Nesta seara, tanto os meios executivos coercitivos quanto os sub-rogatórios, podem ser utilizados no manejo dos poderes executórios típicos e atípicos.

Nas palavras de Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski (2017, p. 1017):

Tanto os poderes coercitivos quanto os sub-rogatórios podem ser típicos ou atípicos. Todavia, quando houver previsão de poderes típicos, estes devem ser preferencialmente utilizados, de modo que, constatada a inefetividade dos poderes típicos, pode o juiz manejar poderes executórios atípicos. Destarte, não parece fazer sentido o legislador prever um meio típico, caso

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

fosse, desde o início, livre ao juiz aplicar o meio atípico por entendê-lo mais adequado e eficaz.

Os poderes executórios atípicos do juiz foram positivados no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, e como sabemos, sua aplicação vem gerando grandes polêmicas no mundo jurídico, sendo que antes do Código de Processo Civil de 2015 tais medidas eram restritas às obrigações de fazer ou não fazer, e atualmente alcançam a execução por quantia certa.

3 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos termos do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, cabe ao juiz *“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”*.

Como se sabe, o uso deste dispositivo como forma de aplicação dos poderes e meios executórios atípicos, vem causando grande polêmica, sobretudo no que diz respeito ao conflito com os direitos fundamentais.

Vejamos alguns exemplos de medidas executórias atípicas que vêm sendo consideradas: as *astreintes* no caso de obrigação pecuniária, o bloqueio de cartão de crédito do executado, a restrição do uso da carteira nacional de habilitação, a apreensão do passaporte, a não utilização do CNPJ ou do CPF etc.

No entanto, pelo que se denota dos entendimentos atuais dos Tribunais, a aplicação de tais medidas tem sido bem excepcional, vejamos os julgados abaixo dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e o Distrito Federal:

HABEAS CORPUS - SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO (CNH) - DESCABIMENTO – ART. 139, IV, CPC - Providência que se mostra prematura e que não está ligada diretamente ao direito de crédito – Paciente que exerce a função de "agente de segurança" junto a Tribunal Regional do Trabalho, sendo a habilitação para dirigir requisito essencial ao exercício de sua profissão – Além disso, a medida não decorre da prática de infração de trânsito, prevista na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)– Providência que se mostra de duvidosa eficácia, desproporcional e inadequada - ORDEM CONCEDIDA.
(TJ-SP 21439288220178260000 SP 2143928-82.2017.8.26.0000, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 15/01/2018, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/01/2018)

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TENTATIVAS FRUSTADAS DE PENHORA ON LINE, ALÉM DE NÃO TEREM SIDO LOCALIZADOS BENS DO EXECUTADO PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, DE RECOLHIMENTO DO PASSAPORTE E DE CANCELAMENTO DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO EXECUTADO, ORA AGRAVADO. 1.Art. 139, IV, CPC, cláusula geral para efetivação das ordens judiciais, que deve ser interpretada à luz dos princípios e garantias constitucionais, a fim de não se perder de vista direitos previstos na Carta Magna, assim como da regra insculpida no art. 8º do CPC/15, que exige proporcionalidade e razoabilidade e o resguardo da dignidade da pessoa humana em qualquer medida a ser adotada. 2.Princípio da menor onerosidade, conforme dispõe o artigo 805 do CPC/2015, buscando apenas a satisfação do direito de crédito sem imposição de gravames desnecessários ao devedor. 3. Caso em apreço que envolve direito de crédito advindo de ação de cobrança de débito relativo a aluguel de imóvel. Medida de suspensão do direito de dirigir e de restrição do uso de passaporte que não se reputa como razoável, uma vez que o direito de locomoção do executado previsto no art. 5º, XV, da CF, deve prevalecer sobre o direito de crédito do exequente. 4.Ademais, o cancelamento dos cartões de crédito não tem qualquer utilidade, mas apenas impede o executado de usar de financiamento, o que em nada contribuirá para que possa saldar sua dívida. 5.Precedentes desta Corte. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-RJ - AI: 00518899520178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 39 VARA CÍVEL, Relator: FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Data de Julgamento: 14/03/2018, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. APREENSÃO DE PASSAPORTE E DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO DEVEDOR. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. ART. 139, IV, CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR. A norma inserta no art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 não pode, sob pena de incompatibilidade com a Constituição da República, ser interpretada no sentido de permitir ao Juiz valer-se de medidas tais como a apreensão de passaporte ou de Carteira Nacional de Habilitação do devedor, ou, ainda, o bloqueio do seu cartão de crédito, com vistas a compeli-lo a adimplir o montante devido ao credor. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70075402040, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 23/11/2017).

(TJ-RS - AI: 70075402040 RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Data de Julgamento: 23/11/2017, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2017)

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA. ART. 139, IV, CPC. SUSPENSÃO DE CNH E PASSAPORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A teor do que dispõe o artigo 139, IV, do CPC, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe: ?IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária?. 2. Trata-se da consagração do princípio da atipicidade das formas executivas, nos termos do qual ao juiz é autorizado aplicar qualquer medida executiva, ainda que não prevista expressamente em lei, para tornar efetiva a prestação jurisdicional e satisfazer o direito do credor. 3. Em sede de cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, são inadmissíveis medidas como suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e de Passaporte do devedor, que não guardam pertinência com a satisfação do direito de crédito buscado, sobretudo quando se constata que o credor sequer esgotou os meios a seu alcance para encontrar bens penhoráveis. 4. O impedimento de que a parte devedora conduza veículos automotores ou viaje para o exterior, por si só, não garante a satisfação do débito exequendo. Isoladamente, tais medidas não se revelam úteis para evitar dilapidação patrimonial, nem tampouco se prestam para localizar bens ou ativos financeiros de titularidade do devedor, motivo pelo qual não podem ser deferidas, sob pena de se transmutarem em verdadeira punição não prevista em lei, além de virtual violação ao direito de ir e vir. 5. Agravo conhecido e não provido. (TJ-DF 07111021620178070000 DF 0711102-16.2017.8.07.0000, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 06/10/2017, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 11/10/2017 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Verifica-se que, de um modo geral, os Tribunais não vêm aplicando o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, com muita facilidade, mas pelo contrário, muitas vezes, ainda que observadas as premissas para avançar às medidas executórias atípicas, deparam-se com a questão dos direitos fundamentais do executado, o que restringe a sua aplicação.

Destaca-se ainda, o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Habeas Corpus nº 97.876-SP – 2018/0104023-6), do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, que entendeu ser desproporcional a apreensão do passaporte do devedor, por restringir seu direito fundamental de ir e vir.

De outro lado, o relator salientou que a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de que a suspensão da CNH do devedor não ofende o direito de ir e vir, pois não está impedido de se locomover, já que pode ir e vir desde que não seja o condutor de um veículo.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Em contrapartida, representando excepcionalidade, entendeu de forma mais flexível o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA -HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - TOMADA DE MEDIDAS COERCITIVAS - SUSPENSÃO DE CNH - IMPOSSIBILIDADE - MEDIDA DESPROPORCIONAL QUE FERE DIREITO DE IR E VIR - APREENSÃO DE PASSAPORTE - CABIMENTO - ART. 139, IV, CPC. 1. Nos termos do art. 139, IV, do CPC/15 e Enunciado nº 12 do FPPC, quando a tomada das medidas típicas não se mostrarem eficazes para a satisfação da obrigação, poderá o juiz determinar a efetivação de medidas atípicas para a efetividade da execução, haja vista que o princípio da menor onerosidade para o executado não prepondera sobre o princípio da efetividade da tutela executiva. 2. Assim, considerando que a execução originária se arrasta por mais de uma década, cabível a apreensão do passaporte do executado até o cumprimento da obrigação exequenda, porquanto a viagem ao exterior a lazer é incompatível com o dever de satisfação do seu débito, não havendo prova nos autos de que o executado exerce atividade remunerada com viagens ao exterior. 3. Lado outro, a tomada de medida coercitiva de restrição do direito de locomoção como a suspensão da CNH é incompatível com a natureza da obrigação de pagar. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.
(TJ-MG - AI: 10024028773794006 MG, Relator: Shirley Fenzi Bertão, Data de Julgamento: 06/12/2017, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/12/2017)

Veja, entendeu-se cabível a apreensão do passaporte do devedor, levando em consideração que o processo de execução perdurava por mais de uma década, mas não permitiu a suspensão da CNH, a fim de não restringir o direito à locomoção do executado.

Indaga-se: na prática, a apreensão do passaporte não estaria suprimindo o direito de ir e vir do executado da mesma forma que eventual suspensão da CNH?

Observa-se, inclusive, que o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi contrário ao do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente exposto.

Assim, extrai-se que a aplicação das medidas executivas atípicas e os direitos fundamentais do devedor, tais como o direito à liberdade de locomoção, o direito à dignidade da pessoa humana, direito à cidadania etc., sempre se conflitam.

Ora, a restrição ao direito de dirigir, de viajar, de fazer compras através de cartão de crédito, de se valer do número de CNPJ ou de CPF, não é compatível com o direito de ir e vir, de cidadania, ou, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

Assim, o conflito entre os direitos fundamentais do executado e o direito de crédito do exequente, a ser efetivado através das medidas executivas atípicas, sempre vai existir, e se mostra exatamente neste contexto.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

4 CONCLUSÃO

Como visto, as medidas executórias atípicas vêm sendo aplicadas de forma excepcional pelos magistrados, que fazem uso de seus poderes executórios atípicos em último caso, pois além dos parâmetros a serem observados para se utilizar de tais poderes, ao que nos parece, encontram ainda, um forte fundamento para não aplicar tais medidas, qual seja, os direitos fundamentais do executado.

Em verdade, parece-nos que a maioria dos julgadores se mostra cautelosa quando do pedido de aplicação de alguma medida executiva, e como dito, não só por causa dos parâmetros a serem observados, mas principalmente em razão do conflito com os direitos fundamentais do devedor.

Assim, como se espera de um Estado Democrático de Direito, aparentemente, os direitos fundamentais se sobrepõem ao direito de crédito do exequente, sobretudo quando a medida executória atípica pleiteada não tem ligação direta com seu direito de crédito.

Ademais, ressalvadas as exceções, o entendimento majoritário dos Tribunais é que o direito de locomoção, amplamente reconhecido na Constituição Federal, deve prevalecer sobre o direito de crédito do exequente.

Deste modo, um forte argumento para a ponderação da aplicação das medidas executórias atípicas é que esta não pode se tornar uma punição, ou seja, não pode perder seu sentido, que é efetivar o recebimento do crédito do exequente, de modo que não se pode permitir que a medida atípica atinja a pessoa do executado, mas sim seu patrimônio.

Contudo, apesar de concordar com o posicionamento que os Tribunais vêm adotando, esclarece-se que, na hipótese de o executado não adimplir o débito ou cumprir a obrigação justamente para prejudicar o credor, e este comprovar tal fato, estaria o julgador desobrigado de observar os parâmetros e ponderar a interferência da aplicação da medida sob os direitos fundamentais do executado, como uma medida de exceção e repreensão ao executado, por não cumprir suas obrigações, embora podendo, e menosprezar a atividade jurisdicional acionada pelo exequente a fim de alcançar o recebimento de seu crédito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 24 de junho de 2018.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Suspensão de CNH e passaporte – impossibilidade**. Agravo de instrumento nº 0711102-16.2017.8.07.0000. Relatora: Ana Cantarino. Brasília, 06 de outubro de 2017. 8ª Turma Cível. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509287917/7111021620178070000-df-0711102-1620178070000>>. Acesso em 03 de julho de 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. VIII edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões – vol. III**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Tomada de medidas coercitivas – suspensão de CNH – impossibilidade – medida desproporcional que fere direito de ir e vir – apreensão de passaporte – cabimento**. Agravo de instrumento nº 10024028773794006. Relatora: Shirley Fenzi Bertão. Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2017. 11ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532173703/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024028773794006-mg?ref=serp>>. Acesso em 03 de julho de 2018.

PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce. **Poderes Executórios do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUARTA turma não admite suspensão de passaporte para coação de devedor. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-n%C3%A3o-admite-suspens%C3%A3o-de-passaporte-para-coa%C3%A7%C3%A3o-de-devedor> . Acesso em: 28 de junho de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Decisão de indeferimento do pedido de suspensão da carteira nacional de habilitação, de recolhimento do passaporte e de cancelamento dos cartões de crédito do executado, ora agravado**. Agravo de instrumento nº 0051889-95.2017.8.19.0000. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 14 de março de 2018. 11ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578839715/agravo-de-instrumento-ai-518899520178190000-rio-de-janeiro-capital-39-vara-civel>>. Acesso em 03 de julho de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apreensão de passaporte e de carteira nacional de habilitação do devedor, bloqueio de cartão de crédito**. Agravo de instrumento nº 70075402040. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 23

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

de novembro de 2017. 12ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/525124086/agravo-de-instrumento-ai-70075402040-rs>>. Acesso em 03 de julho de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Suspensão da carteira de habilitação (CNH) – descabimento**. Habeas Corpus nº 2143928-82.2017.8.26.0000. Relator: Sérgio Shimura. São Paulo, 15 de janeiro de 2018. 23ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/535547811/21439288220178260000-sp-2143928-8220178260000?ref=serp>>. Acesso em 3 de julho de 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

OS REFLEXOS DA SÚMULA 130 DO STJ NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE DECORRENTES DA GUARDA DE VEÍCULOS

Jéssika Medina SANVEZZO ¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a incidência da Súmula 130 do STJ no tocante a responsabilidade dos estabelecimentos comerciais decorrente da guarda de veículos deixados em seu estacionamento. Para tanto, abordará os precedentes que envolvem estacionamentos gratuitos e a evolução da jurisprudência para alcançar casos diversos. Nesse contexto, considerando a interdisciplinaridade do tema, foram colhidos diversos institutos no âmbito da responsabilidade civil, bem como disposições do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, será apresentado a solução jurisprudencial brasileira e eventuais desdobramentos quanto ao dever de indenização atribuída ao estabelecimento fornecedor. Ademais, o método utilizado é o Dedutivo, ou seja, parte de um entendimento geral (firmado pelo tribunal), cabendo ao operador do Direito aplicá-lo aos casos concretos que lhe forem impostos.

Palavras-Chave: Consumidor. Responsabilidade. Fortuito Interno. Indenização. Contrato de depósito.

ABSTRACT:The present study has the objective of analyzing the incidence of STJ's Precedent 130 regarding the liability of commercial establishments resulting from the custody of vehicles left in their parking lot. To do so, it will address the precedents involving free parking and the evolution of case law to achieve various cases. In this context, considering the interdisciplinarity of the subject, several institutes were collected in the scope of civil responsibility, as well as provisions of the Code of Consumer Protection. Finally, it will be presented the Brazilian jurisprudential solution and eventual unfolding as to the duty of indemnification attributed to the supplier establishment. In addition, the method used is the Deductive, that is, part of a general understanding (signed by the court), and it is up to the operator of the law to apply it to concrete cases imposed on him.

Keywords: Consumer. Responsibility. Fortuitous Internal. Indemnity. Deposit agreement.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem deste trabalho recai sobre a guarda resultante de estacionamentos abertos ao público, seja através de empresas que operam exclusivamente o serviço de estacionamento, seja o estacionamento oferecido como

¹ Toledo Prudente Centro Universitário. jessikasanvezzo@hotmail.com

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

serviço, gratuito ou pago, conexo a outras atividades (shoppings, farmácias, bancos, serviços de “drive thru”, etc.).

Partindo dessa premissa, é prática evidente em todo território nacional o furto de bens em locais com grande fluxo de pessoas. O objetivo do criminoso, na maioria das vezes, é o furto de veículos e objetos pessoais que o guardam.

Nessas situações, vislumbra-se a ocorrência de atividade criminosa que recai sobre veículos que estão na guarda de terceiros, como estacionamentos públicos ou privados.

Oportunamente, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o dever de indenizar, entendendo que tais fornecedores assumem o dever implícito de lealdade e segurança, com base no Princípio da Confiança.

Afasta-se a aplicação de excludentes de responsabilidade (a exemplo, força maior), para reconhecer o “fortuito interno”, admitindo a responsabilidade do fornecedor em razão da prática de atividade empresarial que traz consigo riscos “esperados” (ou inerentes).

Ademais, no tocante a guarda de veículos, pertinente são as disposições quanto ao “contrato de depósito” dos artigos 627 e seguintes do Código Civil. Seja ele gratuito ou oneroso, é capaz de implicar na mesma responsabilidade do depositário.

No mesmo sentido, a disposição do artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor, que se baseia na garantia legal de adequação do produto ou serviço, independentemente de termo expresso. No contrato de consumo, é vedada toda e qualquer pactuação de cláusula que impossibilite ou exonere o fornecedor da responsabilidade de indenizar em face da ocorrência de vícios de inadequação ou insegurança, sendo que a garantia legal do produto independe de termo expresso.

A partir desses entendimentos, conjugados com eventuais especificidades do caso concreto é que a jurisprudência tem reconhecido a obrigação de indenizar da empresa, mediante reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento, conforme disposição da Súmula 130 do STJ.

2 O CONTRATO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO CIVIL

Vale a pena iniciar esta abordagem com o conceito doutrinário de responsabilidade civil, uma vez que o objetivo primordial cercado pelo assunto é a reparação de danos. Maria Helena Diniz dispõe (2009, p. 34):

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

(...) a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Inicialmente, temos um conceito básico de que a reparação de danos é aquela causada por ato humano, seja ele violador de dever legal ou contratual.

No tocante a responsabilidade contratual, o contrato de depósito, protegido pelo Código Civil, tem sido aplicado nas relações envolvendo clientes e estacionamentos (principalmente os que oferecem serviços gratuitos).

Nesse sentido, a súmula 130 do STJ possui a seguinte redação: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento”.

Pois bem, neste primeiro momento, é preciso ressaltar que seus precedentes envolvem estacionamentos gratuitos, conforme apresentado a seguir. Verifica-se que um dos fundamentos para atribuição da responsabilidade e dever de indenizar por parte do estabelecimento, foi, justamente, o reconhecimento da existência de contrato de depósito entre cliente (depositante) e estabelecimento (depositário):

Civil. Indenização. Contrato de depósito para guarda de veículo. Estacionamento. Furto. I - Comprovada a existência de depósito, ainda que não exigido por escrito, o depositário é responsável por eventuais danos à coisa. II - Depositado o bem móvel (veículo), ainda que gratuito o estacionamento, se este se danifica ou é furtado, responde o depositário pelos prejuízos causados ao depositante, por ter aquele agido com culpa in vigilando, eis que é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence (art. 1.266, 1ª parte, do Código Civil). III - Inexistentes os pressupostos previstos nas alíneas a e c do permissivo constitucional, não se conhece do recurso especial. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 4582/SP 1990/0007980-2, Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, 1990). (grifo nosso)

A partir de julgamentos como esse, a jurisprudência tem caminhado no sentido de que, se houve dano ou furto de veículos em estacionamento gratuito e foi gerada uma expectativa de segurança no consumidor, haverá a responsabilidade do estacionamento.

Segundo a doutrinadora Monica Queiroz (2012, p. 96-97):

O contrato de depósito em muito se assemelha a outras figuras negociais como a locação, o comodato e o mandato. Porém, a pedra de toque que faz afastar o contrato de depósito desses

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

outros contratos é exatamente o dever de custódia que chega como traço preponderante desse tipo contratual. Não que nos outros contratos não haja a presença desse traço; há, sim, porém tal manifestação se dá em caráter absolutamente secundário, diversamente do contrato de depósito, que tem na guarda da coisa o seu principal objetivo. O contrato de depósito é, em regra, unilateral, já que apenas uma das partes apresenta obrigação a ser cumprida. Essa parte é exatamente o depositário, que tem o dever de restituir o objeto posto em sua guarda. Além disso, trata-se, em regra, de contrato gratuito, já que o depositante nada terá que pagar ao depositário. Nessa esteira, o art. 628 do CC determina que: “O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão”. Assim, em caráter excepcional, o depósito poderá ser remunerado, caso em que o contrato se tornará bilateral e oneroso. (grifo nosso)

Caminhando nesse sentido, são diversas as classificações apresentadas pela doutrina no tocante ao contrato de depósito. Contudo, as mais importantes foram apresentadas anteriormente, quais sejam: guarda como principal objetivo, unilateralidade e gratuidade do contrato de depósito.

Os doutrinadores Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018, p. 1266-1269) definem o contrato de depósito como aquele pelo qual uma parte (depositante) entrega uma coisa para ser guardada e conservada por outra (depositário), conforme disposição do artigo 627, CC. Por ser negócio jurídico com finalidade específica de guarda e conservação de coisa alheia, possui como elementos caracterizadores: a) entrega da coisa pelo depositante ou depositário; b) finalidade de guarda e conservação; c) restituição no prazo entabulado entre as partes; d) temporariedade do negócio jurídico; e) possibilidade de estabelecimento do contrato a título oneroso ou gratuito.

É justamente o último elemento exaltado pelo precedente de 1990, cujo entendimento tem se mantido até hoje. A gratuidade do serviço, portanto, não afastou a responsabilidade do depositário, em face da chamada “culpa in vigilando” (basicamente, a culpa em vigiar a execução de que outra pessoa ficou encarregada).

Considerando que tal decisão foi prolatada sob a égide do Código Civil de 1916, válidas são as explicações do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 276):

O dono do estacionamento que explora a guarda de veículos mediante pagamento dos usuários responde como depositário. E nessa conformidade só se escusava de responsabilidade pelo desaparecimento da coisa depositada, no sistema do Código Civil de 1916, provando caso fortuito ou força maior. No capítulo que tratava do depósito necessário, referido diploma considerava ocorrer tal hipótese em caso de roubo à mão armada e violências semelhantes (art. 1.285, II). A

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

jurisprudência, por essa razão, entendia que, se a hipótese era de furto simples, a responsabilidade do depositário permanecia incólume. Mas era afastada, quando demonstrava que o veículo fora objeto de roubo à mão armada. O Código Civil de 2002 não contém dispositivo similar ao mencionado art. 1.285, II, do diploma de 1916, que excluía a responsabilidade do depositário em caso de força maior, como nas hipóteses de escalada, invasão da casa, roubo à mão armada, ou violências semelhantes.

Como se vê, o entendimento que prevalecia é que a responsabilidade do depositário seria afastada quando demonstrado que o veículo fora objeto de roubo.

Contudo, a jurisprudência atual, evoluiu no sentido de reconhecer o dever de indenizar também nessa hipótese (embora a súmula somente diz dano ou furto):

Em casos de roubo, o STJ tem admitido a interpretação extensiva da Súmula 130 do STJ, para entender que há o dever do fornecedor de serviços de indenizar, mesmo que o dano tenha sido causado por roubo, se este foi praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade (hipótese em que configurado fortuito interno) ou quando esta for explorada de forma indireta por grandes shopping centers ou redes de hipermercados (hipótese em que o dever de reparar resulta da frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor).

Por outro lado, não se aplica a Súmula 130 do STJ em caso de roubo de cliente de lanchonete fast-food, se o fato ocorreu no estacionamento externo e gratuito por ela oferecido. Nesta situação, tem-se hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior), que afasta do estabelecimento comercial proprietário da mencionada área o dever de indenizar (art. 393 do Código Civil).

Logo, a incidência do disposto na Súmula 130 do STJ não alcança as hipóteses de crime de roubo a cliente de lanchonete, praticado mediante grave ameaça e com emprego de arma de fogo, ocorrido no estacionamento externo e gratuito oferecido pelo estabelecimento comercial.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1431606/SP 2014/0015227-3, Relator: Ministro Paulo de Tarso, Data de Julgamento: 15/08/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 13/10/2017)

Nota-se, na primeira parte da decisão, a opção pela interpretação extensiva da Súmula 130, trazendo com isso maior proteção ao cliente e estendendo o dever do estabelecimento comercial além dos previstos expressamente na súmula.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ocorre que, o entendimento acolhido pela Terceira Turma no final da decisão, embora publicado a menos de um ano, difere do compreendido pela Quarta Turma do STJ em meados de setembro de 2018, que condenou empresa de “fast-food” a indenizar o cliente por assalto à mão armada durante prestação de serviço no sistema “drive thru”.

Isso mostra o quão oscilante é a jurisprudência nesse sentido. Para melhor organização do tema, a recentíssima posição tomada pelo STJ será abordada em tópico diverso conforme proposto a seguir.

3 O INSTITUTO DA “GARANTIA LEGAL” NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do consumidor contribui de maneira relevante para os novos rumos que a jurisprudência tem tomado, de modo que os donos de estabelecimentos comerciais ou estacionamentos podem ser compreendidos como prestadores de serviços à luz do CDC, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados ao consumidor em razão de defeitos na prestação de serviços. O artigo 14, § 1º do CDC dispõe:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Tal dispositivo pode ser combinado com o artigo 24 do mesmo diploma legal que prevê: “a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”.

Deste modo, para que se compreenda adequadamente a finalidade de tal dispositivo, é preciso diferenciar a garantia legal da garantia contratual. Leonardo Garcia (2018, p. 214) explica:

A garantia contratual é complementar à legal e será facultativa. É conferida mediante termo escrito. A garantia legal, por sua vez, independe de termo expresso já que não decorre da vontade das partes, mas da lei. A garantia legal existe naturalmente, sendo interna ao produto ou ao serviço fornecido. Mesmo que o fornecedor não garanta a adequação do produto e do serviço, a lei o faz, sendo, por isso, nula qualquer cláusula exonerativa.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Nessa visão consumerista, portanto, a garantia de segurança do produto ou do serviço tem natureza extracontratual.

Foi justamente esse o raciocínio adotado pela Quarta Turma do STJ no Recurso Especial nº 1450434/SP, em 18 de setembro de 2018, condenando o Mc Donald's aos danos sofridos pelo consumidor que foi vítima de assalto à mão armada no momento em que adquiria produtos no drive-thru do estabelecimento. A empresa foi condenada ao pagamento de 14 mil reais por danos morais.

Em primeiro grau, o juiz condenou com base no caráter defeituoso do serviço prestado e isso foi mantido pelo STJ.

A empresa, contudo, alegou que o roubo a mão armada não seria um risco inerente à atividade. O ministro Luís Felipe Salomão destacou, nesse momento, que o roubo com uso de arma de fogo é fato de terceiro equiparável à força maior, capaz de excluir, como regra, o dever de indenizar. Contudo, o STJ tem admitido a obrigação de indenizar.

Um dos motivos seriam os benefícios financeiros almejados pela empresa, que a partir deste momento assume o dever implícito de lealdade e segurança em face da relação de confiança que é estabelecida. Em outras palavras, ainda que não houvesse o pagamento de qualquer taxa, é evidente as vantagens diretas e indiretas auferidas pelo fornecedor.

A agilidade e segurança conferida ao consumidor no momento em que lhe é oferecido um serviço de drive thru, por exemplo, constitui um atrativo para a clientela que acaba adquirindo os lanches e bebidas comercializados neste ambiente.

A responsabilidade das empresas, desta forma, vai além da configuração de um contrato de depósito como relatado anteriormente, ou mesmo da existência de uma garantia legal em termos de direito do consumidor, mas da própria cláusula geral de boa fé objetiva.

O doutrinador Cristiano Chaves disserta sobre o assunto (2005, n.p):

Essa responsabilidade das empresas por aos veículos que se utilizam de seus estacionamentos não decorre do contrato de depósito, mas da cláusula geral de boa-fé objetiva, da perspectiva ética do contrato, que impõe como dever anexo (implícito), secundário, de qualquer relação contratual, a obrigação de lealdade e segurança. Assim, têm os estabelecimentos comerciais o dever de assegurar a pessoa e o patrimônio de seus usuários, como aplicação concreta do princípio da confiança.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Para o ministro relator do caso, trata-se de “fortuito interno” que não exime a responsabilidade civil do fornecedor. Isso porque o fortuito interno tem relação com os próprios riscos da atividade, impossibilitando o rompimento do nexo de causalidade.

Na visão de Marcelo Junqueira Calixto (2004, p.162), o fortuito interno seria aquele com ocorrência até a introdução do produto no mercado de consumo, e fortuito externo, ocorrido em momento posterior a esta introdução:

Na primeira hipótese não há exclusão de responsabilidade, pois não há rompimento do nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano por ele produzido, estando ainda o fornecedor obrigado a garantir a segurança de seus produtos; na segunda hipótese, entretanto, o fortuito tem o condão de romper o nexo causal, uma vez que o fato é totalmente estranho à atividade do fornecedor, não havendo possibilidade de responsabilizá-lo.

O STJ também tem reconhecido o fortuito interno nas seguintes situações: furtos, roubos e latrocínios nas dependências de estacionamentos da agência bancária; roubo de talonário de cheques durante transporte por empresa contratada pelo banco; fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (Súmula 479 do STJ); roubo no interior de agência dos Correios na qual é oferecido o serviço de banco postal; roubo no interior de estacionamento de supermercado ou shopping center; danos sofridos por passageiros de transporte coletivo em razão de acidente de trânsito; e assédio sexual no interior de transporte coletivo.

Por sua vez, o fortuito externo tem o poder de romper o nexo causal. Através desta análise jurisprudencial percebe-se a linha tênue que separa a responsabilidade civil objetiva e absoluta. Nesse sentido, as palavras de LIMA (2013, n.p):

Para caracterização do evento fortuito externo como excludente de responsabilidade civil é necessário a presença dos elementos inevitabilidade, irresistibilidade e externidade do fato.

É neste sentido que interpretando-se a recente súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça a contrario sensu temos que a externalidade do caso fortuito é capaz de romper o nexo de causalidade entre a conduta e o dano elidindo inclusive a responsabilidade objetiva já que o risco neste caso não fora suportado pela organização e atividade da empresa.

O entendimento sumulado pelo STJ é assim ementado "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiro no âmbito de operações bancárias", ou seja, a responsabilidade cinge-se a conduta decorrente da teoria do fortuito interno ou do risco do empreendimento.

Ocorre que não raro se vê a responsabilização quase que integral das empresas por danos mesmo quando fora da órbita da atividade desenvolvida.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Neste passo o estudo do fortuito externo é a linha tênue que separa a objetivação da responsabilidade civil e a responsabilidade absoluta.

Embora o autor se refira a responsabilidade das agências bancárias no teor da súmula 479 do STJ, o mesmo raciocínio pode ser trazido para os casos de responsabilidade dos estacionamentos. Isso porque, como desenvolvido no decorrer deste trabalho, a responsabilização dos estacionamentos tem sido estendida, aumentando sua incidência nas situações em que é gerada uma expectativa de segurança no cliente e afastando cada vez mais a aplicação do fortuito externo que excluiria a responsabilidade do estabelecimento fornecedor.

Para o escritor José Tadeu Neves Xavier (2018, n.p):

A doutrina brasileira, seguindo os passos do direito comparado, tem proposto a diferenciação do caso fortuito em externo e interno, posicionando o primeiro como alheio ao risco e o segundo como a ele inerente. Nota-se, portanto, que o debate sobre a abrangência do risco envolve, necessariamente, previa reflexão sobre a temática do nexo causal e o dimensionamento de sua extensão. Porém, tal cotejo não se realiza de forma simples, exigindo a ponderação de uma série de condições.

Nota-se que a análise do caso concreto é fundamental para caracterização dos institutos que possibilitam a responsabilização. Conclui-se que o STJ tem sido muito casuístico em suas decisões.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da evolução jurisprudencial apresentada, percebe-se que o objetivo principal é proteger o consumidor dos abusos que eventualmente possa sofrer por parte dos estabelecimentos comerciais, seja em serviços gratuitos ou mediante pagamento.

Tal proteção é plenamente justificável, seja ela decorrente do Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 14 responsabiliza os prestadores de serviço independentemente de culpa, ou em face do reconhecimento da responsabilidade civil do estacionamento gratuito em que o proprietário se coloca na posição de garantidor do veículo.

O novo olhar do STJ no tocante a aplicação da súmula 130 exige a minuciosa análise do caso concreto.

Desta forma, se houver dano, furto ou roubo de veículos em grandes estacionamentos como os fornecidos por shoppings centers e instituições financeiras, ou

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

ainda aqueles que, mediante remuneração, exercem a guarda de veículos, haverá a aplicação da súmula.

Caso os ilícitos aconteçam em estabelecimentos com estacionamento gratuito, e foi gerada uma expectativa de segurança no consumidor, como por exemplo, através do pagamento para uso do espaço; controles de saída; câmeras de segurança ou grades e cercas, também haverá responsabilização do estabelecimento e aplicação da referida súmula. Por outro lado, se não for gerada nenhum tipo de expectativa, com ausência total de aparatos de segurança, seria afastada a responsabilidade.

Ademais, nos comércios em geral, entendo ser incabível avisos aos clientes com intuito de afastar eventual responsabilização daqueles por danos ou furtos de veículos, configurando, nos moldes da doutrina, “cláusulas de não-indenizar”, de cunho abusivo e incompatível com o sistema de responsabilidade civil estabelecido no CDC.

Assim, é nítida que toda e qualquer cláusula nesse sentido, presente em placas, outdoors e qualquer outro tipo de marketing realizado pelo estabelecimento fornecedor, viola o sistema de proteção do consumidor e suas garantias fundamentais, bem como a boa-fé objetiva da relação contratual.

Vislumbro também um desrespeito ao princípio da informação e transparência, que impõe ao fornecedor o dever de transmitir todas as informações necessárias à decisão de consumir. E, nesse sentido, considerar de extrema relevância a promulgação da Lei 13.872/2009 no Estado de São Paulo que proíbe a fixação de tais placas.

De modo geral, é preciso atacar a maneira como os fornecedores de produtos ou prestadores de serviços têm agido, na tentativa de exonerar-se de suas obrigações. É nítido o intuito lucrativo das empresas, que na maioria das vezes pouco se importam com a segurança de seus clientes, embora garantam através do “marketing” a efetividade do serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 de set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei Estadual nº 13.972, de 15 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre normas de proteção e segurança dos consumidores nos estacionamentos públicos e**

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

privados. São Paulo, SP, 15 dez. 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13872-15.12.2009.html>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 479.** As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial 4582 SP 1990/0007980-2.** Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 16/10/1990. Data de Publicação: 19/11/1990. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, **Recurso Especial 1431606/SP 2014/0015227-3.** Relator: Ministro Paulo de Tarso. Data de Julgamento: 15/08/2017. Data de Publicação: 13/10/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509474089/recurso-especial-resp-1431606-sp-2014-0015227-3/inteiro-teor-509474095?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial 1450434 SP 2014/0058371-2.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 18.09.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201450434>. Acesso em: 11 out. 2018.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD Nelson. **Manual de Direito Civil. Volume Único.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Responsabilidade civil dos shopping centers por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação.** Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Privado: 2005. Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016658e8c00e88ec7361&docguid=lb7a4d530f25111dfab6f010000000000&hitguid=lb7a4d530f25111dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=319&context=145&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 out. 2018.

GARCIA, Leonardo. **Direito do Consumidor – Lei 8.078/1990.** Coleção Leis Especiais para concursos. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

LIMA, Luis Claudio Gonçalves. **Excludente de responsabilidade civil do fornecedor de serviços sob o enfoque do fortuito externo**. Migalhas: 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174567,41046-Excludente+de+responsabilidade+civil+do+fornecedor+de+servicos+sob+o.> Acesso em: 09 out. 2018.

Queiroz, Monica. **Direito Civil IV – Contratos em espécie e atos unilaterais**. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista**. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito do Consumidor: 2018. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&romrend=&srguid=i0ad82d9a0000016658ca798e86be6a78&epos=5&spos=5&page=0&td=8&savedSearch=&searchFrom=&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento#>. Acesso em: 12 out. 2018.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO LIMITAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Emerson Ademir Borges de OLIVEIRA²
Alessandro de Almeida Santana SOUZA³

RESUMO: O presente trabalho pretendeu analisar a denominada teoria da reserva do possível, a qual teve seu marco inicial na Alemanha na década de 70, e seus aspectos cerceadores na concretização de direitos fundamentais. Entre nós, a teoria fora introduzida a partir da realidade econômica do país, transformando-se na “reserva do financeiramente possível”. Intentou-se explicar sua conceituação, bem como sua dimensão triplíce, abrangendo as disponibilidades fática e jurídica e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação. Como se nota, na prática, a sua utilização volta-se à defesa estatal, a fim de repelir decisões que conduzam direitos fundamentais a quadros de maior efetividade, em especial a partir do avanço do Poder Judiciário em searas políticas. Por fim, buscou-se esclarecer pontos de suma importância no que tange às fundamentações da reserva do possível, em especial no tocante à sua argumentação judicial. Para tanto, foram utilizadas pesquisas bibliográfica e jurisprudência, bem como o método dedutivo-dialético.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos sociais. Reserva do possível.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the so – called possible reserve theory, which had its initial mark in Germany in the 70 's, and its restrictive aspects in the realization of fundamental rights. Among us, the theory had been introduced from the economic reality of the country, becoming the "reserve of the financially possible". It was tried to explain its conceptualization, as well as its triple dimension, covering the factual and legal availability and the reasonableness and proportionality of the benefit. As can be seen, in practice, its use is turned to state defense, in order to repel decisions that lead fundamental rights to more effective cadres, especially from the advance of the Judiciary in political areas. Finally, it was tried to clarify points of paramount importance with regard to the grounds of the reservation of the possible, especially with regard to its judicial argument. For that, we used bibliographical and jurisprudence research, as well as the deductive-dialectic method.

Keywords: Dignity of the human person. Social rights. Reservation of the possible.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo trazer esclarecimentos no que tange

² Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Vice-Coordenador e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.
³ Mestrando em Direito da Universidade de Marília.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

à teoria da reserva do possível, ressaltando pontos importantes acerca do teor de sua matéria, sua fundamentação, bem como sua utilização enquanto instrumento de defesa do Estado, haja vista sua vertente enquanto escusa contra a efetividade de direitos sociais.

É certo que, muitas vezes, a reserva do possível é utilizada enquanto meio para o Estado eximir-se de obrigações constitucionais, embora, em algumas ocasiões, exista fundamento idôneo para a negativa, a partir de elementos de teste acerca da exigência realizada judicialmente. A propósito, é justamente o número de demandas judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais que torna necessária que a análise acerca de sua realização se debruce sobre elementos mais seguros de fundamentação.

Historicamente, a reserva do possível ganhou seus contornos atuais com decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Contudo, como será visto, existem primórdios que narram analogicamente outros meios de o Estado alegar sua impossibilidade na realização de direitos. Fora a teoria alemã, no entanto, que acabou sendo importada para o Brasil, baseada, em especial, pela realidade econômica do país, o que sofrera deveras críticas, eis que, na sua origem, a ideia era eminentemente jurídica.

De uma forma ou outra, o estudo da reserva do possível enquanto argumento estatal é imprescindível para se medir a efetivação constitucional e os limites interpretativos do Poder Judiciário. Se, de um lado, é certo que sua mera alegação não tem o condão de afastar a exigibilidade de direitos vitais, de outro lado, a sua alocação e sustentação racional adequadas pode auxiliar na construção de instrumento hábil para a implementação de direitos.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA RESERVA DO POSSÍVEL

Embora a escola dos direitos fundamentais tenha se formado a partir das revoluções do Século XVIII, é certo que em alguns modelos estatais anteriores havia uma preocupação mínima com o bem estar dos indivíduos que compõem a comunidade, em especial com aqueles que não dispunham de recursos suficientes para suas necessidades vitais e angariavam tais condições justamente no Estado, a fim de que este lhes proporcionasse um mínimo existencial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Não por acaso aponta Sgarbossa (2009, p. 75-76):

Se pode afirmar, com base nos dados históricos de que se dispõe, que o pensamento do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, de acordo com o qual as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres na medida de suas forças, ficando assim a caridade, a filantropia e a assistência social condicionadas aos recursos disponíveis, remonta pelo menos ao século VI de nossa Era, tendo sido registrada nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d.C.

É de se notar que desde tempos remotos a obrigação de cuidar e prestar assistência às classes menos privilegiadas era retida de acordo com as possibilidades dos recursos financeiros dos Estados e dos seus cidadãos. Evidentemente, o amparo ao cidadão depende dos meios dispostos em mãos estatais. É importante perceber que já naqueles tempos não se excluía a responsabilidade de se prestar auxílio aos que necessitavam, mas desde que dentro das possibilidades financeiras de seus responsáveis. Vale dizer, quanto maiores as condições financeiras do ente estatal – ou o que lhe fazia as vezes – melhores as possibilidades de auxiliar a subsistência dos membros menos materialmente dispostos da comunidade.

Com efeito, observa-se que o condicionamento da proteção social com a disponibilidade de recursos é um processo histórico-social natural a qualquer tipo de comunidade, classifique-a como Estado ou não, o que, evidentemente, tem sofrido modificações ao longo do tempo, em especial nos momentos em que a própria máquina diretiva do governo consome boa parte do que toma dos cidadãos para o seu próprio sustento.

1.2 Reserva do possível na Alemanha

A doutrina assevera, no entanto, que a Teoria da Reserva do Possível, tal como hodiernamente concebida, teve seu marco inicial na Alemanha na década de 70, com o caso que ficou conhecido como *Numerus Clausus*, uma expressão latina que traz a significação de limitação, a referir-se ao caso específico alemão e o número de acadêmicos de medicina em uma Universidade.

Na ocasião, as decisões que motivaram a manifestação suprema foram proferidas pelo Tribunal Administrativo de Hamburgo e pelo Tribunal Administrativo de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Bávaro de Munique. Em questão de inconstitucionalidade, chegaram ao Tribunal Constitucional Alemão, instado pela ocasião a se manifestar.

Segundo Sgarbossa (2009, p. 80):

O reenvio do Tribunal Administrativo de Hamburgo deu-se em virtude de alegação, no bojo do processo originário, de inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo (Universitätsgesetzou Gesetzes über die Universität Hamburg), ao passo que o reenvio do Tribunal Administrativo Bávaro de Munique deu-se em razão de alegação de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei relativa à admissão aos estabelecimentos de ensino superior da Baviera (Gesetzes über die Zulassung zu den bayerischen Hochschulen).

Os questionamentos se deram em virtude da adoção do sistema de *numerus clausus*, que, conforme mencionado, estabelecia um limite de indivíduos em instituições de ensino, conjugados com outros critérios estabelecidos em leis, que as Universidades Alemãs utilizavam para a admissibilidade de acadêmicos nos cursos de medicina. Os demandantes alegaram, basicamente, a prerrogativa de que cada indivíduo tem o direito de livre escolha de sua profissão, bem como de escolha da instituição que deseja ingressar. Diante disso entendiam ser inconstitucional privar indivíduos de se inscrever e graduar em um curso de sua preferência.

Afirma, ainda, o supracitado autor (SGARBOSSA, 2009, p. 81):

Após uma longa fundamentação, considerando o aumento da demanda relativa aos cursos superiores em períodos precedentes e as iniciativas concretas tomadas pelos órgãos competentes para suprir o déficit, o Tribunal Constitucional Federal Alemão rejeitou a pretensão dos demandantes no sentido da declaração de inconstitucionalidade das disposições legais referidas e a pretendida a criação das vagas necessárias para a admissão dos pretendentes ao curso superior de medicina.

Em termos materiais, a decisão dos Tribunais Administrativos rejeitou os pedidos de criação de novas vagas na instituição para atender os demandantes, a partir da ideia de inconstitucionalidade do *numerus clausus*. Ademais, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que tal requerimento violava a razoabilidade em termos daquilo que se espera do Estado, tendo em vista a impossibilidade de se atender a quaisquer demandas que tivessem a mesma pretensão, o que indiretamente labora com a escassez de recursos.

Sobre a improcedência do pedido, relata Sgarbossa (2009, p. 81):

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Mais adiante, adentrando o cerne da construção cujas origens ora se examina, afirmou a Corte Constitucional Federal alemã que além do mais, na medida em que os direitos de tomar parte (Teilhaberechte) são limitados e não existentes a priori, encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.

O Tribunal deixou nítido que os recursos são limitados se a pretensão se voltasse a toda a coletividade, embora, no caso prático, fosse suficiente para atender aqueles demandantes. E que por essa razão em muitas vezes algumas demandas sociais não podem ser atendidas em sua plenitude conforme os indivíduos desejam, de modo que não pode se exigir aquilo que se faz de impossível de realização no plano coletivo. Não se trataria de desobrigar o Estado, mas em atendimento conforme o cabimento social das demandas, bem como sua razoabilidade em face dos demais indivíduos e as pretensões destes perante o Estado.

Doutrinariamente, a questão marca a utilização da Teoria da Reserva do Possível, ou, para outros, seu redirecionamento. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em certa parte, embasou-se na ideia de que o indivíduo não pode pleitear nada além do que seja racional esperar.

Como pano de fundo de toda teoria de reserva do possível está a necessidade de alocação de recursos e a impossibilidade de atendimento de demanda coletiva. No primeiro ponto, é certo que, em face da insuficiência financeira do Estado, cada aplicação de fundos é uma escolha; uma escolha por um que deixa de escolher outro. E, em segundo lugar, não há razoabilidade quando a pretensão não puder ser atendida em relação a todos os cidadãos, pois poderia criar classes distintas de nacionais. Essas questões, contudo, merecem ser analisadas mais detidamente.

1.3 Reserva do possível no Brasil

No Brasil a reserva do possível foi recepcionada com algumas distorções quanto à realidade local, sendo transformada em reserva do financeiramente possível, em razão de apontar unicamente a escassez de recursos como impedimento à efetivação dos direitos. Iniciou-se com discussões no que tange à efetivação dos direitos sociais fundamentais e, ainda hoje, é alvo de muitas críticas, haja vista ser compreendida como uma forma de o Estado se eximir da obrigação de concretizar os direitos previstos na Constituição de 1988.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A propósito, esclarece Krell (2002, p. 108):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

A transmutação da teoria criada na Alemanha para o Brasil é significativa, devido a inúmeros fatores, tanto pelo fato de serem países com culturas completamente díspares, bem como apresentarem um cenário econômico deveras distinto. No país tedesco, a ausência de recursos financeiros é apenas parte do fundamento a ser compreendido em um contexto múltiplo.

É essencial compreender o quadro econômico de um país para se entender o motivo da aplicação da reserva do possível. Os recursos financeiros são limitados em qualquer lugar do mundo para atender a todas as pretensões que são demandadas. A consumação de todas as exigências por parte da sociedade se feita sem se observar as possibilidades poderá acarretar a opção do dispensável em prejuízo do indispensável.

Sobre este aspecto pontua Barcellos (2002, p. 232):

É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

A previsão normativa do direito acaba sendo apenas um de seus vários aspectos, que deve considerar se há provisão de recursos financeiros para a efetivação. No Brasil, é evidente que a admissibilidade da reserva do possível pelos Tribunais confere enfoque essencial ao aspecto financeiro, em decorrência lógica da saúde financeira estatal pátria. Inobstante, lembra-nos Jung (2013, p. 104) que:

Também deixaram de ser observadas no contexto brasileiro as bases de direito positivo em que se baseou a teoria. Sabe-se que a Constituição alemã não contém um catálogo de direitos fundamentais, a exemplo da brasileira, ao contrário, lá todos os direitos decorrem do primeiro artigo que consagra o princípio de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

um Estado Social. Mesmo não sendo fiel à decisão original, a recepção da alegação de insuficiência de recursos faz parte da realidade brasileira, resta, no entanto, verificar se existe respaldo para sua adoção.

É notório que há uma grande diferença no teor do texto da Constituição Alemã e a Constituição do no nosso país. No Brasil, a questão fora pioneiramente debatida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Na seara judicial, Sgarbossa (2009, p. 99) lembra que:

Do teor das questões debatidas nos processos em que exsurge a doutrina da reserva do possível se pode depreender o alcance e a importância da temática. Percebe-se que, além de versar, na maioria das vezes, sobre direitos sociais, como acesso à educação, tratamento de saúde, fornecimento de medicamentos, o argumento vem à tona, evidentemente, sempre em processos envolvendo a Fazenda Pública, constatação essa que, embora pareça um verdadeiro truísmo, é relevante na compreensão da utilização retórica do argumento em juízo.

Nota-se, com as palavras do autor supracitado, que a reserva do possível é mencionada sempre em demandas que envolvem a administração pública, voltando-se para matérias que englobam direitos sociais.

É notória a relevância que este tema vem alcançando ao longo dos tempos, haja vista que o quadro da economia no país também passa por importantes transformações. O Estado precisa possuir respaldo para oferecer à sociedade as devidas explicações no que se refere aos seus obstáculos financeiros que se agravam constantemente, ressaltando que os cofres públicos não possuem verbas suficientes para atender e realizar todas as suas metas governamentais desejáveis.

Percebe-se que, assim como o Estado tem a obrigação de oferecer os direitos essenciais a todos os indivíduos, este também estará impedido por seus limites orçamentários. Com essa breve análise histórica é possível se ter um melhor entendimento do surgimento da teoria, bem como a sua recepção em nosso país, possibilitando adentrar-se em conceitos mais específicos acerca do tema.

2 A NATUREZA JURÍDICA E A INFLUÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA PARA A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Os princípios ofertam a base para o ordenamento jurídico, mesmo quando implícitos ou expressos em cláusulas gerais. A violação principiológica, quando reconhecida, impõe efeitos danosos ao sistema como um todo.

Na concepção de Alexy (2012, p. 90) ao diferenciar regras e princípios:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devidas de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para Ascensão (2005, p. 445), princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que fundam e unificam normas e soluções singulares. No ordenamento jurídico, os princípios agem como forma de inspiração para a criação de normas, bem como para sua interpretação. São os pilares do sistema jurídico.

Na teoria da reserva do possível não se faz diferente, ou seja, também é necessário observar que os princípios a norteiam, fundamentam e dão sustentabilidade ao seu conteúdo. Contudo, há quem defenda a tese de que a reserva do possível se trata propriamente de um princípio.

2.1 Reserva do possível com caráter de metanorma e como princípio

Para justificar o afastamento do caráter de metanorma, instituto que impõe um dever de segundo grau (normas de segundo grau), da reserva do possível, é importante o posicionamento de Ávila (2009, p. 139):

As metanormas (ou normas de segundo grau) são estabelecedoras de critérios de aplicação dos princípios e das regras, de modo que, enquanto estas normas ditas em primeiro grau servem para determinar condutas obrigatórias, permitidas, proibidas ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, aquelas servem como parâmetros para a realização de outras normas.

A reserva do possível não serve como base para outra coisa além do seu próprio direito, ou seja, esta não tem papel de intermediária entre o princípio ou regra,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

ela opera como sendo o próprio elemento resolutivo do resultado que se é aspirado em face do que se pleiteia.

Partindo da lógica do “mais ou menos” de Dworkin, pela qual aos princípios cabe estabelecer uma conexão entre os elementos preponderante e preponderado, no qual o que se tem em vista é o equilíbrio de tais elementos, Dworkin, citado por Lazari (2008, p. 51), pontua que:

Quando dois princípios se cruzam, [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

E em caso de haver conflitos entre dois princípios, o que deve ser levado em consideração é a sua substancialidade, o que, no entanto, traz questionamentos interpretativos. Ter a reserva, pois, como princípio implica na possibilidade de colisão com outros princípios e com a construção de soluções diversas, a depender dos valores em discussão.

Nas palavras de Silveira (2007, p. 3):

Sob tal perspectiva, Alexy entende que, levando-se em conta que a Constituição nos é apresentada como uma ordem concreta de princípios, que nada mais são do que valores objetivamente considerados em última instância, o único mecanismo de se solucionar as questões postas seria a de escolher qual valor possui mais peso, qual princípio que sobressalta no caso concreto.

Outrossim, não será em todos os casos que o Estado terá como hábil possibilidade utilizar a reserva do possível como uma tese de defesa frente às demandas sociais de concretização de direitos fundamentais, mesmo que isso seja almejado de forma cada vez mais crescente pela administração pública, que padece com a realidade de recursos financeiros escassos.

Do mesmo modo que o indivíduo não possui em determinados casos o direito potencializado, ainda que estes encontrem amparo legal na Constituição Federal, pois é negável a realidade financeira do Estado.

Sendo assim, é conveniente reconhecer a reserva do possível como um princípio, para que a sua essência em determinados casos dentro das possibilidades prevaleça e em outros casos não possua força material suficiente para fazer frente ao

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

direito pretendido. Contudo, é importante que o seu teor, que se faz tão importante para a administração pública, não seja olvidado frente às demandas.

2.2 O equilíbrio entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo diante das demandas de Direitos Fundamentais

Sabe-se que o Brasil adota o sistema de tripartição de poderes, no qual cada um possui sua própria competência, embora relativizada pelo sistema de freios e contrapesos. Hodiernamente, contudo, a interferência judicial nas decisões do Poder Executivo, a vista de atender aos possíveis direitos dos cidadãos torna-se mais comum. Os demandantes veem no judiciário a oportunidade de obrigar a administração pública a cumprir determinadas ações que não realizaram espontaneamente.

Entretanto, existem muitas controvérsias no que tange a essa intervenção, que é vista, para alguns, como afrontosa ao sistema de tripartição de poderes. De outra via, trata-se justamente da função judicial no tocante à efetivação da Constituição, justamente em face da tentativa estatal em exonerar-se de suas obrigações perante a sociedade, fazendo com que a administração pública, em muitos casos, seja obrigada judicialmente a realizá-las, mesmo diante da necessidade de disponibilidade de recursos, que, tragicamente, encontram-se escassos.

A respeito, na ADPF-MC 45, o Ministro Celso de Mello pontuou:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

A intervenção do Poder Judiciário nas escolhas do Poder Executivo não é naturalmente adequada. Politicamente, o Poder Executivo, observando as suas possibilidades, é quem deve decidir qual a melhor maneira de dispor de seus recursos, obviamente em atenção aos preceitos legais que lhe são impostos, buscando a satisfação da maioria sem desprezo das minorias.

Amaral, citado por Olsen, (2006, p. 247) dispõe que existem julgados – já não tão recentes – em que os Tribunais decidiram pela impossibilidade de se exigir

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

judicialmente o cumprimento de uma obrigação prevista em direito fundamental à prestação, por revelar invasão na competência do Executivo e violação do princípio da tripartição de poderes. Com base no exposto, nota-se que quando se trata de direito de cunho fundamental, que como qualquer outra prestação exige custo para os cofres públicos, a invasão do Poder Judiciário deve ser caracterizada por muita cautela.

A administração pública possui a seu favor o princípio da discricionariedade que lhe permite dispor de seus recursos da forma que melhor lhe convier, embora sem se afastar das leis, da Constituição e, principalmente, dos princípios administrativos. Nassar (2010, p. 441) explica que:

Em razão da existência de um poder discricionário, expede a administração pública os atos administrativos discricionários, que tem por característica a liberdade conferida ao administrador no que concerne ao conteúdo do ato. Mas essa liberdade não é total, pois se entende que ela está estritamente relacionada à melhor opção.

Sendo assim, mesmo que o administrador público tenha a seu favor a discricionariedade, isso não significa que ele poderá dispor de seus recursos de qualquer maneira. É necessário se ater ao que vai ser mais benéfico à maioria da população. O princípio da discricionariedade é conectado ao fato de que a administração pública, desde que obedeça às leis no que diz respeito à prestação de serviços, não necessita da intervenção de outros poderes, uma vez que, em tese, possuiria o discernimento necessário para dispor de seus bens da forma mais apropriada, agindo em interesse do bem comum.

Ainda sobre o que diz respeito ao assunto, Andreas Joachim Krell, citado pelo Ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45, aduz que:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado "livre espaço de conformação" (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Pode-se observar que as normas jurídicas que asseguram os direitos sociais devem adequar-se às novas alternativas que surgem de acordo com a realidade financeira nos dias atuais. É necessário ter em mente que os cidadãos elegem os

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

políticos de sua confiança e que acreditam que estes irão assegurar todos os seus direitos, cabendo-lhes a competência de resguardar todas as necessidades da população, embora essa teoria esteja tão distante da realidade.

2.3 O desafio material da reserva do possível

É notório que como qualquer outra matéria de direito a reserva do possível também é alvo de muitas críticas e na maioria dos casos é vista de forma espúria em razão da recalitrância estatal no cumprimento de seus deveres. Nas palavras de Ribeiro (2010, p. 420):

Costuma-se afirmar que uma pessoa tem direito a tais e quais prestações materiais, a serem entregues pelo Estado, independentemente da verificação sobre a existência de recursos para tanto, ou seja, sem a mínima preocupação em verificar se há a real possibilidade de sua consecução.

Ainda (RIBEIRO, 2010, p. 420):

Vale dizer, o que correntemente se tem, de acordo com a análise jurídica tradicional, é a constitucionalização ou a definição legal de um direito antes mesmo de se verificar se aquele determinado Estado terá, efetivamente, condições financeiras e/ou orçamentárias de garantir a sua fruição pelos cidadãos – o que se exemplifica principalmente com os direitos sociais, que exigem prestações estatais. Avalia-se que essa questão pode implicar consequências extremamente negativas.

A imposição ao Estado de direitos mediante normas jurídicas desconsidera, num primeiro momento, a escassez de recursos financeiros, tornando-se impraticável a realização plena do prometido. Ainda no que tange esse assunto, Leal, citado por Ribeiro (2010, p. 420), pontua que:

A efetivação desses direitos vai depender da captação de recursos a serem custeados pela própria coletividade; e de que, ainda que volumosos, tais recursos nunca serão suficientes para garantir a efetivação de todas as demandas, que crescem em um ritmo muito superior ao crescimento da arrecadação – leva a uma conclusão lógica: os direitos devem ser exercitados com responsabilidade, uma vez que uns terão que ser sacrificados para que outros possam ser exercidos.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Por outro lado, não se olvide Bonavides, citado por Ribeiro (2010, p. 422):

Não se pode admitir, em hipótese alguma, o sacrifício de direitos constitucionalmente previstos; eles detêm uma "intangibilidade" tal que deve levar o poder público a destinar, com prioridade, recursos à sua concretização. Não seria aceitável, portanto, que a questão da limitação das finanças estatais fosse levantada como óbice à efetivação dos direitos sociais, que são previstos pela Constituição, mas costumam ser afetados pela "reserva do possível".

De fato, o sacrifício aos direitos fundamentais traz em si naturais questionamentos, em especial diante do mínimo existencial, dado seu caráter prioritário. É fato que o Estado tem como obrigação destinar exclusivamente recursos de seus cofres para tanto. E a escassez de finanças públicas, pura e simplesmente, não pode ser alegada frente a tais direitos.

Tal posicionamento fez surgir um sentimento de inconformismo com a realidade social repleta de desigualdades sociais e com a negligência da Administração Pública perante esse quadro. Tal sensação levou a doutrina à valorização dos direitos fundamentais, sobremaneira àqueles que exigem uma prestação por parte do Estado, discutindo-se os métodos para sua efetivação. Daniel Barile da Silveira (2007, p. 3) argumenta que "a atividade hermenêutica tem a característica, por essência, de ser uma atividade de compatibilização da norma com a realidade fática, através de um processo automático de subsunção".

É evidente que para parcela da doutrina, a teoria é mera escusa do Estado para negar efetividade a direitos. Mas não se deve olvidar que a escassez financeira é real e cada vez mais trágica. O Ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45 relembra, a propósito:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O interprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

O magistrado deverá reconhecer que existem limitações no que tange à economia pública para prestação de tais direitos. É importante ressaltar também que o Estado de nenhuma forma deve se abster de suas obrigações, em especial a

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

concretização de todos os direitos assegurados pela Constituição, sob pena de torná-la letra morta.

É de suma importância ressaltar que a reserva do possível, quando alegada, deverá conter os pressupostos que justificam a sua utilização. A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, mas desde que a inefetividade decorra da escassez e não de má-fé política.

CONCLUSÃO

A questão da efetivação dos direitos fundamentais é marcada por três grandes paradoxos.

Num primeiro momento, discute-se o alcance e a transformação prática das normas de direitos sociais que possuem contextos amplos e positivações abertas. Estaria o texto meramente a prometer, sem prazo, ou a garantir imediatamente? É fato que uma Constituição que preveja sem nenhuma pretensão de realização não logra fundamentação democrática. De início, afasta-se a ideia de previsões sem força normativa. Para um segundo instante, então, questiona-se qual o alcance temporal dos direitos.

Num segundo momento, entra em jogo a atuação executiva, com vistas a dar vida aos direitos sociais garantidos pela Constituição. Haveria plena liberdade à Administração Pública para deliberar e decidir acerca do alcance dos direitos, bem como da sua conversão em benesses materiais? Sem nenhum marco temporal, poderia nunca realizar um direito com a alegação de que o será feito no momento adequado?

E, em terceiro lugar, diante da omissão total ou parcial do Executivo, quais os limites para a atuação judicial que traga determinações materiais? Pode o Judiciário acabar implementando o direito conforme a silhueta que ele próprio desenha ao mesmo? Mais do que isso, existem ocasiões em que o Judiciário estaria invadindo outras esferas no anseio de concretizar a Constituição?

A teoria da reserva do possível é um dos processos de contrafluxo ao ativismo judicial. De um lado, o desejo de deferência constitucional, logrando-lhe vida e força normativa. De outro, a inescapável realidade financeira de um país como o Brasil.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

É certo que a reserva do possível ascende em contexto completamente diverso do nosso. E, na Alemanha, a alegação financeira era somente uma de suas bases, a ser enquadrada dentro de uma moldura muito mais ampla.

Não se negue, outrossim, que a reserva do possível transformou-se para alguns entes públicos em uma espécie de “escusa coringa” utilizada para todas as demandas que tragam implemento material, ausentes justificativas hábeis e, pior, como escudo contra o dever de implementar direitos.

É necessário visualizar na reserva do possível enquanto princípio uma forma de equilibrar os conflitos por ponderação. Há na teoria uma capacidade argumentativa que precisa ser desenvolvida de forma especial a depender do contexto. Não basta-lhe a mera alegação furtiva. Assim como não possa ser solapada de maneira rasteira por qualquer direito.

É certo que existem direitos mais importantes que os outros. E não devemos olvidar do quadrante do mínimo existencial. Mas é imprescindível considerar os custos do direito e a realidade econômica momentânea na ocasião do embate, a fim de que, em raciocínio lógico, seja possível concluir pela possibilidade de se determinar ou não o implemento de um direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JUNG, Thais Michelle Winkler. **Reserva do possível**: entre a concretização de direitos sociais prestacionais e o sistema orçamentário constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, 155f., 2013.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípedes de Marília. Marília, 168f., 2012.

NASSAR, Márcio Terra. Atos administrativos vinculados e discricionariade: crítica da linha rígida de separação entre atos vinculados e discricionários. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito público**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente a reserva do possível**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 378f., 2006.

RIBEIRO, Manuella Lemos. A Teoria da Reserva do Possível: origens e outras questões relevantes. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito público**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Do Estado-Providência ao Mercado-Providência**: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 250f., 2009.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Hermenêutica constitucional como instrumento de justificação do direito: lições para o entendimento da complexidade social moderna. **Revista Jurídica Virtual**, v. 9, n. 85, 2007.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA ADOÇÃO E NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Iriana Maira MUNHOZ ⁴

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o direito à identidade do indivíduo tanto no procedimento da adoção como na reprodução assistida heteróloga, haja vista ser esse direito um desdobramento dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Este tema nos leva a refletir, o quanto importante é para o ser humano saber sua origem, portanto não pode o Estado ser um obstáculo para esse direito fundamental inerente ao ser humano, ao contrário deve o Estado criar instrumentos que venham garantir esse direito, deixando a critério do titular do direito fazer uso ou não da tutela disponível. O instrumento usado nessa pesquisa será a legislação e a doutrina brasileira.

Palavras-Chave: Adoção. Reprodução Assistida. Dignidade da Pessoa Humana. Identidade Genética.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the right to identity of the individual both in the procedure of adoption and assisted heterologous reproduction, given that this right is an unfolding of the rights of the personality, the dignity of the human person and human rights. This theme leads us to reflect, how important it is for humans to know your origin, therefore the State cannot be an obstacle to this fundamental right inherent to the human being, instead, the State must create instruments that may ensure that right, leaving the discretion of the holder of the right to make use or not of guardianship available. The instrument used in this research will be the Brazilian law and doctrine.

Keywords: Assisted Reproduction. Dignity of Human Person. Genetic Identity.

INTRODUÇÃO

O direito à identidade genética na reprodução assistida e a biológica na adoção é um tema do Direito Contemporâneo, pois sua formação se deu com instituto da adoção, bem como com a criação de novas técnicas de reprodução humana, sendo esta última a mais

⁴Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. Advogada familiarista. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Marechal Rondon, Professora no Curso de Direito da Uniesp e de Cursos de Pós-Graduações em Direito Civil.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

pura expressão do avanço das ciências médicas, que o Direito deve normatizar de forma ampla.

Todo progresso incorre em mudanças, e o direito como instrumento regulador da sociedade deve acompanhar tais transformações, adequando a realidade social às legislações vigentes, ensejando segurança e equilíbrio nas relações jurídicas.

Dessa forma, a possibilidade de constituiu uma família através da adoção, bem como da possibilidade de gerar filhos através da técnica de reprodução assistida, possuindo está a intervenção de terceiro alheio à relação do casal, ou da pessoa solteira que pretenda procriar, vem gerando inúmeros conflitos, para os quais o direito ainda não tem resposta.

O nosso estudo se restringiu ao direito do adotado e do indivíduo gerado pela reprodução assistida heteróloga, que é aquela que faz uso de material genético de um terceiro, haja vista que também temos a reprodução assistida homóloga que tem como instrumento o material genético do casal.

O conflito é suscitado no momento que dois direitos fundamentais se enfrentam: o direito da criança em saber sua origem genética ou biológica x o direito do doador de manter sua identidade em sigilo e o direito do adotante não revelar a identidade dos pais biológicos. Quais desses direitos devem prevalecer? Essa é nossa incessante busca para encontrar uma solução justa que atenda ao maior valor do ser humano: sua dignidade.

1. PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A conceituação da dignidade da pessoa humana se revela no mínimo difícil de ser obtida, pois uma das dificuldades de conceituá-la reside no fato de que não se trata de aspectos específicos da existência humana, como, por exemplo, a integridade física, intimidade, vida, propriedade etc., mas, sim, de uma qualidade inata a todo e qualquer ser humano.

De valor supremo, o princípio da dignidade da pessoa humana consolida a força dos direitos fundamentais e a proteção do homem desde o direito à vida. Este princípio não se encontra apenas entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas é ideal perseguido em todas as disposições constitucionais, pois o objetivo do constituinte foi de considerá-lo, não somente como um direito fundamental do ser humano, mas expressá-lo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inc. III da Constituição Federal de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

1988. Tal princípio é a pedra de toque de todo sistema jurídico constitucional, não podendo ser infringido por quem quer que seja, principalmente pelo Poder Público, que tem a obrigação precípua de proteger e fazer cumprir os ditames da Carta Magna vigente.

Neste contexto, registra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em outros capítulos do texto constitucional, como, por exemplo, o Art. 170, *caput*, o qual estabelece que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna; o Art. 226, § 6º, que fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; e o Art. 227, *caput*, que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Sendo a dignidade da pessoa humana qualidade intrínseca do ser humano, pode-se concluir que ela é irrenunciável e inalienável, pois constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser retirado. Desse modo, não se pode cogitar da possibilidade de determinada pessoa ser autora de uma pretensão a que lhe seja concedida à dignidade.

Aliás, dispõe Rizzatto Nunes (2002, p. 52): “A dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é também um instrumento limitador da atuação do Estado, devendo este guiar seus interesses à luz da proteção e promoção da dignidade. Em vista disso, qualquer restrição relacionada ao direito de ser digno será vedada pelo ordenamento jurídico.

Portanto, “[...] a dignidade da pessoa humana é absoluta, logo não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo” (RIZZATTO NUNES, 2002, p. 46).

Enfim, é dever de todos, e em especial dos operadores do Direito, pautarem suas condutas e decisões para a necessária implementação concreta do respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana pronuncia que o direito a origem genética é inato ao ser humano, não podendo o Estado negar essa tutela ao indivíduo, pautando-se em ponderações jurídicas, uma vez que quando dois direitos fundamentais se chocam deve haver a cedência recíproca entre eles, isto é, um dos direitos deve se afastar para que o outro seja aplicado, dessa forma o direito à origem genética se sobrepõe ao anonimato.

1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O princípio do melhor interesse da criança foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto nº 99.710/90, da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança de 1989, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do § 2º, do art. 5º da Constituição Federal, que prescreve “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados ou tratados internacionais em que a República do Brasil é parte”. Pode-se afirmar que o constituinte não teve a intenção de restringir os direitos fundamentais àqueles enumerados no art. 5º, mas teve como objetivo possibilitar a expansão e atualização destes direitos ao longo da vida constitucional (SILVA, 2001, *passim*).

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 85) que os direitos fundamentais podem ter assento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais ou internacionais. Nesse sentido, sustenta Tânia Pereira da Silva (2001, *passim*) que devem ser tidos como direitos fundamentais o Art. 227, *caput*, da Carta Magna de 1988, pois enumera com clareza quais os direitos que devem ser assegurados às crianças e aos adolescentes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 teve como precedente a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, na qual se considera que toda criança, pela sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusa a correspondente proteção legal, e insta aos pais, às organizações particulares, autoridades locais e governos nacionais para que reconheçam os direitos das crianças, lutando por conseguir a realização por meio de medidas legislativas. O objetivo é que as crianças e os adolescentes possam ter uma infância feliz e gozar dos direitos e liberdades que lhes correspondem.

As Convenções contêm regras de procedimento flexíveis e adaptáveis as mais distintas realidades, projetando políticas legislativas a serem adotadas pelos Estados-Partes. Estes têm a obrigação de não só respeitar, como de garantir o livre exercício dos direitos reconhecidos nas Convenções. Toda essa normativa internacional deve ser observada pelos poderes públicos na hora de programar as ações relacionadas às crianças, em especial, aqueles instrumentos que foram ratificados por nosso país.

Ao ratificar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico e, sobretudo, vem representando um guia importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente (SILVA, 2001, p. 07).

Como podemos observar, o princípio do melhor interesse da criança é um princípio reitor, que deve ser considerado tanto pelos legisladores, juízes e executores de qualquer medida que atinja direta ou indiretamente os menores. Este princípio resultou na Doutrina da Proteção Integral, a qual foi expressamente inserida no Art. 227 da Constituição

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Federal de 1988. Assim, em face dessa doutrina deve prevalecer o reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como titulares de Direitos Fundamentais e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Posteriormente, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual coube concretizar e expressar os novos direitos da população infanto-juvenil. Foi elaborado sobre os pilares do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que identifica Ingo Wolfgang Sarlet como a Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil. O Estatuto foi todo embasado no melhor interesse da criança. Essa interpretação foi destacada nos arts. 5º e 6º do diploma legal, que orientam e proporcionam aos operadores do Direito nítida compreensão do princípio do melhor interesse da criança (SILVA, 2001, p. 15).

O Estatuto destacou, especialmente, os destinatários da lei a serem considerados em suas características e prioridades, são elas: sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais (SILVA, 2001, p. 37).

A criança e o adolescente possuem Direitos Fundamentais Especiais, esses direitos são uma derivação dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988, destinados à garantia das necessidades específicas da criança ou do adolescente. São eles: direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade, direito à dignidade, direito ao respeito, direito à educação, direito à convivência familiar e direito à origem genética.

Dessa forma, fica claro que crianças e adolescentes se encontram em condição especial de desenvolvimento, devendo garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades necessárias para uma vida feliz.

Portanto, a ausência da informação sobre a origem genética de uma criança, desencadeará sérios efeitos, como o impedimento do progresso mental e espiritual, que se caracterizará em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao melhor interesse da criança, o que conseqüentemente levará a degradação desse indivíduo.

Será que uma família, que é considerada um *locus* para o desenvolvimento sadio de cada membro familiar, pode negar-lhe o direito a origem de um indivíduo? A resposta será apresentada no decorrer dessa análise, que se pauta não só nos princípios citados, mas também no cuidado e na vulnerabilidade como valores jurídicos a serem respeitados pelos operadores do Direito.

2. VULNERABILIDADE E CUIDADO COMO VALORES JURÍDICOS

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O Estado a todo instante deve dispensar atenção a situação de seus membros que, por diversas razões, originam grupos vulneráveis, os quais necessitam de tutelas específicas para estarem em pé de igualdade na convivência social.

Como bem salienta Heloisa Helena Barbosa, não é a vida em sociedade que dá origem à vulnerabilidade, porque esta preexiste às relações humanas, mas a vida em grupo favorece a expressão da vulnerabilidade em suas diferentes formas.⁵

Na verdade, o *cuidado* não requer somente a aplicação de normas específicas em casos concretos, muito mais que isso, busca a atenção do Estado e da sociedade na observância e prevenção dos princípios e garantias menoristas. Importante destacar que o cuidar é um método que envolve solidariedade, atenção e proteção.

Portanto, o magistrado em sua função jurisdicional deve solucionar os conflitos observando o cuidado como valor jurídico em cada caso concreto, pois o legislador cria leis, mas lei não é Justiça, em razão de ser geral e impessoal, já o Direito, é pessoal, portanto caberá ao operador do direito através da interpretação das normas como deve ser aplicada a norma ao concreto.

O *cuidado* e a *vulnerabilidade* como valores jurídicos se complementam na solução dos conflitos, pois o primeiro trata de analisar a aplicação da lei com o escopo de atender ao bem comum, já o segundo caracteriza o estágio em que se encontra o indivíduo, sujeito da relação jurídica.

Nessa esteira, o direito ao conhecimento da origem genética ou da biológica na adoção faz parte do sadio desenvolvimento psíquico de uma criança, conviver com a realidade de que você foi gerado por alguém inexistente é cruel demais a qualquer ser humano, portanto a aplicação do cuidado e da vulnerabilidade nos casos concretos é ponderar a aplicação da letra fria da lei, pois como vimos o ser humano é vulnerável e merecedor de cuidado estatal e social.

O magistrado, no momento em que está desempenhando sua função estatal, que nada mais é que acalmar as sensações de injustiças e devolver a paz ao ser humano, não pode se limitar a letra fria da lei. Nesse sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (COLTRO, *apud*, OLIVEIRA; PEREIRA, 2009, p. 40) relata de forma louvável como deve ser a postura do juiz contemporâneo em busca da justiça:

[...] como recordação de um passado que se distânciava, a figura do juiz inanimado, insensível aos fatos que o rodeiam, imagem que a realidade repudiou, uma vez que, como proclamava o Filósofo de Estagira, os homens recorrem aos juizes como um direito vivo, uma justiça animada (ad iudicem confugiunt omnes, sicut ad iustum admatum) [...]. Ao julgar terá que ser juiz. E apenas juiz. Para ele, no silêncio do seu escritório, ou no burburinho do foro, não há decisões históricas, que o

⁵ Heloisa Helena Barboza – Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro do IBDEAM.

façam desviar-se dos seus princípios e dos critérios de julgamento. Jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele [...] não deve curvar-se às doutrinas de conveniências, ou jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de preferir ser justo, parecendo injusto, do que injusto para salvar aparências (Calamandrei), mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante, procedendo como bônus judex, ou seja, aquele que adapta as normas às exigências.

Não podemos esquecer que a lei existe para reger o comportamento humano, entretanto, ao aplicá-la, não pode o Judiciário deixar de considerar as circunstâncias do caso concreto, esse é posicionamento acolhido pelo novo Código de Processo de Civil, dessa forma, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, para que a conclusão que se chegar atenda o fim do conflito vivenciado pelo indivíduo.

Ainda que o juiz se depare com uma má legislação, como é o caso da omissão no que tange o direito do indivíduo saber sua ascendência genética na reprodução assistida heteróloga. Caberá ao bom magistrado buscar a interpretação que permita melhor solução ao caso concreto, valendo-se, para tanto, dos instrumentos disponíveis no nosso sistema jurídico que são a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, e sempre se pautando no atendimento aos fins sociais a que se dirige a lei e às exigências do bem comum.

Com as considerações até aqui apresentadas, podemos afirmar que o *cuidado* e a *vulnerabilidade* devem estar presentes como conteúdo jurídico na defesa do direito à identidade genética, como direito constitucional e fundamental que se apresenta.

3. O DIREITO À IDENTIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E NA ADOÇÃO

A vontade incessante do ser humano em exercer a paternidade/maternidade gerou para as ciências médicas um grande desafio, a qual foi vitoriosa, pois alcançou a possibilidade de indivíduos portadores de enfermidades, ou mesmo de impedimentos, por conta da opção sexual de gerarem filhos, concretizando seus sonhos.

Atualmente, contamos com duas técnicas de reprodução assistida: a homóloga e a heteróloga. A primeira ocorre com o material genético do marido ou companheiro, podendo ser implantado na esposa ou em uma terceira pessoa (barriga de aluguel), nesse caso o material genético seria do casal. Já a segunda técnica se dá com

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

a doação de sêmen de um doador anônimo, que realiza conduta altruística, apenas com o objetivo de ajudar aqueles que não possuem condições de gerarem sua prole.

Nosso trabalho, como já ressaltado, se restringe a análise da reprodução assistida heteróloga, pois aqui se instala um complexo conflito existencial para a criança que está por nascer, isto é, sua identidade genética será cerceada, em razão de ser fruto de um ato altruístico.

Assim, se inicia uma árdua tarefa para o sistema jurídico que se depara com o devassador avanço da medicina frente ao direito fundamental à identidade genética do ser humano. Não podemos nos esquecer que a ciência é despida de valores religiosos e jurídicos.

O doador anônimo auxilia mulheres, que por inúmeros motivos, almejam conceber um filho sem a participação de uma figura paterna, portanto, não há qualquer vínculo ou interesse na paternidade, apenas um gesto altruístico em ajudar o próximo, dessa forma, jamais se poderá inserir nesse ato qualquer responsabilidade decorrente de uma paternidade responsável, como afeto, alimentos e sucessão.

O direito à identidade genética é um direito fundamental, personalíssimo, intransferível, indisponível e irrenunciável, ou seja, é um direito inerente à condição humana. Nessa esteira, sendo um direito personalíssimo, sua prerrogativa é exclusiva da criança procriada através desse procedimento, portanto não poderá o Estado criar impedimentos para esse indivíduo saber sua origem biológica.

O direito à identidade genética se desdobra em outros conflitos, como impedir relações incestuosas entre irmãos, pai/doador e filha, bem como em relação à saúde, na medida que em uma situação de grave enfermidade a chance de sobrevivência pode advir do pai/genitor, dessa forma, ocultar a identidade de um ser humano que se encontra acometido de uma doença poderá estar se negando o seu maior direito: a vida.

Atualmente, sobre o assunto o Brasil possui apenas a Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, a qual foi atualizada pela Resolução nº 2.121/15, que continuou assegurando o anonimato do doador, permitindo apenas o médico entrar em contato com o doador em casos de enfermidades graves.

Ocorre que o Conselho Federal de Medicina é uma Autarquia, portanto possui personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Essas autarquias são criadas para auxiliar o Estado, mas não se subordinam a ele, pois são independentes, ou seja, não há hierarquia entre eles, mas o Estado tem o controle de seus atos administrativos.

Se o Estado tem o controle dos atos administrativos da Autarquia que criou, e sendo este Estado guiado pela nossa Carta Magna, conclui-se que nenhum ato administrativo da Autarquia pode ferir a Constituição Brasileira.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Nesse sentido, se a Autarquia possui uma Resolução que prevê o anonimato do doador de sêmen, essa orientação somente tem eficácia entre os membros desta instituição, ou seja, entre os médicos, mas não poderá ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, pois fere a dignidade humana do indivíduo nascido através da Técnica de Reprodução Assistida Heteróloga.

Em relação ao direito à identidade biológica na adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a única legislação que muito tímida se aproximou do assunto, vejamos:

Art. 48: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Portanto, nosso ordenamento jurídico deu um pequeno passo em relação à identidade biológica, pois permite que o adotado conheça sua origem biológica ao completar 18 anos, caso o indivíduo queira ter conhecimento antes de atingir a maioridade, terá seus pais adotivos como representantes legais na ação judicial.

Baseado nesse dispositivo, podemos fazer uso da analogia aos casos de acesso à identidade genética, pois ambos os indivíduos, apesar de situações distintas, procuram o mesmo direito, sua origem biológica. Esclarecemos que fazemos essa distinção entre origem biológica e genética, em razão da primeira possuir uma bibliografia que antecede a adoção, já na ascendência genética, apenas ocorre a doação de sêmens.

É inegável que a medicina solucionou uma grave enfermidade, que acomete inúmeros casais: a infertilidade, porém, outro problema foi criado e se encontra sem regramento, pois uma criança gerada pela Técnica de Reprodução Assistida Heteróloga, nasce cerceada pelo direito de conhecer sua ascendência genética, em colisão com outro direito, o anonimato do doador.

Deveria a Bioética ter se preocupado com esse dilema, já que é um ramo do saber ético, que se ocupa em conservar os valores morais de respeito à pessoa humana em questionamentos éticos, no campo das ciências biológicas.

O doador anônimo jamais será considerado pai, pois sua participação é meramente instrumental, o seu papel é semelhante com aquele que doa seu filho biológico, sendo neste momento destituído do poder familiar sobre a criança, ou seja, é afastado de qualquer ônus decorrente da filiação. Dessa forma, seria juridicamente ilegal um filho adotivo ou gerado por reprodução assistida heteróloga pleitear direitos em razão da filiação biológica, bem como ao contrário, o pai biológico ou o doador anônimo requerer qualquer direito em face do filho em sua fase senil.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Portanto a proibição de reconhecimento de vínculo parental é para ambos os lados (pai biológico x adotado) ou (doador anônimo x filho biológico), pois lhe faltam requisito essencial para se criar vínculos familiares: o afeto.

Nessa polêmica vivenciada, uma luz despontou com a recente decisão do Tribunal Alemão, que foi favorável ao direito à identidade genética de duas crianças nascidas nos anos de 1997 e 2002, abaixo a fundamentação da decisão:

O tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. Aqui, deve-se observar que Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* não se refere apenas ao conhecimento das informações genéticas do doador, mas de sua identidade civil. Por isso, a criança tem independente da idade, uma pretensão juridicamente tutelada contra a clínica de reprodução assistida, onde a inseminação artificial fora realizada, para saber a identidade do doador do sêmen.⁶

O depoimento de uma garota americana que nasceu através da Técnica de Reprodução Assistida expressa de forma cristalina o conflito existencial que vivenciam por não saberem sua origem, demonstrando que a decisão alemã está no caminho certo. Abaixo um trecho do depoimento de Clark:

Tenho 18 anos e na maior parte da minha vida, eu não tive a mínima ideia de minhas origens. Eu não sabia de onde vinha meu nariz, ou meu queixo, ou então meus interesses por culturas estrangeiras. Eu claramente herdei meus dentes e minha propensão para piadinhas de mau gosto de minha mãe, assim como minha perspectiva feminista. Mas uma grande parte de mim sempre foi um mistério. O homem tem uma necessidade primordial de conhecer suas origens e sua proveniência. Durante toda sua vida Katrina teve problemas sociopsicológicos simplesmente pelo fato de não saber quem era seu gerador. Katrina, indignada com a forma com que foram lesionados seus direitos, exprimia: Estou aqui para dizer que, emocionalmente, muitos de nós não estão aguentando. Nós não pedimos para nascer nesta situação, com estas limitações e confusões. É hipocrisia da parte dos pais e também médica, dizer que raízes biológicas não importam aos 'produtos' dos 'bancos de criação' e seus serviços, quando o desejo de uma relação biológica é justamente e primeiramente o que traz clientes para os bancos. E é exatamente isso! Não se justifica arrancarmos o direito à informação do gerado e darmos limitações às suas garantias fundamentais a fim de preservar

⁶FRITZ, Karina Nunes. Tribunal alemão reconheceu direito à identificação do doador de sêmen. *In*: Fonte: **Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

apenas a identidade do doador, o bem jurídico em questão é bem maior.⁷

Os trabalhadores do direito devem ter a sensibilidade de entender o que se passa e o que se sente com as novas técnicas científicas, que desafiam os sentimentos humanos, somente com o olhar de cuidado e vulnerabilidade, por parte do Ordenamento Jurídico é que poderá se iniciar uma caminhada para a amenização desses conflitos humanos criados pelo homem e a ser resolvidos pelo mesmo.

CONCLUSÃO

O Direito caminha em direção aos anseios da sociedade, pois é em razão dela que existe e tem forma. Nesse sentido, não pode o Estado negar ao cidadão o direito a sua origem, seja genética ou biológica, sendo ambas garantidas constitucionalmente, haja vista que uma Constituição fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana jamais poderia cercear a tutela desse direito.

O cuidado e a vulnerabilidade se inserem no sistema jurídico como valores a serem respeitados pelos operadores do Direito. O desafio do tema se enquadra na vulnerabilidade daquele que almeja saber sua identidade genética ou biológica, e por outro lado o cuidado, o zelo que se deve dispor no julgamento desse direito indisponível.

Ressalva-se que não se pode alegar falta de legislação, pois os princípios que se pautam o acesso à identidade biológica estão expressos na Constituição Federal, bem como em leis ordinárias como Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o direito ao acesso a sua origem biológica, portanto não se pode distinguir o mesmo direito a casos análogos.

Nessa esteira, concluímos que o Estado, assim como fez na adoção deve prever de forma expressa o direito da criança originada pela reprodução assistida heterologa ter acesso as informações do doador, o que não terá como consequência a constituição de qualquer direito a alimentos ou a sucessão, pois a intenção é assegurar o conhecimento de uma origem e não de criar laços afetivos ou civis.

O Estado ao enfrentar esse conflito confere ao titular optar pela busca da sua origem, cabendo apenas ao Estado o dever de assegurar essa escolha, que garante a dignidade do ser humano.

⁷CLARK, Katrina. *My father was an anonymous sperm donor*. In: **The Washington Post**. 17/12/2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CIRUZZI, Maria S. **Las técnica de reproucción assistida em el anteproyecto de reforma AL Código Civil: um enfoque bioético**. 2012. Disponível em: <<http://www.microjuris.com>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. **El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: analisis del anteproyecto de reforma AL Código Civil e Comercial**. 2013. Disponível em: <<http://www.microjuris.com>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

CLARK, Katrina. *My father was an anonymous sperm donor*. In: **The Washington Post**. 17/12/2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRITZ, Karina Nunes. Tribunal alemão reconheceu direito à identificação do doador de sêmen. In: **Fonte: Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da; SPODE, Sheila. **O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo.** Disponível em: <<http://www.cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/.../4137>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O NASCITURO COMO TITULAR DO DIREITO A REPARAÇÃO POR DANO MORAL

Tainá Galvani BUZO*

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de o nascituro figurar como titular do direito de reparação por danos morais. A fim de construir a solução para referida indagação, busca-se analisar o conceito e pressupostos para configuração do dano moral, bem como as teorias que visam explicar a natureza jurídica do nascituro e qual delas é adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras de forma majoritária, embora ainda exista forte divergência sobre o tema. Finalmente, após a análise detida dos elementos necessários e definição da teoria adotada de forma majoritária, analisa-se o posicionamento da jurisprudência brasileira no que se refere ao reconhecimento da reparação do dano moral em favor do nascituro. Neste prisma, o presente estudo almeja contribuir para a compreensão da natureza jurídica do nascituro e o reflexo desta na garantia e exercício dos seus direitos.

Palavras-chave: Nascituro. Dano moral. Direitos da personalidade.

ABSTRACT: The objective of the present study is to analyze the possibility of the unborn child to be the holder of the right to compensation for moral damages. In order to construct the solution for this inquiry, we seek to analyze the concept and assumptions for the configuration of moral damage, as well as theories that aim to explain the legal nature of the unborn child and which one is adopted by Brazilian doctrine and jurisprudence in a majority way, although there is still strong divergence on the subject. Finally, after analyzing the necessary elements and defining the theory adopted in a majority way, the Brazilian jurisprudence is analyzed with regard to the recognition of reparation of moral damages in favor of the unborn child. In this perspective, the present study aims to contribute to the understanding of the legal nature of the unborn child and the reflection of this in the guarantee and exercise of their rights.

Keywords: I am born. Moral damage. Rights of the personality.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, entretanto, afirma que a personalidade jurídica só se inicia a partir do nascimento com vida. Denota-se da dicção artigo 2º do mencionado diploma civil que é indefinida a natureza jurídica do nascituro, de modo que pairam dúvidas acerca da garantia dos seus direitos e possibilidade de exercê-los, notadamente no que se refere

* A autora é Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista de Tupã, Estado de São Paulo. Advogada.

a possibilidade de pleitear a reparação pelos danos morais advindos da violação desses direitos.

Há divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do nascituro. Existem três teorias que buscam esclarece-la, entretanto, existem fortes divergências sobre qual delas deve ser adotada pelo direito brasileiro. Insta esclarecer que cada teoria reflete de forma distinta no que se refere aos direitos do nascituro. Desse modo, o presente artigo, examinar cada uma delas e apontar qual o reflexo que teria se adotada pela jurisprudência brasileira.

O objetivo é entender que o nascituro, ser humano concebido, mas não nascido, possui direito à reparação pelos danos morais eventualmente sofridos em razão da violação dos direitos que lhes são assegurados e, demonstrar que, a depender da teoria adotada, esse direito poderá ou não ser exercido.

Em síntese, o propósito da presente pesquisa é trazer conclusões sobre a proteção dos direitos do nascituro e analisar a posição dos tribunais superiores acerca do reconhecimento do direito à reparação por danos morais.

1 DO NASCITURO

1.1 CONCEITO DE NASCITURO E PERSONALIDADE JURÍDICA

A palavra *nascituro*, deriva do latim *nastiturus*, que significa aquele que está por nascer. Pode-se dizer que o nascituro é alguém que está concebido e possui vida intra-uterina. Maria Helena Diniz, conceitua o nascituro como “aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”⁸.

A figura do nascituro é prevista no Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, o qual preconiza que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”(DINIZ, , 2005, p. 378).

Da interpretação literal da lei, pode-se afirmar que o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade civil, contudo, os direitos do nascituro devem ser respeitados, em que pese não lhe seja reconhecida, de forma expressa, a personalidade jurídica.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 378.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Acerca do início da personalidade jurídica, o mestre Calor Alberto Bittar, preleciona que:

Adotou-se o sistema em que se tem como início da personalidade jurídica o nascimento com vida, mas se respeitam os direitos do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser. Conforme esse entendimento, ficam sob condição da vida à lume os direitos do nascituro, considerando-se como tal a exalação do primeiro sopro de vida após a separação da mãe, que demonstra afirmação da nova existência, diversa da genitora, cabendo daí, pois, ao filho todos os direitos reconhecidos à pessoa humana no plano jurídico. Mesmo que venha a falecer em seguida, consideram-se adquiridos os direitos, para todos os efeitos próprios, protegendo-se assim os interesses do nascituro e do respectivo círculo familiar (BITTAR, 1994, p. 79).

Sabe-se que a personalidade jurídica – aptidão para adquirir direitos e obrigações - é intimamente ligada à pessoa, de modo que é atributo de todo ser humano. Assim, pode-se afirmar que, todo homem que possui personalidade jurídica, possui capacidade para ser titular de direitos.

Importante ressaltar que a capacidade de direito, é assegurada a todos os indivíduos atribuindo-lhes capacidade para adquirir direitos e obrigações, sem qualquer distinção. Aqui são abrangidas as pessoas sem qualquer discernimento, os infantes etc. Desse modo, todo aquele que possui personalidade, possui capacidade de direito. Ressalte-se que a capacidade de fato difere da capacidade de direito, uma vez que esta última se relaciona à aptidão para o exercício do direito ou de ação. Logo, nem todo aquele que detém capacidade de direito, detém a capacidade de fato.

Assim, é possível auferir que a lei não se manifesta sobre a natureza jurídica do nascituro, afirmando que o mesmo tem seus direitos assegurados, mas, não detém personalidade jurídica, uma vez que esta está condicionada ao nascimento com vida. Diante dessa celeuma, indaga-se: Como o nascituro, que, em tese não possui personalidade jurídica e, tampouco capacidade de direito, pode adquirir direitos?

Nesse ponto, importante estudar as três teorias que buscam explicar a situação jurídica do nascituro. São elas a teoria natalista, a da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

1.2.1 Teoria Natalista

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A teoria natalista é embasa no argumento de que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida. Desse modo, para esta teoria, o nascituro não é considerado como pessoa, uma vez que o Código Civil, para que alguém seja considerado como tal, exige o nascimento com vida, logo, tendo o nascituro mera expectativa de nascimento com vida, não pode ser considerado como pessoa. Como consequência dessa teoria, o nascituro não possui personalidade jurídica, uma vez que detém mera expectativa de direito e consequentemente não possui capacidade de adquirir direitos.

Para os adeptos dessa corrente, somente pode ser atribuída à personalidade jurídica àquele que tenha nascido com vida e, por isso, ao nascituro não são assegurados quaisquer direitos. Essa teoria prevalece na doutrina tradicional e pode-se citar como seus adeptos os iminentes juristas Caio Mário Pereira da Silva (2004, p. 216), San Tiago Dantas (2001, p. 170) e Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 161).

O Professor Flávio Tartuce, apresenta uma crítica inteligente a essa teoria, ao afirmar que o nascituro, não sendo considerado como pessoa, poderia ser tido como uma coisa e ainda argumenta que na perspectiva do direito civil pós-moderno, essa teoria desprotege os direitos da personalidade (2018, p. 77).

A adoção dessa teoria faria com que o nascituro não tivesse assegurado os direitos da personalidade, uma vez que somente os teria na hipótese de nascimento com vida., contudo, da análise do artigo 2º do Código Civil, depreende-se que não foi essa a intenção do legislador.

1.2.2 Teoria Da Personalidade Condicionada

A teoria da personalidade condicionada reconhece a existência dos direitos do nascituro, contudo, para que sejam garantidos, impõe como condição o nascimento com vida. Cristiano Chaves de Faria (2015, p. 292), ao tratar do tema, pontua que para essa corrente “o nascituro, é na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida”. Depreende-se, pois, que referida corrente possui de certa forma, uma essência natalista, uma vez que somente reconhece à personalidade do nascituro, se este vier a nascer com vida.

Washington de Barros Monteiro (1982, p. 66) foi adepto dessa teoria, ao afirmar que “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

Como argumento capaz de afastar a aplicabilidade da teoria condicional, pode-se dizer que os direitos fundamentais não estão sujeitos a qualquer condição, termo ou encargo.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1.2.3 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista é uma influência do direito francês e reconhece o nascituro como pessoa humana assegurando a ele todos os direitos garantidos por lei desde a concepção. Como consequência da adoção de mencionada teoria, o nascituro passa a ser detentor de personalidade jurídica e, conseqüentemente adquire capacidade de direito.

Pode-se citar como adeptos dessa teoria o iminente jurista Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Flávio Tartuce, Nelson Rosenvald, Maria Helena Diniz, dentre outros autores de renome na doutrina brasileira. A Professora da USP, principal precursora da teoria concepcionista no Brasil, Silmara Juny Chinelato e Almeida, brilhantemente argumenta que:

Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou *status* sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a *certos e determinados* direitos *particularmente considerados*. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Esta é integral ou não existe. (ALMEIDA, 2011).

O Pacto de San José da Costa Rica, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, igualmente adota a teoria concepcionista. O ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma indireta, reflete a adoção da teoria concepcionista em alguns momentos ao assegurar certos direitos ao nascituro, como é o caso do reconhecimento da filiação (artigo 1.609, CC), a possibilidade de nomeação de curador em seu favor (artigo 1.779, CC), a possibilidade de doação em seu favor (artigo 542, CC) e lhe assegurando capacidade para suceder (artigo 1.798, CC). Salutar esclarecer que o exercício de mencionados direitos, por terem cunho patrimonial, é condicionado ao nascimento com vida do nascituro, mas lhe são protegidos.

Ressalte-se ainda que o direito à vida é assegurado ao nascituro pela Constituição Federal em seu artigo 5º, reiterado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 7º e reforçado pelo Código Penal Brasileiro, ao tratar o aborto como crime em seus artigos 124 a 128.

Diante de todos os argumentos esposados, é correto afirmar que a partir da concepção é assegurada a proteção da personalidade jurídica, sendo o nascituro, titular de todos os direitos da personalidade. Portanto, “não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele”.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

No direito pós-moderno, tem prevalecido a teoria concepcionista, haja vista que, embora o nascituro não seja expressamente considerado como pessoa, possui assegurada a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. A adoção dessa teoria, fora inclusive, confirmada em julgamento do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2014, publicado no Informativo n. 547. Consta na publicação que:

[...] o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.

Desse modo, pode-se afirmar que a teoria concepcionista é a adotada de forma majoritária pela doutrina brasileira, bem assim, conforme se verá adiante pela jurisprudência atual, reconhecendo ao nascituro a titularidade dos direitos da personalidade.

1.3 DOS DIREITOS DO NASCITURO

Como visto, em que pese o Código Civil não trate o nascituro como pessoa, lhe assegura, desde a concepção, os direitos da personalidade (art. 2º). Tais direitos são inerentes e intrínsecos a condição humana, por esse motivo, a proteção é garantida a todos os seres humanos, inclusive ao nascituro. Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana, referem-se a garantida da dignidade e compreendem o direito à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à honra e a imagem.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro, resguarda ao não nascido, mas já concebido, uma série de direitos além dos direitos da personalidade acima delimitados.

O Código Civil brasileiro assegura ao nascituro o reconhecimento da paternidade. De igual modo, atualmente o direito brasileiro reconhece a possibilidade de alimentos gravídicos em favor do nascituro, a fim de que lhe seja assegurada uma gravidez segura e digna, hipótese em que, se reconhece ao nascituro o direito à dignidade. Lhe é assegurado ainda, o direito de receber doações e bens através de testamento, ficando o exercício desse direito, entretanto, condicionado ao nascimento com vida. Questão atual e polêmica refere-se a possibilidade de adoção do nascituro. A jurista Silmara Juny Chinelato já se manifestou em sentido favorável a essa adoção, ao

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

argumento de que é uma forma de tutela dos direitos de quarta geração⁹. Além disso, o Código Civil em seu artigo 1.779 assegura ao não nascido, mas concebido o direito à curatela. Essa possibilidade, conforme afirma Flávio Tartuce, garante o nascituro o *status* de absolutamente incapaz, enquadrando-o na hipótese do inciso I, artigo 3 do Código Civil, uma vez que o nascituro “é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros do mesmo”(TARTUCE, 2018).

Desse modo, observa-se que a teoria concepcionista é empregada em diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro.

2 DO DANO MORAL

2.1 BREVE HISTÓRICO DO DANO MORAL

Antes de adentrarmos ao estudo da titularidade do direito à reparação por danos morais do nascituro, é imprescindível, uma breve análise do histórico do dano moral, uma vez que o reconhecimento de tal direito no direito brasileiro, não é tão antigo quanto parece.

O Código Civil de 1916 não trazia previsão expressa acerca da possibilidade de reparação por danos morais, mas tão somente dos danos materiais. Diante dessa lacuna, a doutrina brasileira defendia firmemente a tese de que o dano moral não poderia ser reparado, uma vez que seria impossível apurar a equivalência entre o dinheiro e o sofrimento, pois, sendo impossível medir a dor, seria impossível indenizá-la.

Posteriormente, com a evolução da sociedade passou-se a reconhecer a possibilidade de indenização por danos morais, mas desde que sua ocorrência estivesse atrelada a ocorrência de um dano material, não era admitida sua reparação de forma isolada. Sendo assim, aquele que tivesse um direito da personalidade violado, mas, se tal violação não lhe tivesse causado a diminuição do patrimônio, não teria o direito à reparação por dano moral. Esse entendimento denota, o caráter essencialmente patrimonialista do direito civil brasileiro à época. Sobre esse entendimento, Caio Mario

⁹ Sobre a questão ver: CHINELATO, Silmara Juny. *Adoção do nascituro e a quarta era dos direitos: razões para alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil*. In: DELGADO, Maria Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. I, p. 355.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Pereira da Silva, argumentava que era equivocado, pois, admitir que só “cabe reparação moral quando há um dano moral é um desvio de perspectiva” (SILVA, 1997, p. 55).

Grande evolução se verificou em meados dos anos 60, ocasião em que fora julgado pelo Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário em que os autores, pleiteavam em razão da morte de dois filhos menores (de 09 e 06 anos) a reparação pelos danos morais experimentados. O relator do caso, Ministro Aliomar Baleiro, deu provimento ao recurso e reconheceu que o dano moral seria passível de indenização, embora estivesse desacompanhado de um dano material. Interessante notar que o critério utilizado pelo Ministro ao fixar o valor da indenização fora o montante gasto pelos pais com a criação das crianças até a data do óbito, não houve menção à dor e sofrimento que a conduta ilícita da empresa de ônibus havia causado. Denota-se que, em que pese o dano moral tenha sido reconhecido de forma autônoma, a sua fixação ainda era pautada em prejuízos materiais.

A questão atinente ao reconhecimento do dano moral, somente fora pacificada com o advento da Constituição Federal de 1988 a qual passou a reconhecer em seu artigo 5º, a possibilidade de reparação por danos exclusivamente morais e posteriormente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Insta frisar que em um passado não muito distante, exigia-se como requisito para configuração do direito de reparação por danos morais, a demonstração de dor e sofrimento, de modo que, se referida situação de espírito não fosse demonstrada, a reparação dos danos extrapatrimoniais não seria possível. Felizmente, referida condição não tem mais sido utilizada como critério para fixação da reparação, haja vista que fora considerado que cada ser humano reage de maneira distinta, ainda que postos sob circunstâncias idênticas. Ressalte-se ainda que determinadas pessoas, embora tenham seus direitos violados, não possuem reação sentimental em razão da ocorrência dos mesmos, pode-se citar como exemplo, as crianças de tenra idade, àqueles que possuem desenvolvimento mental retardado, etc. Diante disso, passou-se a reconhecer que a mera violação aos direitos da personalidade, enseja, o direito de reparação por danos morais.

Nos dias atuais, dúvidas não há quanto a possibilidade de reparação por danos exclusivamente morais, tampouco acerca da desnecessidade de demonstração de sentimentos negativos em razão de sua ocorrência, contudo, há discussão atual sobre a titularidade do direito à reparação, notadamente no que se refere ao nascituro, cuja natureza jurídica não é definida pela doutrina brasileira.

2.2 CONCEITO DE DANO MORAL

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Como visto, a Constituição Federal Brasileira prevê a possibilidade de reparação por dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X¹⁰. De igual modo, a legislação infraconstitucional também regula sua aplicabilidade como o Código Civil, em seu artigo 186¹¹. Em que pese a previsão expressa acerca da existência do dano moral, o ordenamento jurídico brasileiro não lhe apresenta um conceito determinado. Nesse ponto, Cristiano Chaves explica que “o dano moral é categoria cuja construção é fundamentalmente jurisprudencial, apoiada no contributo de gerações sucessivas de juristas”(CHAVES, 2015, p. 260).

Como se sabe o dano moral é aquele que não atinge a esfera patrimonial do indivíduo, ou seja, não causa a diminuição do seu patrimônio, mas, decorre da violação de um direito inerente à condição de ser humano, a um interesse existencial tutelado pelo direito. O dano moral, pode ser conceituado como a lesão aos direitos da personalidade, tais quais a honra, a imagem, a dignidade, o bom nome etc.

Ao tratar do tema logo após a entrada em vigor do Novo Código Civil, Silvio de Salvo Venosa, brilhantemente define o dano moral nos seguintes termos:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações cuida-se de indenizar o inefável (VENOSA, 2003, p. 33)

Em sentido próximo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam o dano moral como sendo “aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 933).

Insta esclarecer que o dano moral não é a dor, a angústia, o sofrimento, a humilhação ou qualquer outro sentimento de cunho negativo que tenha experimentado a vítima. Referidos estados de espírito, são na verdade, consequências da ocorrência do dano moral. Nesse ponto, importante colacionar os ensinamentos do jurista Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 387):

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de

¹⁰ Art. 5º, V.É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

No mesmo sentido é o teor do Enunciado n. 455, aprovado pela V Jornada de Direito Civil que dispõe que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

A melhor definição para os danos morais, portanto, é aquela que o trata como a violação aos direitos da personalidade (1996, p. 1039), sendo irrelevante para sua configuração a demonstração de dor, sofrimento ou qualquer outro sentimento de origem negativa.

3 DO DIREITO DO NASCITURO À REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Partindo da premissa de que o nascituro é detentor dos direitos da personalidade, bem assim, de todos aqueles acima delineados e que é considerado como pessoa humana, é possível concluir que faz jus a indenização por danos morais na hipótese de violação de um desses direitos.

Como alhures consignado, para que alguém tenha direito à indenização por danos morais, suficiente é que tenha violado um de seus direitos da personalidade, sendo desnecessária a demonstração de qualquer sentimento negativo, como dor, sofrimento e angústia.

Demais disso, pautando-se na teoria concepcionista, o nascituro é titular da personalidade jurídica e possui proteção dos direitos da personalidade, razão pela qual detém proteção jurídica e por este motivo, é detentor do direito de reparação por danos morais. Nesse contexto, Clayton Reis afirma que o nascituro possui direito à reparação por danos morais, utilizando-se dos seguintes argumentos:

Não faz sentido deixar de atribuir a condição de dignidade ao nascituro porque ainda não nasceu. Ora, mesmo não tendo nascido, não perdeu a sua atribuição de um ser humano em fase de desenvolvimento. Nele se encontram presentes todos os elementos fundamentais e identificadores da pessoa humana e, por consequência, os direitos da personalidade suscetível de assegurar o direito à proteção jurídica através da tutela dos danos morais dentre outros. Aliás, é exatamente esse ser humano que anseia por nascer, totalmente indefeso, que merece a maior e a mais irrestrita proteção do ordenamento jurídico. A dignidade que se encontra presente neste ser indefeso é certamente maior em relação àqueles que possuem mecanismos de defesa própria, a exemplo dos animais irracionais. Nesse particular, a ordem jurídica é contraditória. Na medida em que oferece proteção aos enfermos e idosos, como

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

a recente Lei sobre o Estatuto do Idoso, não assinala a especial tutela que deve merecer os nascituros (REIS, 2010, p. 40-41).

De igual modo, o iminente doutrinador Flávio Tartuce reconhece a possibilidade de reparação pelos danos morais experimentados pelo nascituro e adere à teoria concepcionista, afirmando que “como se reconhece direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos, concluindo-se pela possibilidade de o nascituro pleitear a correspondente indenização por danos imateriais” (TARTUCE, 2018).

Assim, considerando que o nascituro possui personalidade jurídica assegurada – *teoria concepcionista* – e que a configuração do dano moral, independe da demonstração de sofrimento, pode-se afirmar que o concebido, mas não nascido, na hipótese de violação dos seus direitos da personalidade, possui direito à compensação pelos danos morais experimentados.

Os argumentos acima declinados, são inclusive, empregados pela jurisprudência brasileira, conforme se verá a seguir.

4 A JURISPRUDENCIA BRASILEIRA

Analisadas as considerações doutrinárias e as teorias que tratam do início da personalidade jurídica, faz-se necessária uma abordagem acerca da posição da jurisprudência brasileira no que se refere ao direito do nascituro em ser reparado por eventuais danos morais advindos da violação dos direitos que lhe são garantidos.

Em pesquisa realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, é possível observar que referido órgão ainda não se manifestou sobre a possibilidade conceder ao nascituro, reparação por danos morais.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou pela adoção da teoria concepcionista ao fixar reparação por dano moral ao nascituro por violações aos seus direitos da personalidade, afastando, assim, a tese de que o nascimento com vida é condição para a aquisição da personalidade jurídica.

Interessante colacionar ao presente trabalho, a decisão proferida pelo STJ, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, que reconheceu ao nascituro o direito à reparação por danos morais, oriundos da morte de seu genitor em razão de um atropelamento. Nesse julgado, a Egrégia Corte adotou a teoria concepcionista, vejamos:

Direito Civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

inexistente. Influencia na fixação do *quantum*. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – **O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum**. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional (grifo nosso).¹²

Portanto, evidente que neste julgado fora aplicada a teoria concepcionista, uma vez que “se o nascituro não tivesse direitos, não poderia requerer indenização por um fato ocorrido quando não os tinha”(TARTUCE, 2018). Vale mencionar que o Ministro pontuou que o fato de o feto não ter conhecido o pai, influencia na fixação do *quantum*, uma vez que a dor da qual sofre o nascituro é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo.

No ano de 2008, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 931.556/RS, cuja relatora fora a Ministra Nancy Adrighi, mais uma vez reconheceu ao nascituro o direito à reparação por danos morais, por ocasião falecimento de seu genitor, ocorrido em um acidente de trabalho. O obreiro, à época do falecimento havia deixado dois filhos e sua esposa grávida, os quais, interpuseram ação em face da Empresa pleiteando a indenização por danos morais. A genitora representou seus dois filhos menores, bem como o nascituro. Um dos pedidos formulados na exordial, fora o de que fossem assegurados os direitos do nascituro. O Juiz do Estado do Rio Grande do Sul, ao sentenciar acolheu o pleito de indenização por danos morais, inclusive em favor do nascituro, condenando a empresa ao pagamento de R\$ 39.000,00 em favor da viúva e R\$ 26.000,00 para cada filho. Em sede de recurso de apelação, o valor da indenização fora reduzido, sendo R\$ 35.000,00 para a viúva e R\$ 25.000,00 para cada um dos três filhos. Inconformadas as partes interpuseram Recurso Especial e, no que se refere ao valor da indenização dos filhos, a relatora pontuou que não é possível afirmar que a dor do nascituro é menor que a dor dos filhos já nascidos à época do infortúnio, haja vista que não pode ser medida ou mensurada, de modo que o valor equitativo se revela como medida mais justa. Vejamos um trecho do acórdão:

[...] impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujos*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da comparação é a existência de um sofrimento impossível e ser quantificado com precisão (TARTUCE, 2018).

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 399.028/SP, 4ª Turma, j. 26.02.2002. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Como se observa dos julgados acima, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça avança no sentido de reconhecer que o nascituro, por possuir personalidade jurídica desde a concepção – *teoria concepcionista* -, pode sofrer lesões de ordem moral, como se verifica no caso de morte do genitor por culpa de terceiros.

Contudo, não é só em casos de perda da figura paterna que se tem reconhecido o direito de reparação por danos morais ao nascituro. Nesse ponto, é interessante mencionar fato ocorrido em rede nacional no ano de 2015, na apresentação do programa CQC, no canal da TV Band. O humorista e apresentador do programa Rafinha Bastos, teceu em rede nacional um infeliz comentário à cantora Wanessa Camargo, que se encontrava grávida à época, ao afirmar que “*Eu comeria ela o bebê, não tô nem aí!*”. A cantora juntamente com seu esposo e, representando o nascituro, interpôs ação de indenização por danos morais, pleiteando a compensação pelo dano sofrido em favor dos três, ao argumento de que a conduta do apresentador seria capaz de denotar o desejo/intenção do mesmo de manter relações sexuais com a cantora apesar de ela ser casada e estar grávida, o que geraria dano moral *in re ipsa*, e a consequente obrigação de indenizar visto a ausência de excludentes, sequer o animus *jocandi*. O STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.487.089/SP, de Relatoria do Ministro Marcos Buzi, reconheceu a ocorrência de dano moral em favor do nascituro. Vejamos alguns trechos do acórdão, que citou os argumentos utilizados na sentença prolatada pelo magistrado de primeiro grau, os quais foram mantidos e acatados pela Egrégia corte:

[...] pelo exame da frase insultuosa atirada pelo R. contra os AA., e constante fls. 07, ficou patenteado o insulto, a linguagem vulgar e insultuosa, aniquilada em verdade a moral da família Autora com o gesto pretensamente humorístico do Reqdo, que na sua distorcida ótica acerca de gracejo atingiu até mesmo o nascituro: [...] Não houve, assim, apenasmente ingênuo “tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente” (fls. 75) - e em nenhum momento se haverá de falar em “vedação de humor” (fls. 76) com a reprovação ético-jurídica que desde já se vislumbra na conduta do R., senão grave ataque à honra [...] incrível ainda que a resposta falou em comédia, sátira e humor - mas jamais se podendo aceitar que isso seja feito à custa da honra alheia - e, repita-se, o que é bem pior, a violentar a inocência do nascituro, ou a sacralidade da maternidade.

Verifica-se no presente julgado que o nascituro também pode pleitear indenização por dano moral em razão de lesão perpetrada contra sua honra.

Além disso, merece estudo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 1092134/SC, que reconheceu ao nascituro o direito à reparação por danos morais, em razão da comprovada falha na prestação dos serviços médicos e hospitalares que lhe ocasionou o desenvolvimento da doença denominada “*fibroplasia retrolenticular*”. Vale destacar ainda que, além da indenização por danos morais, fora assegurado ao nascituro a indenização pelos danos estéticos advindos da falha na prestação do serviço médico:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLENTICULAR - RETINOPATIA DO NASCITURO - CRIANÇA COM PERDA DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL "A QUO" - SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.086.451/SC, QUANTO A JUROS, AO AGRAVANTE. I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retroleuticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório. II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes. III - **Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.** IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso. Agravo regimental improvido (grifo nosso).¹³

Diante de todas essas decisões que, evidentemente protegem e asseguram ao nascituro o gozo dos direitos da personalidade, pode-se afirmar que a jurisprudência brasileira admite que o nascituro, evidentemente representado, possa movimentar a máquina judiciária a fim de ver resguardados os seus direitos, uma vez que possui personalidade jurídica.

CONCLUSÃO

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 1092134/SC. 3ª Turma, j. 17 de fev. de 2019. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073911/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1092134-sc-2008-0190848-8-stj>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Conforme se depreende do presente estudo, o nascituro possui natureza jurídica incerta, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 2º, lhe assegura unicamente a proteção dos direitos.

Visando garantir uma melhora a essa definição, existem três teorias que buscam explicar e definir a natureza jurídica do nascituro. A primeira delas é a natalista, que não o reconhece como pessoa humana, e afirma que somente lhe será atribuída a personalidade jurídica, a partir do nascimento com vida. A teoria da personalidade condicionada, reconhece que o nascituro possui direitos assegurados, contudo, afirma que a aquisição dos mesmos está condicionada a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. Por fim, a teoria concepcionista, que possui origem francesa, reconhece o nascituro como pessoa humana e lhe estende a personalidade jurídica, argumentando que esta se inicia a partir do nascimento com vida. Conforme restou demonstrado, tem prevalecido na jurisprudência brasileira, a teoria concepcionista, em que se reconhece o nascituro como ser humano e sujeito de direito.

No que se refere ao dano moral, o presente artigo traz uma perspectiva histórica acerca de sua evolução, demonstrando que na atualidade, para que o dever de reparação seja configurado, não se faz necessária a demonstração de dor ou sofrimento, o que reflete de forma positiva para o reconhecimento do dano moral em favor do nascituro.

Por fim, busca-se analisar o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores do Brasil a fim de verificar qual tem sido o entendimento em relação a possibilidade de ressarcimento de danos extrapatrimoniais ao nascituro. A pesquisa apresentou resultados positivos e culminou na conclusão de que a teoria aplicada pelo STJ é a teoria concepcionista, a qual reconhece o nascituro como pessoa humana detentor de personalidade jurídica, considerando-o como sujeito de direito, capaz de ser titular do direito de reparação por danos morais.

Do exposto, o presente trabalho conclui pela possibilidade de reconhecer ao nascituro a reparação por danos extrapatrimoniais, uma vez que, sendo aplicada a teoria concepcionista, o nascituro possui personalidade jurídica desde a concepção e, portanto, possui todos os direitos da personalidade assegurados, sendo certo que, a violação de qualquer desses direitos implica na reparação pelos danos experimentados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. Disponível em <<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/QUITERIA%20ARTIGO%202011.pdf>> Acesso em 05 de nov. de 2018.

ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato. **Adoção do nascituro e a quarta era dos direitos: razões para alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil**. In: DELGADO,

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Maria Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. I.

BITTAR, Carlos Alberto. ***Curso de direito civil***. São Paulo: Forense, 1994, vol. 1.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. ***Código Civil***. Brasília, DF, 10 de jan. de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.415.727-SC, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-547-do-stj-2014,50158.html>>. Acesso em 10 de nov de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 399.028/SP, 4ª Turma, j. 26.02.2002. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931.556/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.06.2008. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6/inteiro-teor-12802310?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.487.089/SP, 4ª Turma, 23 jun 2015. Disponível em < http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 1092134/SC. 3ª Turma, j. 17 de fev. de 2019. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073911/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1092134-sc-2008-0190848-8-stj>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

DANTAS, San Tiago. ***Programa de Direito Civil***. Rio de Janeiro: Rio 3.

DINIZ, Maria Helena. ***Dicionário Jurídico***. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. ***Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil***. Vol. III. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. ***Instituições de Direito Civil***. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. ***Manual de Direito Civil***. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. ***Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil***. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. ***Curso de Direito Civil***. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REIS, Clayton. **A dignidade do nascituro**. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACÓIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SILVA, Caio Mário Pereira. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro é uma página a ser virada no direito brasileiro**. Disponível em <
www.flaviotartuce.adv.br/assets/.../201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>.
Acesso em 25 de out. de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SELETIVIDADE E CUSTEIO

Beatriz Vieira MUCHON¹⁴
Edson Freitas de OLIVEIRA¹⁵

RESUMO: A Seguridade Social é estrutura de normas que mantém hígido o Sistema Previdenciário Brasileiro. Sua observância é primordial à efetivação dos direitos sociais, cuja essência é dar concretude à dignidade humana. Especificamente, os princípios constitucionais da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, da precedência da fonte de custeio e equilíbrio financeiro e atuarial, são substanciais tanto na criação, quanto na concessão (sem previsão legal) de benefício previdenciário, para que não haja rompimento dos pilares da Seguridade Social. O trabalho trata do auxílio-doença parental, o qual concede benefício previdenciário por incapacidade reflexa, ou seja, em razão da necessidade de acompanhamento contínuo de ente familiar acometido por grave doença, o que acarretaria em severo abalo psíquico, a ponto de prejudicar e, até mesmo, impossibilitar o exercício da atividade laborativa, prejudicando o sustento família. Demonstra-se que a ausência de estudo econômico e atuarial na criação e aplicação do auxílio-doença parental ocasiona no desequilíbrio financeiro da Previdência Social, não efetivando o bem-estar social. Para compreensão do tema fixam-se premissas da Seguridade Social, sua evolução e verdadeira finalidade, bem como se conceituam os princípios pertinentes, ressaltando sua importância à sobrevivência da Previdência Social. Pondera a tese, acerca da necessidade de planejamento e da postura dos Poderes Judiciário e Legislativo, para dirimir o conflito de princípios que é indispensável para preservar os direitos sociais.

Palavras-chave: Seguridade Social. Princípios Constitucionais. Auxílio-doença parental.

ABSTRACT: Social Security is a structure of norms that maintains the Brazilian Social Security System. Its observance is fundamental to the realization of social rights, whose essence is to give concreteness to human dignity. Specifically, the constitutional principles of selectivity and distributivity in the provision of benefits and services, precedence of source of cost and financial and actuarial balance, are substantial both in the creation and in the concession (without legal provision) of social security benefits, so that disruption of the pillars of Social Security. The work deals with the parental sickness benefit, which grants social security benefit due to reflex incapacity, that is to say, due to the need for continuous monitoring of a family entity affected by a serious illness, which would cause severe psychological shock, to the point of harming and, even, preclude the exercise of labor activity, harming family support. It is demonstrated that the absence of an economic and actuarial study in the creation and application of the parental sickness

¹⁴ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Advogada. E-mail: bia_muchon@hotmail.com.

¹⁵ Bacharel em Ciências Contábeis pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Ensino”, Bacharel em Direito pela mesma Instituição, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP. Advogado e Professor titular de Direito Econômico e Empresarial - Faculdade De Direito (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo), bem como Coordenador de Pós-graduação da mesma Instituição. E-mail: edson_freitas@toledoprudente.edu.br.

aid causes in the financial imbalance of the Social Security, not effecting the social well-being. In order to understand the theme, the premises of Social Security, its evolution and its true purpose are established, as well as the relevant principles, emphasizing their importance to the survival of Social Security. It ponders the thesis about the need for planning and the position of the Judiciary and Legislative Powers to resolve the conflict of principles that is indispensable to preserve social rights.

Keywords: Social Security. Constitutional principles. Parental sickness aid.

INTRODUÇÃO

O vertente estudo, inicialmente, explanou sobre as considerações gerais acerca da Seguridade Social, dissertando sobre o impulso social que a fez surgir, bem como a respeito de sua real essência, qual seja, a efetivação do bem-estar social. Ainda, tratou da evolução dos aspectos da Seguridade Social, tanto sob a perspectiva mundial, quanto sob a pátria, evidenciando sua base constitucional de sustentação.

Posteriormente, teceu-se considerações sobre alguns princípios constitucionais que norteiam a Seguridade Social Brasileira, assim como a própria Previdência Social, elegendo aqueles que são pertinentes para a compreensão do tema abordado, quais sejam: o princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços e, também, da Precedência da Fonte de Custeio e Equilíbrio Financeiro e Atuarial.

Demonstrou-se os fundamentos de cada um dos princípios supracitados, além da relevância para a manutenção da estrutura da Seguridade Social, como também da imprescindibilidade da coesão que deve haver entre todos eles, para a estabilidade financeira da Previdência Social.

Outrossim, fora esposado a tese do auxílio-doença parental, de origem doutrinária e, sua relativa aceitação pela jurisprudência, dissertando sobre seu conceito e, em quais situações é, teoricamente, aplicável.

Neste diapasão, evidenciou-se que, apesar de seu cunho humanitário, a aprovação legislativa de sua criação, bem como, a concessão de benefício previdenciário com fundamento no auxílio-doença parental, implicaria em nefastos prejuízos ao equilíbrio da Previdência Social, afrontando os princípios constitucionais que alicerça.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL

A grande problemática social ensejada pelo impacto da industrialização advinda da Revolução Industrial, em conjunto com a mudança de concepção do homem quanto à sua preocupação em precaver-se dos riscos sociais, buscando no Estado um

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

comportamento ativo para a efetivação da justiça social e uma consequente promoção do bem-estar geral, deu azo às transformações econômicas, sociais e políticas.

Em uma perspectiva mundial, os sistemas de previdência que inspiram os modelos atuais têm como alicerce o Estado de Bem-Estar Social, na versão em que a busca para concretização do bem comum é resultado da soma da cooperação da sociedade e do Estado.

Neste viés, tanto o Estado quanto a sociedade percebem a necessidade da convergência de esforços para amparar os indivíduos (trabalhadores), no mínimo, financeiramente, perante as adversidades, cuidando dos grandes riscos sociais. Estes são acontecimentos futuros e imprevisíveis, que podem atingir toda a sociedade.

Deste modo, a Seguridade Social consiste na estrutura de políticas sociais, cujo escopo primordial é garantir a prestação de medidas de proteção social pelo Estado.

Denota-se, pelo exposto, que o conceito de Seguridade Social tem espectro bem mais amplo que a concepção de seguro social, concebida pelo Chanceler Otto Von Bismarck, instituidor do primeiro sistema de Previdência Social, no ano de 1883, assegurado pelo Estado e destinado aos trabalhadores, com caráter obrigatório, abrangendo o seguro doença e acidente do trabalho.

No entanto, o principal marco de evolução do tema se deu em 1942, com a criação do “Plano Beveridge”, que transcendeu a concepção de seguro social, propondo aos cidadãos (e não apenas aos trabalhadores) “proteção do berço ao túmulo”, originando-se, desta forma, o Sistema de Seguridade Social, que mais se assemelha com o conceito atual.

Compreendido o contexto mundial dos primórdios da Seguridade Social, segue-se analisando sua perspectiva no âmbito pátrio. Assim, introduz Castro (2014, p. 37):

A formação de um sistema de proteção social no Brasil, a exemplo do que se verificou na Europa, se deu por um lento processo de reconhecimento da necessidade de que o Estado intervenha para suprir deficiência da liberdade absoluta – postulado fundamental do liberalismo clássico – partindo do assistencialismo para o Seguro Social, e deste para a formação da Seguridade Social.

O Sistema de Seguridade Social foi introduzido no Brasil, de fato, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, de forma abrangente, adotou os parâmetros universalista, contributivo e seletivo. Ou seja, a Seguridade Social abarca a um só tempo, a saúde, assistência social e previdência social.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Sérgio Pinto Martins a conceitua da seguinte forma (2013, p. 21):

O Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, a previdência e à assistência social.

Nesta senda, denota-se a ocorrência da constitucionalização do Direito Previdenciário, de tal sorte que a previdência social foi alçada ao nível de direito fundamental, inserido dentre os direitos sociais, umbilicalmente ligado ao sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto à previdência social em específico, expõe Castro (2014, p. 56):

[...] é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortunistica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente do trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

Do texto colacionado, extrai-se que a previdência social “selecionou” os riscos sociais de mais relevância para amparar, quais sejam: a morte, a incapacidade, a reclusão, a maternidade e a aposentadoria.

Em tese, os riscos supracitados seriam os grandes males que podem ocorrer na vida de qualquer indivíduo.

Além da referida seleção, foram levados em consideração outros aspectos, tais como a economia brasileira – a fim de apontar os riscos sociais que, de fato, eram imprescindíveis tutelar – bem como quais as pessoas que precisariam ser protegidas. Esta sistematização do alcance de proteção da previdência social é realizada constitucionalmente por meio de princípios e regras.

O artigo 194, da Constituição Federal¹⁶ evidencia os objetivos estruturantes da Seguridade Social. Contudo, cumpre destacar que, além do elencado no artigo citado,

¹⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

há vários outros dispositivos constitucionais que igualmente versam sobre princípios e regras orientadores do sistema da Seguridade Social brasileira.

Destarte, no intuito de delimitar a abordagem do presente estudo, tratar-se-á, nos tópicos seguintes, essencialmente, dos princípios da Seletividade e da Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços, bem como, dos princípios da Precedência da Fonte de Custeio, do Equilíbrio Financeiro e Atuarial e da regra da contrapartida.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Inicialmente, com o escopo de enaltecer a relevância dos princípios que propiciam ao Direito Previdenciário e a todos os ramos do Direito coesão e estruturação de todo o complexo de regras e normas, traz-se a esta pesquisa o conceito de princípios formulado por Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, s.p):

[...] os princípios servem de conteúdo e sentido às normas constitucionais singularmente consideradas ou aos sistemas constitucionais dos diversos Estados, uma vez que representam as pautas axiológicas de uma sociedade política em um determinado momento de seu processo histórico. Devem ser considerados como princípios de um ordenamento jurídico todas aquelas orientações e determinações de caráter geral e fundamental que se possam inferir da estrutura sistemática, da coordenação hierárquica e da racionalidade jurídica presente em todo o sistema normativo.

Considerando tal norteamento, bem como a pertinência temática, expõe-se primeiramente sobre o princípio da Seletividade e da Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços.

Tal princípio ostenta função notoriamente limitativa, uma vez que diante do que fora explanado no tópico anterior, a Seguridade Social tem por função precípua a “cobertura” de todas as contingências que podem afetar os indivíduos, a fim de protegê-los e garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana (universalidade da cobertura), buscando pela igualdade real.

Ocorre que, essa amplitude, até por uma questão de lógica, precisa ser limitada, pois, ao considerarmos a finitude dos recursos financeiros, não seria possível tutelar de forma efetiva os beneficiários afligidos por eventos infortunisticos.

Desta forma, a Constituição Federal em seu artigo 201 seleciona os riscos sociais mais importantes e que, de fato, carecem de amparo pela Previdência Social. Vejamos:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Neste sentido, segundo Balera (2014, p. 36), a Seletividade trata-se de “rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema”.

Como é possível notar, tal princípio se destina genuinamente ao legislador, o qual se pautará neste comando constitucional na criação de normas e, de acordo com as necessidades sociais, buscará pela concretização do bem-estar social.

No que tange à Distributividade, segundo Castro (2014, p. 90), sua interpretação deve ser como princípio inserido na ordem social, com finalidade de distribuição de renda e bem-estar social, de forma que as contribuições da sociedade são reunidas em um só “caixa”, mesmo sendo incerto o retorno da integralidade.

Outro princípio que merece destaque é o da Precedência da Fonte de Custeio, o qual tem conceito preciso no próprio texto constitucional, no artigo 195, § 5º, estabelecendo que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

A finalidade deste princípio é zelar pela higidez econômica da previdência social. Deste modo, também é conhecido como regra da contrapartida, que consiste, basicamente, na lógica de que para cada benefício é necessário correspondente fonte de custeio.

Se eventualmente inexistisse o princípio em apreço, ocasionar-se-ia a “quebra” da previdência social, pois o déficit seria superior à receita, desequilibrando toda a Seguridade Social.

Verifica-se que, tais princípios, são componentes de verdadeira gama de proteções constitucionais destinados a manter o equilíbrio do Sistema Previdenciário Brasileiro.

Por fim, o princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial previsto nos artigos 40, caput e 201, caput, da Constituição Federal, estabelece que o custeio e o pagamento dos benefícios devem estar sempre equalizados e, para manter o equilíbrio financeiro, utilizar-se de estudo de dados estatísticos que apontam dados demográficos, e

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

viabilizam a apuração da quantidade necessária de recursos para garantir o pagamento dos benefícios.

Assim, tem-se todo um planejamento acerca do custeio da Previdência Social, pautando-se na simples premissa de que é gerado um fundo (ativo) com as contribuições – que são compulsórias. Este fundo é repartido de forma simples, uma vez que não há capitalização e, então, tais recursos financeiros são usados para arcar com as despesas dos segurados que gozam de algum benefício previdenciário.

Acrescenta-se que, por ditame constitucional e com objetivo de minimizar qualquer possibilidade de inviabilização de manter todo o sistema de benefícios em adversidades externas, como crise econômica, mudanças no mercado, ou quaisquer outros fatores que possam influenciar no equilíbrio financeiro, que há o princípio da Diversidade da Base de Financiamento, inserido no rol do artigo 194, inciso VI, da Constituição Federal.

Assim, conforme o explanado, percebe-se que a coordenação e observância de todos estes princípios, regras e diretrizes, trazidas pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, é indispensável para a perenidade da Previdência Social, porquanto efetiva o bem-estar social, propiciando o devido amparo aos indivíduos atingidos pelos riscos sociais relevantes.

Neste sentido, em via reflexa, qualquer inobservância deste complexo de normas pode ocasionar na “falência” do Sistema da Seguridade Social, não sendo plausível a criação de qualquer gasto ou benefício sem que seja lastreado por estudo técnico atuarial pautado em dados concretos da população, bem como uma balança da fonte de recursos.

Logo, firmado este suporte conceitual, adentra-se à tratativa da tese que vem sendo debatida nas searas doutrinária e jurisprudencial, consistente na concessão do denominado “auxílio-doença parental”, que inclusive, é objeto de inúmeras demandas judiciais¹⁷.

3 DO AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL

O auxílio-doença parental é tese desenvolvida pelo Professor Doutor Carlos Alberto Vieira de Gouveia na obra “Benefício por Incapacidade & Perícia Médica”. Este se pautou em princípios constitucionais, tais como o da Proteção à Família, da Dignidade

¹⁷ Infelizmente, embora reste demonstrada a necessidade de concessão do referido benefício, a jurisprudência tende à não concessão do benefício. Ver: Apelações Cíveis nº 0003762-82.2017.4.03.9999/SP; 0030708-91.2017.4.03.9999/SP; 0000305-49.2016.4.04.9999/RS; 0010484-76.2015.4.04.9999/SC, dentre outros. As referidas Apelações Cíveis se respaldam em mesma fundamentação: a de que há ausência de amparo legal, comprometendo o princípio da legalidade e a separação de poderes, uma vez que é vedado ao Judiciário atuar como “legislador positivo”.

da Pessoa Humana, da Isonomia, e da Solidariedade para considerar como risco social a moléstia de parentes ou dependentes. Explique-se.

O referido autor entende que, o fato de haver familiares doentes precisando de cuidados contínuos e amparo familiar, sobretudo, quando a moléstia está em estágio avançado ou ostenta gravidade, gera ao indivíduo uma incapacidade reflexa decorrente de fator externo que o impede de exercer sua atividade laborativa e de auferir renda em momento delicado e de extrema necessidade.

Ao que parece, a origem da tese ora esposada surgiu em razão dos diversos casos em que mães de crianças com câncer em fase terminal não podem/conseguem trabalhar, uma vez que precisam cuidar do filho doente constantemente, sofrendo com forte abalo sentimental e precisando de renda para sobreviver.

Deste modo, a pessoa que tem ente da família acometido por grave moléstia que precisa de constantes cuidados, hipoteticamente, pode gozar de benefício previdenciário de auxílio-doença quando, por meio de perícia médica em si e no ente familiar doente, constatar-se a gravidade da doença deste, e que aquele está inapto para o trabalho por questões psíquicas ou, simplesmente, por não poder deixar o familiar sem acompanhamento em tempo integral, por mais de 15 (quinze) dias

Demonstrados os aspectos, e comprovados os demais requisitos do auxílio-doença previstos no artigo 59, da Lei 8.213/91, quais sejam: qualidade de segurado e carência de 12 (doze) contribuições, o indivíduo pode fazer jus ao recebimento do benefício previdenciário.

Nota-se, que aludida construção doutrinária considera a situação exposta como risco social de grande relevância e que precisa de "cobertura" da Previdência Social, a fim de amparar a pessoa que sofre com circunstâncias trágicas que causam tanto sofrimento.

Assim elucida o Gouveia (2015, p. 110-111):

[...] a incapacidade para o trabalho não precisa se dar em razão de problemas físicos/mentais, pode se dar através de problemas psíquicos, **pois a doença no ente querido provoca uma incapacidade ricochete no segurado; embora a patologia coadunadora não ocorra nele, esta provoca naquele um estado de incapacidade por elemento externo, tornando-o absolutamente incapaz de conseguir desempenhar atividade que lhe garanta subsistência.** Temos que ter em mente que o seguro social público, regido pela Previdência Social no Brasil, tem como um dos esboços de concessão de pagamento da apólice, ou seja, de concessão de benefício, a incapacidade de prover o seu sustento, pois lhe falta a força laboral (por qual motivo for) e se assim o é, nada impede a concessão do aludido benefício.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Da leitura do texto colacionado se extrai que a criação doutrinária (com ascendente acolhimento de Magistrados), implica na ampliação do rol de benefícios previdenciários previstos na Lei 8.213/91, em que se passa a aceitar como requisito de concessão da benesse a incapacidade de terceiro que, por via reflexa, torna o indivíduo incapaz de desempenhar sua atividade laborativa e, conseqüentemente, de prover sua subsistência em momento delicado de sua vida.

É possível perceber que o auxílio-doença parental é benefício que visa garantir a Dignidade da Pessoa Humana ao acometido da moléstia grave; e, também, não menos que isso, por via reflexa, garantir a higidez mental daquele que acompanha o molestado. O artigo “Auxílio-Doença Parental: mito ou necessidade”, de autoria de André Luiz Moro Bittencourt (2013), contextualiza:

[...] levando-se em consideração que a dignidade humana é um direito fundamental e antes disso, um direito inerente ao humano e que “justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos que a destruição de uma implicaria à destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito”, aliado ao fato de que o direito à cobertura de um risco social pelo estado (no caso o risco social a ser coberto pelo ente previdenciário) é um direito fundamental, é que se faz necessário os enfrentamentos de tais temas para que se verifique a necessidade do Estado, na figura de sua autarquia gestora do sistema previdenciário) passe a fazer a cobertura do risco existente.

A relevância do benefício, objeto deste trabalho científico, é fartamente abordada em artigos sobre o Auxílio-Doença Parental, a exemplo do artigo “Risco Social Evidente, Cobertura Inexistente, Necessidade Urgente”, de autoria de Tais Rodrigues dos Santos, que ressalta:

Importante que os advogados lutem para conquistar o direito ao auxílio-doença parental, pois é uma necessidade urgente, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, o bem-estar da família, nitidamente protegida perante nossa Constituição Federal de 1988, um direito do segurado, razão pela qual novas decisões precisam surgir, novas ações devem ser interpostas, precisamos de mudanças, de projeto de lei, de novas jurisprudências.

Tal tese doutrinária é objeto de Projeto de Lei no âmbito do Senado, (n. 286/2014), capitaneado pela Senadora Ana Amélia, do Partido Progressista, do Estado do Rio Grande do Sul, o qual já fora, inclusive, objeto de aprovação na Comissão de Assuntos Sociais, sendo remetida à Câmara dos Deputados para aprovação.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

A criadora do Projeto de Lei pretende acrescentar a hipótese ao artigo 63-A da Lei 8.213/91, a fim de conceder auxílio-doença parental ao segurado do Regime Geral da Previdência Social que necessite acompanhar ente familiar doente. Eis os termos do dispositivo:

Art. 63-A. Será concedido auxílio-doença ao segurado por motivo de doença do cônjuge ou do companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto, madrasta, enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste da sua declaração de rendimentos, mediante comprovação por perícia médica, até o limite máximo de doze meses.

Ao analisar os fundamentos da proposta do Projeto de Lei, verifica-se que sua idealizadora se pautou no princípio da isonomia, fazendo alusão aos segurados do Regime Próprio da Previdência Social, em que é previsto na legislação a hipótese de afastamento das atividades laborais por meio de licença pautada em motivo de doença de ente familiar, prescrito no artigo 83, da Lei 8.112/90.

Notadamente, por não haver expressa disposição legal acerca do auxílio-doença parental, somente é possível discutir a tese e, conseqüentemente, obter o benefício por intermédio de ação judicial, fundamentando em princípios constitucionais e na hermenêutica. Neste sentido foi a recentíssima decisão, proferida pela 26ª Vara do Juizado Especial Federal do Distrito Federal (2018, p. 06/07):

[...] Levando-se em consideração o princípio constitucional geral da igualdade, não seria justo e isonômico a autora não ter o direito de cuidar de seu filho integralmente numa situação excepcional que coloca em risco a sua vida, diante da inexistência de regra equivalente do RPPS no RGPS, no sentido de outorga de uma licença remunerada aos segurados devido a questões de saúde de ascendentes. Os princípios constitucionais especiais relativos ao caráter solidário da previdência social e da valorização do trabalho humano, que é o principal fundamento da atividade econômica (CF/88, art. 170), também amparam a pretensão autoral, na medida em que o emprego da parte autora corre sério risco, diante das peculiaridades do caso concreto e já expostas na presente decisão.

A regra constitucional contida no artigo 227 da CF/88 não deixa margem a dúvidas de que a outorga do benefício de auxílio-doença à autora é a única fórmula de se cumprir o dever constitucional no sentido de "assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência". [...]

Processo n. 0035280-22.2018.4.01.3400. 26ª Vara do Juizado Especial Federal de Brasília-DF. Publicada em: 26/11/2018. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Em pese haverem muitos vereditos como o acima colacionado, sendo crescente o número de decisões judiciais que determinam a implantação do benefício de auxílio-doença parental, também é necessário acrescentar que, a maioria dos Magistrados rejeitam a referida tese.

Ademais, há aqueles que entendem não ser a concessão do auxílio-doença parental hipótese de extensão ou criação de novo benefício. Segundo Magalhães (2015, s.p):

Não obstante, não se trata de extensão, ou criação de um novo benefício, mas sim de interpretar afirmativamente a lei, assegurando a proteção do risco social envolvido que é a diminuição total ou parcial da capacidade laborativa do segurado.

Outros defendem que a concessão de benefício previdenciário por meio dessa tese é perfeitamente concebível, com fulcro na hermenêutica dos princípios constitucionais que o fundamentam, bem como, por meio dos critérios adotados para solucionar as antinomias, dispostos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

Ademais, também é defendido que a concessão do auxílio-doença parental não confronta a regra da contrapartida. Em síntese, Mírian Santos pondera da seguinte forma (2014, p. 99):

Assim, para concessão do benefício auxílio-doença parental, não há que se falar em violação da obrigatoriedade constitucional da preexistência do custeio, eis que não se trata de criação de um novo benefício, pois estamos tratando de um benefício existente, qual seja, o auxílio-doença. Igualmente, não se pode cogitar também, que se trata majoração do benefício, eis que apenas reconhece o fator incapacitante de ordem emocional (psíquica), moral e social. Portanto, a concessão do auxílio-doença parental não fere a “regra da contrapartida”, sendo, desta forma, a mesma base de custeio do auxílio-doença, por se tratar do mesmo benefício que tem como fato gerador a incapacidade do segurado.

De acordo com o exposto, evidencia-se que a tese do auxílio-doença parental tem fundamentação humanística, buscando tutelar mais uma situação de fato, qual seja a dificuldade financeira e estável das pessoas. No entanto, apesar da nobreza das razões, é possível verificar que não há amparo lógico e/ou jurídico substancial para seu estabelecimento, conforme se demonstrará no próximo tópico.

4 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍGENO-ECONÔMICAS DO AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL

Nos termos da exposição do tópico inaugural, tem-se que a finalidade precípua do Sistema da Seguridade Social é, em termos gerais, alcançar a justiça e o

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

bem-estar social. Deste modo, há um emaranhado de regras e princípios que asseguram a sustentação e sobrevivência da Seguridade Social pátria.

Neste sentido, evidente que não é possível atingir o ideal do bem-estar da sociedade, por meio da tutela dos riscos sociais, se houver um desequilíbrio na estrutura da Seguridade Social. O que o senso comum entende por Justiça, no mais das vezes, não o é.

Assim, é plausível conceber que a concessão do auxílio-doença parental afronta sobremaneira todo o complexo de suporte de normas que regem a Seguridade Social e, especificamente, a própria Previdência Social.

A carga principiológica que lastreia a tese do auxílio-doença parental, tanto no Projeto de Lei, quanto nas demandas judiciais, é densa e benevolente, mas sem planejamento. Poder amparar uma família que passa por situação difícil e de sofrimento, concedendo-lhe meios para sustentar-se em momento de abalo psicológico é, de fato, humano.

No entanto, denota-se que o almejado pelos idealizadores da tese em apreço, pretendem uma interpretação ampliada de normas e princípios norteadores da Seguridade e Previdência Social, de tal sorte que se acaba por criar um risco social, o que não é admissível na seara previdenciária, estando fadado a inconstitucionalidade material.

O auxílio-doença parental é inconsequente e prematuro, tendo em vista que não fora realizado o indispensável para sua criação, ou seja, um estudo financeiro e atuarial, com base em projeções e dados estatísticos que viabilizem sua aprovação pelo Poder Legislativo e sua consequente concessão pelo Poder Judiciário.

Pelo princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços, pressupõe-se que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessita, razão pela qual a seguridade social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços, conforme afirma Castro (2005, s.p), o que não é observado pelo auxílio-doença parental, é que constitui um benefício que, em verdade, se destina para terceiro, no qual, na realidade, não foi atingindo por evento infortunistico, o que impede a efetivação da igualdade real.

Além disso, pelo princípio da Precedência da Fonte de Custeio há expressa vedação constitucional de estender benefício previdenciário, que é o cerne do auxílio-doença parental.

Neste viés, a concessão por meio de decisão judicial ou aprovação do auxílio-doença parental, sem embasamento em estudo econômico e atuarial, bem como a falta de realização de análise do balanço financeiro da Previdência Social, fere o

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

princípio supramencionado e, conseqüentemente, ocasiona no colapso da Previdência Social em futuro próximo.

Reflexamente, há a ofensa ao Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, por gerar descontrole e instabilidade nos cofres da Previdência Social, conforme expõe Ajouz (2016, p. 109):

Não se é de admitir, nesta esteira, que o Poder Judiciário, diante da suposta lacuna na legislação previdenciária, pretenda reinventar o quadro de benefícios previdenciários do RGPS. Embora amparado pelos valores da justiça e da dignidade, o ativismo judicial, exercido em demandas individuais, pode ter elevada nocividade, desequilibrando a ordem constitucional e a estabilidade interinstitucional. Sob a perspectiva coletiva, toda a trama previdenciária pode ter a sua higidez financeira e atuarial arruinada, dada a falta de planejamento da expansão de cobertura.

O auxílio-doença previsto na Lei 8.212/91 é destinado ao próprio segurado, que se encontra temporariamente incapaz para o exercício de suas atividades laborais, não ao seu dependente. Para este há benefícios específicos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Não cabe ao Poder Judiciário, calcado em critérios impessoais, racionais e objetivos, suprir antinomia que, de fato, não existe. Tal comportamento, acarreta, em curto tempo, na verdadeira quebra da Previdência Social.

É irracional prejudicar todo o arcabouço de normas que sustentam a regularidade da Previdência Social, sem planejamento técnico, capaz de cancelar a viabilidade da criação de um benefício previdenciário. Não se pode, em favor de alguns, gerar o colapso de todos os demais indivíduos amparados pela Seguridade Social.

O posicionamento do Poder Judiciário, de modo a confrontar os princípios previdenciários, seria uma aplicação negativa e desnecessária do ativismo judicial, que já consiste, no mais da vezes, em uma patologia constitucional, conforme aponta Teixeira (2012, s.p).

Ante o exposto, verifica-se apenas algumas das diversas razões para a não aprovação do Projeto de Lei que prevê a criação do auxílio-doença parental, bem como a reprovação das decisões judiciais que o concedem sem a devida previsão legal, e em nítido confronto dos princípios da Seguridade e Previdência Social.

CONCLUSÃO

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Consoante as abordagens feitas na presente pesquisa, conclui-se que, de fato a tese do auxílio-doença parental é fundamentada em questões importantes, procurando resguardar aqueles que atravessam complicada situação e que, na maioria dos casos, estão abalados para trabalhar e prover sua subsistência, tendo em vista a necessidade de acompanhamento do ente familiar doente.

Evidentemente, todo este cenário leva à dedução de que tais pessoas precisam da tutela estatal, para que seja feita justiça social e efetivada a dignidade da pessoa humana.

Todavia, apesar da relevância de tais princípios constitucionais, não se pode desconsiderar os demais princípios existentes na Constituição Federal, sobretudo aqueles que guiam a sustentação do Sistema da Seguridade Social no Brasil.

Ressalta-se que os princípios da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, precedência da fonte de custeio e equilíbrio financeiro e atuarial, não “apenas” norteadores da Previdência Social, uma vez que possuem salutar função de perpetuar a sobrevivência daquela.

Nesta toada, a inobservância dos mencionados princípios acarreta, sem dúvida, no colapso da Previdência Social. E, desta forma, a ausência de um sistema que proporcione o amparo dos indivíduos atingidos pelos riscos sociais, é que resultaria na ofensa da dignidade da pessoa humana, bem como na efetivação da justiça social, implicando na desigualdade real.

Ademais, conclui-se ser essencial para criação de benefício previdenciário, em específico, o auxílio-doença parental, a realização de estudo técnico econômico e atuarial, com análise minuciosa de dados demográficos e cálculos, com o fito de assegurar que a concessão de tal benefício não abalará o “caixa” da Previdência Social, prejudicando a população como um todo.

Ainda, considerou-se que, atualmente, há inúmeras demandas sendo ajuizados no Poder Judiciário, com a finalidade de obter benefício previdenciário, baseado na tese do auxílio-doença parental, no risco social que representa um familiar doente que necessidade de cuidados integrais, além da incapacidade por fator externo.

Destarte, conclui-se que o Poder Judiciário não pode avançar sobre a competência do Poder Legislativo, para conceder benefício sem lastro em previsão legal. Tal postura é insensata e, por mais das vezes, não observa as consequências que uma decisão neste sentido acarretaria, em curto prazo, na instabilidade e higidez do Sistema Previdenciário brasileiro.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJOUZ, I.; LUZ, K. C.. **Auxílio-doença parental: sobre a inviabilidade de concessão do benefício sem a observância de critérios constitucionais.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 28, p. 195-214, 2017.

BALERA, Wagner. **Direito previdenciário.** 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Synthesis, vol. 5, 2012.

BITTENCOURT, André. **Auxílio-doença parental: mito ou necessidade?** 2013. Disponível em: <http://professorandrebittencourt.blogspot.com.br/2013/08/auxilio-doenca-parental-mito-ou.html>. Acesso em 27.06.2017, às 18h20min.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 11 de dezembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 16 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **O Estado do bem-estar social além do regime geral e dos regimes próprios de previdência: benefícios especiais ou benefícios de legislação especial.** Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Roberto_Demo.html. Acesso em 28.06.2017, às 19h24min.

DUARTE, Marina Vasques. **Beneficiários: segurados e dependentes do RGPS.** Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre. 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em 28.06.2017, às 15h30min.

FILON, Solange Teixeira Carrilho. **Auxílio-doença parental relevância - conhecer para difundir. In: Âmbito Jurídico.** Rio Grande. 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17465. Acesso em 28.06.2017, às 18h30min.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Benefício por incapacidade & perícia médica.** 2. ed. Curitiba. Juruá, 2015.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE BRASÍLIA-DF. 26ª Vara. Processo n. 0035280-22.2018.4.01.3400. Juiz Federal: Márcio Barbosa Maia. Publicada em 26/11/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/previsao-lei-justica-concede-auxilio.pdf>. Acesso em: 09.02.2017, às 14h00min.

LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. **Direito previdenciário: custeio e benefícios**. São Paulo: Rideel, 2009.

MAGALHÃES, Andressa Chaves. **Auxílio doença parental**. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15282. Acesso em 26.06.2017, às 17h00min.

MARQUES, Deisi Machini. **A proteção parental no direito do trabalho à luz da ética e da proteção da dignidade integral da pessoa humana**. Dissertação de mestrado. Franca: UNESP, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Danusa Espindola de. SITTA, Eduardo Brol. **Breves considerações sobre os Benefícios por Incapacidade do Regime Geral de Previdência Social na perspectiva dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre. n. 32. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/morais_e_sitta.html. Acesso em 28.06.2017, às 19h30min.

MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012. Acesso em 28.06.2017, às 19h30min.

SANTOS, Mirian Andrade. **Auxílio-doença parental no campo dos direitos humanos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Osasco: UNIFIEO. 2014. Disponível em: http://www.unifio.br/pdfs/marketing/dissertacoes_mestrado_2014/MIRIAN%20ANDRADE%20SANTOS.pdf. Acesso em 30.06.2017, às 16h10min.

SANTOS, Taís Rodrigues dos. **Auxílio-Doença Parental: Risco Social Evidente, Cobertura Inexistente, Necessidade Urgente!!!**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26123222_AUXILIO_DOENCA_PARENTAL_RISCO_SOCIAL_EVIDENTE_COBERTURA_INEXISTENTE_NECESSIDADE_URGENTE.aspx. Acesso em: 25.06.2017, às 20h00min.

SOUZA, Felipe Broering de. **Auxílio-doença parental: análise do projeto de lei do senado (PLS) n. 286/14**. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27146278_AUXILIO_DOENCA_PARENTAL_ANALISE_DO_PROJETO_DE_LEI_DO_SENADO_PLS_N_286_14.aspx. Acesso em 29.06.2017, às 14h39min.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social: custeio da seguridade social, previdência social, saúde, assistência social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A IMPORTÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS PARA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Guilherme Streit CARRARO¹
Jefferson Aparecido DIAS²

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar a importância das políticas públicas municipais na preservação do patrimônio histórico, em especial após a Constituição de 1988. Inicialmente, serão analisadas as políticas públicas e a necessidade de elas serem construídas a partir da população. Em seguida, o texto se dedica a analisar os preceitos constitucionais e legislativos de proteção ao patrimônio histórico e, por fim, são analisadas as características necessárias para que as políticas públicas municipais possam garantir a preservação do patrimônio histórico. Conclui-se que a construção de políticas capazes de garantir a preservação de patrimônio cultural é fundamental para a garantia da historicidade de locais e comunidades. O método aplicado foi o dedutivo e o procedimento, o analítico, a partir de pesquisa fundamentalmente bibliográfica.

Palavras-chave: Município. Política. História. Constituição.

ABSTRACT:The aim of this paper is to analyze the importance of the municipal public policies in the preservation of the historical patrimony, especially after the Constitution of 1988. Initially, the public policies will be analyzed and the necessity of them to be constructed from the population. Afterwards, the text is devoted to analyzing the constitutional and legislative precepts of protection to historical patrimony and, finally, the necessary characteristics are analyzed so that the municipal public policies can guarantee the preservation of historical patrimony. It is concluded that the construction of policies capable of guaranteeing the preservation of cultural heritage is fundamental for guaranteeing the historicity of places and communities. The method applied was the deductive and the procedure, the analytical, from a fundamentally bibliographical research.

Keywords: Municipality. Policy. History. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar qual a importância das políticas públicas municipais para a preservação do patrimônio histórico, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988, marco temporal que delimita a temática no tempo e no espaço. O estudo do tema se justifica em razão de a

¹ Mestrando em Direito na Universidade Marília – UNIMAR. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: gscarraro@hotmail.com.

² Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha. Procurador da República do Ministério Público Federal em Marília e Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. E-mail: jeffersondias@unimar.br

globalização ter feito com que as políticas públicas urbanas fossem transformadas ao longo do século passado, alterando a gestão nas políticas voltadas ao planejamento urbano, bem como de ações para o seu desenvolvimento.

Objetiva-se, assim, demonstrar a importância das políticas públicas municipais que preservem a historicidade do País e que garantam que seja preservado o seu patrimônio. Afinal, aumenta-se a importância de que haja coordenação entre os atores sociais, em especial dos entes federados, para consecução dos seus objetivos, sendo que a preservação histórica é uma questão de identidade cultural.

No desenvolvimento desta pesquisa, de natureza bibliográfica, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico. Afinal, a abordagem do tema parte de uma generalidade e finda em casos específicos. Ademais, analisa-se o procedimento de implementação e fomento de políticas públicas municipais voltadas para o fim de preservação cultural. No que tange à técnica de pesquisa, vale-se da documentação indireta, utilizando-se referências bibliográficas publicadas em documentos científicos, como obras doutrinárias, teses, dissertações, artigos, periódicos, revistas e assemelhados, eis que são a base teórica de construção.

O trabalho está dividido em três partes; de início, aborda as políticas públicas e sua importância como mecanismo de fomento para as instituições, justamente em razão de serem meios para proteger e tornar efetivos direitos e garantias fundamentais.

Na sequência, analisa-se a importância da preservação histórica no município e sua incidência legislativa. Nesse sentido, conservar o patrimônio histórico urbano e reabilitá-lo, assume hoje papel fundamental, por isso as políticas públicas de corresponsabilidade social são imprescindíveis, justamente para permitir uma gestão compartilhada.

Isso ocorre porque, com a Constituição de 1988, o município ganha importância na Federação e, na prática, é o ator que melhor executa a proteção do patrimônio histórico, permitindo aos setores institucionais garantir as políticas de preservação histórica, seu fomento e sua execução. Para tanto, deve-se considerar e traçar como se quer esse atuar e, por isso, a importância dos atores sociais.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO POPULAR

O desenvolvimento do Estado é proporcional à rede de proteção e garantias fundamentais que foram sendo estabelecidas ao longo do tempo. Sua evolução se dá nesse passo. Ademais, a necessidade de garantir e reconhecer direitos básicos é anseio social que advém e se confunde com o surgimento do Estado. Nesse sentido, os Estados

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Constitucionais se fundamentam na legalidade, em texto fundamental (constitucional), divisão de poderes, direitos pétreos, soberania popular, entre outros, sendo que uma das urgências desse modelo é criar mecanismos que permitam que sejam atendidos os fins estabelecidos de Estado.

Logo, o Estado moderno se orienta pela Constitui o (norma fundamental), que oferece os fundamentos e a estrutura do mesmo, legitimando a produ o de um ordenamento jurídico que o organiza e que define sua estrutura, forma de governo, o papel de cada indivíduo e regras de conduta. As políticas públicas, desse jeito, devem ser implementadas nos exatos moldes da lei, sob pena de ferir o Estado de Direito (AITH, 2006).

As políticas públicas se tornam instrumentos eficientes na consecui o dos direitos e garantias fundamentais, de modo que seu estudo vem recebendo espaço por parte de teóricos da ciência política, social e jurídica. Assim, inicia-se o trabalho por esse ponto para que se embasem as demais considera es. As razões do interesse pela temática decorrem da crescente escala de interven o Estatal, da complexidade governamental e da análise feita, especialmente do campo acad mico, dos resultados das estruturas e institui es (SCHIMIDT, 2008).

Antes de avançar no tema, contudo, importante esclarecer que, para o presente trabalho, por política pública se entende,

[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, 'colocar o governo em a o' e/ou analisar essa a o (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo dessas a es (variáveis dependentes). A formula o de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e a es que produziram resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p. 26).

O conceito de política pública tem significados variados, sendo que a doutrina inglesa estabeleceu tr s dimensões de política: a *polity*, a *politics* e a *policy*, que compreendem, respectivamente, a dimensão da política, a processual e a material. A primeira dimensão trata das institui es políticas e questões administrativas. A segunda compreende os processos que compõem a dinâmica política e da compreensão de poder. E, por fim, a terceira abrange os conteúdos concretos das políticas públicas (SCHIMIDT, 2008).

No âmbito administrativo, compete às institui es governamentais promoverem a fomenta o da participa o popular nas políticas públicas, justamente

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

para que se possam alcançar os objetivos de uma gestão compartilhada, pois permite uma ação mais qualificada, garantindo um melhor impacto nas decisões referentes às políticas. Por isso, a análise das políticas públicas jamais poderá ser feita de modo fragmentado e isolado, devendo sempre ser realizada em determinado contexto social (SCHIMIDT, 2008).

Independentemente de qual o nível de governo do qual advém a política pública, ela deve sempre estar amparada na lei e almejar um interesse público, com ênfase nos direitos humanos, pois esse é dos primados do Estado Democrático de Direito. O sujeito ativo da política pública é sempre o Estado, seja pela administração direta ou indireta, devendo estar devidamente previstos a elaboração, planejamento, execução e financiamento em instrumentos normativos. Porém, cada vez mais tem-se admitido a participação da sociedade e de outros governos na implementação delas (AITH, 2006).

Com a crescente participação da sociedade, a qual se dá na segunda dimensão da política, torna-se salutar o estudo acerca dos seus limites, bem como dos Estados, sendo necessária a diferenciação entre políticas públicas de Estado e de governo. Nesse sentido, quando a política pública visa à consolidação dos interesses do Estado Democrático de Direito, da soberania nacional e da ordem pública, ela será considerada como de Estado, ao passo que, quando ela visar à promoção ou à proteção dos direitos humanos previstos na Constituição, pode-se dizer que ela é de governo (AITH, 2006).

As políticas públicas de Estado são aquelas que não podem ser delegadas ou terceirizadas a entes privados em qualquer fase que estiver (atividade essencial), por outro lado, a política pública de governo é aquela que pode sofrer tais delegações, bem como sofrer quebra de continuidade, a qual, porém, deverá observar a impossibilidade de retrocesso social.

O processo de formulação de políticas é dinâmico e pode ser dividido em fases, como discussão, aprovação e implementação, nas quais atuam diferentes atores. A formulação de políticas é um processo de negociação e troca entre os atores políticos, sendo que os padrões interativos vão depender do grau de preferências, incentivos e restrições, os quais são denominados de equilíbrios (STEIN, et. al., 2007). Para Schimidt (2008), as fases no ciclo das políticas públicas podem ser identificadas da seguinte maneira: a percepção e definição de problemas, a inserção na agenda política, a formulação, a implementação e a avaliação. Ora, o que se tem é que as políticas públicas vão ser formuladas a partir de um desencadear de atos, de um procedimento, que representa a terceira dimensão da política pública.

Os atores sociais têm papel fundamental na elaboração, execução e avaliação dos ciclos das políticas públicas, ainda mais no caso presente, que é escolher quais patrimônios históricos representam uma ideologia social e merecem investimento e preservação por parte do ente público. Os atores da sociedade civil são considerados

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

informais e podem ser classificados em empresas, meios de comunicação, sindicatos, movimentos sociais, acadêmicos e especialistas ou “atores do conhecimento” (STEIN, et. al., 2007, p. 91).

O ciclo das políticas públicas deve ser pensado e estruturado para que a participação de tais atores sociais seja efetiva, especialmente na fase de avaliação, por ser necessária justamente em razão da complexidade do processo e para garantir a sua continuidade, impedindo que ela seja apenas uma escolha de governo e visando o atendimento de um anseio social e a concretização de um direito (BUCCI, 2006).

Como elementos comuns e que pautam o estudo da política pública, estão:

- * Políticas Públicas devem distinguir entre o que o governo *pretende fazer*, e aquilo que, *de fato, ele realmente faz*; que a omissão governamental é tão relevante quanto a ação;
- * Políticas Públicas, no plano do ideal, envolvem todos os níveis de governo, e *não estão restritas a atores formais* – em verdade, atores informais podem se revelar extremamente importantes;
- * Políticas Públicas é um tema que invade a ação governamental, e não estão limitadas à legislação, ordens executivas, regras e regulação – portanto, aos instrumentos formais desse agir do poder;
- * Políticas Públicas envolvem um *curso de ação intencional*, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo;
- * Políticas Públicas envolvem um processo em desenvolvimento; elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou projeto, mas também as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação (VALLE, 2009, p. 36).

A partir dessas premissas é possível concluir que as políticas públicas devem ser eficientes, com debate público e inclusão dos atores sociais, sob o risco de seus objetivos não serem alcançados.

Delimitar, executar e avaliar o programa de uma política pública se torna fundamental e faz parte do exercício da democracia, garantindo que ela “não está a serviço da sociedade ou dos indivíduos, mas dos seres humanos como sujeitos, isto é, criadores de si mesmos, de sua vida individual e coletiva” (SPENGLER, 2010, p. 235).

Cabe frisar que os princípios que regem a administração pública devem ser respeitados pelas políticas públicas, seja de governo ou de Estado. Para garantir essa observância, elas serão fiscalizadas pelo Tribunal de Contas competente, pela sociedade e pelo Ministério Público, o que também deverá ocorrer com as políticas públicas que visam a preservação do patrimônio histórico, a fim de garantir a sua execução (AITH, 2006).

Nesse sentido, importante destacar que as políticas de preservação do patrimônio surgiram, no Brasil, a partir dos anos 70 do século passado, em razão da alteração das funções e usos culturais e sociais na gestão do patrimônio. Com isso, os Estados e Municípios passaram a se ocupar das políticas de preservação, com a elaboração de leis e institutos que buscam a gestão do patrimônio histórico e artístico de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

seus espaços territoriais, justamente por serem os entes mais próximos dos atores sociais.

Assim, após compreender o sistema de políticas públicas, o seu ciclo e conceito, passa-se a estudar o patrimônio histórico municipal, sua incidência legislativa e importância, para que se possa, ao final, estabelecer como o município pode assumir o papel fundamental no processo que garante não só a preservação histórica formal, mas sua realidade ideológica, com a escolha democrática do que seja importante para a sociedade.

3 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO MUNICIPAL: INCIDÊNCIA LEGISLATIVA E IMPORTÂNCIA

A preservação do patrimônio não é tema recente, mas vem ganhando espaço nos debates nos últimos anos, pois representa o conjunto de valores e bens de uma nação, permitindo conhecê-la, especialmente em sua origem (CANANI, 2005).

Nesse sentido, o patrimônio³ é um lembrete de uma história, sendo assim,

[...] o patrimônio cultural edificado pode ser pensado enquanto suporte da memória social, ou seja, os edifícios e áreas urbanas de valor patrimonial podem ser tomados como um ponto de apoio da construção da memória social; como um estímulo externo que ajuda a reativar e reavivar certos traços da memória coletiva em uma formação sócio-territorial (MESENTIER, 2005, p. 168).

Assim, os monumentos históricos que representam um patrimônio a ser preservado, constituem-se por um bem que é escolhido em razão de sua concentração cultural e que comunica um fragmento histórico de uma cidade, assim, comunicam “uma perspectiva ideológica, ou seja, tendo em vista um desenvolvimento coerente com as premissas dadas. [...] sem esses pontos de concentração e irradiação cultural, não é concebível, até hoje, nenhuma forma de organização do ambiente” (ARGAN, 1992, p. 244).

³ Estão excluídos do patrimônio histórico: “Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

- 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;
- 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.” (BRASIL, 1937, s. p.).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A globalização e seus excessos, como a especulação e o crescimento desenfreado das cidades, acabam por exigir novos debates sobre a preservação ou não dos monumentos históricos, que agregam os valores sociais e garantem o pertencimento dos atores sociais de uma comunidade.

A preocupação internacional com a proteção do patrimônio cultural tem sua origem em 1931, com a Carta de Atenas, aprovada em reunião da Sociedade das Nações, a qual deu origem à Organização das Nações Unidas – ONU. Essa Carta tinha preocupação com a degradação de monumentos históricos, artísticos e científicos, e com a recuperação e reconstituição de bens importantes para a humanidade, com a sugestão de políticas de salvaguarda e preservação. Reuniões posteriores (1933, 1956, 1962, 1964) passaram a dispor de recomendações e táticas direcionadas à proteção de patrimônios arqueológicos, prédios históricos, entre outros.

Marco importante na preocupação com o patrimônio cultural foi a criação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em 16 de novembro de 1945, a partir do que nasceu a “ideia de que havia um patrimônio cultural a ser preservado, e que incluía não apenas a história e a arte de cada país, mas o conjunto de realizações humanas em suas mais diversas expressões. A noção de cultura incluía hábitos, costumes, tradições, crenças [...]” (ABREU, 2009. p. 37). Assim, passa-se a ter um olhar sobre a humanidade em sua unidade cultural e histórica. Além disso, as recomendações da Unesco devem ser seguidas pelos países membros, o que amplia a sua importância no tema.

Posteriormente, a Carta de Veneza, assinada em maio de 1964, difundiu mundialmente o conceito de monumento histórico, que reúne, não só as criações arquitetônicas isoladamente, mas os sítios, urbanos ou rurais, nos quais sejam patentes os testemunhos de uma civilização particular, de uma fase significativa da evolução ou do progresso, ou algum acontecimento histórico, conforme o artigo 1º da referida Carta.

A Unesco, em 1989, fez uma Recomendação sobre Salvaguarda da Cultura Popular e Tradicional, reconhecendo “a natureza específica e a importância da cultura tradicional popular como parte integrante do patrimônio cultural e da cultura viva” (UNESCO, 1989, p.01).

No Brasil, o debate sobre a necessidade de preservação do patrimônio histórico surgiu no governo de Getúlio Vargas, a partir de um projeto de lei redigido por Mário de Andrade, em 1936, o qual definiu o patrimônio como sendo “todas as obras de arte pura ou aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos e a organismos sociais e a particulares nacionais, a particulares estrangeiros, residentes no Brasil” (CANANI, 2005).

Assim, a preservação e proteção do acervo do patrimônio histórico no Brasil não é recente e vem sofrendo profundas transformações:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A preocupação com a preservação de uma herança para as futuras gerações, inicialmente delineada no projeto de Mário de Andrade, tem originado uma série de leis, que, no seu conjunto, se complementam. O decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, organizou o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan), que define o patrimônio como sendo: “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (CANANI, 2005, p. 170).

O SPHAN foi criado em 1937, sob a direção de Rodrigo Melo Franco de Andrade e, em 1938, tombou seis conjuntos no estado de Minas Gerais, sendo que em pouco tempo promoveu o tombamento de outros conjuntos arquitetônicos e urbanísticos protegidos em todo o País. Em 1946, por meio do Decreto-Lei nº 8.534, foi transformado em DPHAN - Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN, 2006) e, posteriormente, transformado em IPHAN - Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional⁴.

O IPHAN é o órgão responsável, em âmbito federal, pela identificação e tombamento do patrimônio histórico, cultural e artístico, atividade que desempenha simultaneamente com órgãos estaduais e municipais. Além disso, importante reconhecer que a conservação do patrimônio histórico engloba uma coletividade e que esta deve estar inserida no contexto social para concretizar o seu fim.

Apesar dessa aparente evolução da preservação do patrimônio histórico no Brasil, as ações governamentais sofreram um abalo nos anos 90 do século passado⁵, em razão da difusa e fragmentada política pública adotada. Essa situação tentou ser revertida pelo IPHAN, com a criação do Sistema Nacional de Patrimônio Cultural (SNPC), cujo objetivo principal é permitir a gestão compartilhada do patrimônio cultural brasileiro.

Tal Sistema teve a sua implantação iniciada entre 2010 e 2011, quando o IPHAN coordenou a elaboração de Planos de Ação para Cidades Históricas, bem como incentivou a criação da Associação Brasileira de Cidades Históricas (ABCH). Essas

⁴ O Iphan dispõe de 27 Superintendências (uma em cada Unidade Federativa), 27 Escritórios Técnicos e quatro Unidades Especiais – sendo três delas no Rio de Janeiro (Sítio Roberto Burle Marx, Paço Imperial e Centro Nacional do Folclore e Cultura Popular) e uma em Brasília (Centro Nacional de Arqueologia). A Administração Central funciona em dois endereços: no Iphan Sede em Brasília (DF) e no Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro (RJ). Informação disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/214>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁵ Importa colacionar informação do site do IPEA: “Nesta década, a despeito de todas limitações, importantes ações de requalificação urbana foram realizadas em 26 conjuntos urbanos pelo Programa Monumenta, além de ações voltadas para o fortalecimento institucional de parceiros governamentais com a implantação de Fundos Municipais de Preservação, promoção de atividades econômicas e o financiamento de imóveis privados, ações inovadoras e de grande impacto”. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1104:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 06 jun. 2017.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

bases estão sendo consolidadas e subsidiadas para que se tenha um instrumento de política pública para o patrimônio cultural brasileiro.

Estas articulações fazem parte de uma política pública transversal, cujos os envolvidos são os Ministérios da Cultura, Cidades, Educação e do Turismo, BNDES, Banco do Nordeste, CAIXA, além de outras agências e parceiros federais. Além disso, a integração federativa para a preservação do patrimônio cultural também esteve presente do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC). Tais ações, com a participação da sociedade civil, garantem a promoção de preservação histórica.

Essa preocupação com a preservação do patrimônio histórico consta expressamente da Constituição de 1988 que, em seu art. 216, estabeleceu que:

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I) as formas de expressão; II) os modos de criar, fazer e viver; III) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações culturais; V) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Posteriormente, em 2012, a Emenda nº 71 incluiu no texto da Constituição de 1988 o art. 216-A, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura (SNC), planejado e organizado visando a “gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais” (BRASIL, 2012).

O SNC é uma política nacional inserida no Plano Nacional de Cultura (PNC) e que está assentado, dentre outros, nos princípios de diversidade das expressões culturais, universalização dos bens e serviços culturais, difusão dos conhecimentos culturais, a cooperação dos entes para a consecução desses fins, a integração e interação de projetos que permitam essa modelagem. Ele também se baseia na transversalidade das políticas culturais e na autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil, no intuito de garantir transparência e compartilhamento das informações, democratização dos processos decisórios com participação e controle social, bem como a descentralização e ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

A fim de cumprir os seus objetivos, o SNC foi concebido, no âmbito federal, com a seguinte estrutura: órgãos gestores da cultura, conselhos de política cultural, conferências de cultura, comissões intergestores, planos de cultura, sistemas de

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

financiamento à cultura, sistemas de informações e indicadores culturais, programas de formação na área da cultura e sistemas setoriais de cultura. Além disso, restou previsto que lei federal, ainda não aprovada⁶, estabelecerá a regulamentação do SNC, bem como os meios de realizar sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo.

Atualmente, o SNC já conta com a adesão de 2.624 municípios brasileiros, além do Distrito Federal, o que representa 47,1% do total (BRASIL, 2018).

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Ao longo do trabalho, afirma-se que o Município é o que melhor atende demandas locais e em especial a partir da Constituição de 1988, que atribui importância nunca antes deferida aos municípios. Nesse sentido,

Com a Carta Política de 1988, mostrou-se claramente o viés e o ideário que prelecionava uma nova visão de país. Visão essa pautada na instrumentalização da participação social na seara do desenvolvimento econômico e sustentável e na descentralização do poder. Nunca, na história nacional se tinha dado tanto poder ao ente municipal para construir e implementar políticas públicas de inclusão social, como a Carta de 1988 lhe tem dado (HERMANY; COSTA, 2009, p. 362).

Essa maior relevância constitucional aos municípios, se deve, em grande medida, à adoção do princípio da subsidiariedade, segundo o qual

(...) o exercício das responsabilidades públicas incumbe às autoridades mais próximas dos cidadãos, a menos que a amplitude e a natureza da tarefa, bem como exigências de eficácia e autonomia imponham a respectiva atribuição a uma outra entidade (MARTINS, 2003, p. 462).

Essa proximidade do município dos atores sociais permite que eles deixem de ser concebidos como meros destinatários de políticas públicas e passem a ser inseridos nas ações da esfera local, “a partir de um amplo processo de engajamento dos

⁶ O Projeto de Lei nº 4.271/2016 pretende promover a regulamentação do SNC. PL 4271/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076622>. Acesso em: 29/09/2018.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

atores sociais, numa relação dialética entre Estado e sociedade que permita a consolidação da uma cidadania governante” (HERMANY, 2007, p. 297).

O Estado Democrático precisa perfectibilizar a legitimidade da Administração Pública, interagindo e promovendo modificações que viabilizem articulações para interlocução social. Sendo assim, o princípio da subsidiariedade permite uma aproximação dos grupos sociais. Corroborando esse entendimento, Krell (2008, p. 45) afirma que a subsidiariedade “jaz no postulado de que as decisões político-administrativas devem ser tomadas no mais baixo nível de governo possível, o que implica ajuda e cooperação”.

Desse modo, a subsidiariedade se torna incompatível com a administração centralizada, pois sua aplicação depende “que os poderes sejam exercidos pelo nível mais próximo dos cidadãos que se justifique atendendo a determinadas exigências” (MARTINS, 2003, p. 445), e que isso só não ocorra se não puder ser exercida a tarefa ou se for extremamente onerosa.

Além da proximidade entre os entes, faz-se necessário o incentivo para que se possa ter uma maior participação, desburocratizando o sistema, pois “a relação entre entidades que a subsidiariedade implica é sempre uma relação de não dominação, de não controle, de não ingerência, insusceptível de controle administrativo” (MARTINS, 2003, p. 445).

No espaço local é mais fácil identificar os problemas sociais e encontrar soluções para eles, pois nele

(...) o indivíduo não é um ser abstrato, mas concreto, onde aparece como cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direto na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional (BARACHO, 1996, p. 51).

Na identificação dos problemas e busca de soluções, o município deve incentivar o corpo social a atuar na busca pelos seus direitos e interesses, deixando o Poder Público de atuar como “substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos, capazes de corresponder ao interesse geral” (BARACHO, 1996, p. 65).

É necessário, para tanto, evitar a burocratização e garantir uma cidadania ativa, que satisfará o interesse geral e ampliará o desenvolvimento, acrescentando na participação da sociedade. Logo, o que se tem é uma nova maneira de estruturar o espaço público e social, articulando o controle e as decisões sociais, especialmente em relação às políticas públicas:

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Isto faz com que as atividades e serviços administrativos selecionados pelas políticas públicas sejam executados de maneira diversa, pensando mais no coletivo do que no individual. Isso não quer dizer que a satisfação dos direitos subjetivos fundamentais não seja respeitada ou a necessidade individual não seja contemplada; ao contrário, além desses, o Estado preocupa-se com atender aos reclamos da sociedade como um todo (LIBERATI, 2012, p. 49).

A participação dos cidadãos é garantida nos espaços públicos locais e fortalecida porque sua incidência torna as escolhas sociais pautadas por decisão coletiva, sendo esse o pressuposto a ser garantido na preservação do patrimônio histórico, pois “criar capital social não é fácil, mas é fundamental para fazer a democracia funcionar” (PUTNAM, 1996, p. 194).

Assim, a participação popular na construção de políticas públicas é essencial e tem como objetivo reforçar o exercício da democracia, “aproximando e autonomizando o autor e sujeito das decisões, além de localizá-las em formas novas de organização e de exercício dos interesses sociais, tais como as organizações não governamentais” (SPENGLER, 2010, p. 235).

Uma das principais formas do município preservar o patrimônio histórico é por meio do estabelecimento de uma política de desenvolvimento urbano, a qual, segundo o art. 182 da Constituição, “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” e, como instrumento básico, o plano diretor.

Nesse sentido, ao criar o seu plano diretor e estabelecer a sua política de desenvolvimento urbano, o município deve estar atento ao seu patrimônio histórico e cultural, adotando mecanismos que permitam a sua preservação, em uma atuação conjunta com os cidadãos, conforme preceitua o §1º, do art. 216, da Constituição, que estabelece que: “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Há fomento por parte do IPHAN para que os Municípios incentivem a restauração do patrimônio histórico⁷, tendo em vista a importância deste para o corpo social, pois é forma de perpetuar acontecimentos que marcaram o surgimento e

⁷ Até janeiro de 2017, são 87 conjuntos urbanos protegidos, sendo 67 tombados, três tombamentos provisórios, 14 rerratificações, um tombamento emergencial, dois anexados (destes dois, um tombado e um tombamento provisório). Nestas áreas, o Iphan atua e investe recursos, tanto direta, na forma de obras de qualificação, quanto indiretamente por meio de parcerias com outras instituições municipais e estaduais, além do PAC Cidades Históricas e dos Planos de Mobilidade e Acessibilidade Urbana. Informação disponível no site do IPHAN: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/123>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

construção de uma civilização, de uma ideologia, e que não resguarda somente aquela cultura, mas a nação de modo geral.

A partir dessa nova concepção, os espaços públicos sofrem uma mudança paradigmática, eis que o fato de serem de uso social e coletivo, torna-os imperiosos para a sociedade, a qual deve participar ativamente da preservação do patrimônio histórico. Desse modo, modifica-se a visão da concepção de preservação não só para os agentes públicos, mas para os demais atores sociais.

Assim, uma interpretação conjunta dos preceitos constitucionais permite concluir que o município não só pode, mas deve adotar medidas visando a preservação do patrimônio histórico, tanto material quanto imaterial. Garante-se, com esse núcleo constitucional, um atuar na preservação cultural, eis que a Constituição dispõe que haja mecanismos de preservação do patrimônio cultural e que a comunidade deve colaborar para tal fim.

Nesse sentido, o IPHAN, entende que o patrimônio material é “um conjunto de bens culturais (...) divididos em bens imóveis como os núcleos urbanos, sítios arqueológicos e paisagísticos e bens individuais; e móveis como coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos e cinematográficos”. Por patrimônio imaterial, compreende “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”.

A título de exemplo, a preservação de um núcleo artístico é fundamental em alguns centros, inclusive em razão da atividade turística desenvolvida, mas não só por essa razão, eis que a preservação histórica é a que garante a solidificação das bases sociais. Criam-se identidades culturais e sociais, que merecem proteção:

Para além das conexões já referidas (especialmente no concernente a liberdade pessoal e seus desdobramentos) – situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade (SARLET, 2012, p. 103).

Por isso, os municípios acabam por ter um papel fundamental nessa tarefa, em razão de sua proximidade com a comunidade, permitindo o envolvimento social dos atores e garantindo uma efetiva participação da sociedade. Ademais, revaloriza o papel da cidade, que passa a ter uma importância não só para essa implementação, mas também na sua gestão, incentivando a criação de associações, grupos organizados, com ou sem apoio estatal.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A implantação de tais políticas públicas municipais, contudo, ainda passa por um processo de transição, pois ainda é necessário garantir um modelo de gestão capaz de envolver a todos os atores sociais, com planejamento urbano moderno e que atenda às necessidades sociais do corpo social em que esse objeto esteja inserido. Desse modo, cabe uma “intervenção ativa”, com o conhecimento da vida local e intervenções que conjuguem a democracia representativa com a participação direta (PEREIRA, 2000).

Esse protagonismo do Município somente é possível graças à autonomia que lhe foi dada pela Constituição de 1988, que rompeu com a hierarquização das políticas públicas e prestigiou os interesses locais. Ampliaram-se a participação, fiscalização e execução do planejamento urbano e foram implementados mecanismos com o objetivo de permitir uma democracia participativa. Assim, órgãos híbridos passaram a compor a gestão local, como é o caso dos conselhos, que permitem as parcerias entre a sociedade civil e o ente estatal, nas áreas de habitação, de preservação do patrimônio e do meio ambiente, por exemplo (PEREIRA, 2000).

Nesse sentido, o conselhos que se destinam a identificar documentos que protegem e promovem o patrimônio cultural de um município incorporam atribuições constitucionais previstas em 1988, sendo capazes de apresentar as dimensões híbridas de compartilhamento decisório do poder entre poder público e da sociedade civil.

Assim, o caráter deliberativo sobre a política pública e sua dimensão político-institucional se tornam fundamentais no atuar conselhistas, o que faz se ter diversos conselhos, com atribuições diversas e que variam em sua composição, atribuições e localização, bem como em seu caráter gestor, fiscalizador ou deliberativo.

Em relação ao patrimônio histórico/cultural, os municípios devem adotar esses conselhos para deliberar e analisar os pedidos e processos de preservação patrimonial, sendo peças fundamentais para o desencadear de políticas públicas, justamente em razão do caráter deliberativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou demonstrar a importância do município no fomento da proteção e preservação do patrimônio histórico, em especial por meio de políticas públicas das quais, necessariamente, deverão participar os cidadãos. Ao longo do texto, foram articulados conceitos de patrimônio histórico, sua incidência legislativa e a subsidiariedade, enquanto princípio capaz de definir o ente municipal como mais apto a garantir uma proteção ao conteúdo material e imaterial histórico de uma cidade.

Não é de hoje que se estabelecem meios de preservação do patrimônio histórico, pois há esforços nesse sentido por longo período, justamente em razão do caráter ideológico que tais bens possuem.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ao se preservar bens materiais que estão no seio social desde o seu surgimento ou que se identificam com a história do local, o que se pretende é resguardar a própria sociedade, porque são esses bens que transcendem o seu ideário.

Frisa-se que não é só a sociedade tutelada e imbuída de resguardar o patrimônio, mas toda uma nação que tem sua história preservada com aquele bem protegido. Ora, ao atuar desse modo, percebe-se que o patrimônio histórico/cultural traz consigo uma questão ideológica, razão pela qual o tema deve ser tratado com enorme seriedade.

É bem mais do que o conteúdo material do bem, mas a história advinda desse patrimônio que se preserva, por isso a ingerência do Poder Público em propriedades privadas. A defesa, no trabalho em comento, é de que cabe ao Município a prioridade na preservação e proteção do patrimônio histórico, em razão de ele ser o ente federativo mais próximo do corpo social afetado, o que permite uma melhor discussão acerca de quais bens formam esse ideário vigente em determinado contexto e, portanto, devem ser preservados.

Claro, que a participação social será importante e, por essa razão, defende-se a implementação, execução e avaliação de políticas públicas capazes de atuar na salvaguarda de tais direitos, com a efetiva participação social. Assim, devem ser implementadas políticas públicas para que haja essa preservação e proteção do patrimônio histórico, com procedimentos que preservem os interesses da comunidade, com sua participação nos processos decisórios, sob pena de uma atuação não democrática.

REFERÊNCIAS

ABREU, Regina. CHAGAS, Mário. (Org.). **Memória e Patrimônio** : ensaios contemporâneos. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006.

ARGAN, Giulio Carlo. **História da arte como história da cidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

_____. **Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937.** Presidência da República. 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. **Ministério da Cultura.** Três novos municípios aderem ao Sistema Nacional de Cultura. Data: 23 ago. 2018. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/tres-novos-municipios-aderem-ao-sistema-nacional-de-cultura/10883?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cultura.gov.br%2Fo-dia-a-dia-da-cultura%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_waaE236Oves2%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_waaE236Oves2_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_waaE236Oves2_keywords%3D%26_101_INSTANCE_waaE236Oves2_delta%3D20%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_waaE236Oves2_cur%3D4%26_101_INSTANCE_waaE236Oves2_andOperator%3Dtrue. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** REsp 1359534/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 24/10/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=municipio+e+tombamento&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CANANI, Aline Sapiezinskas Krás Borges. Herança, sacralidade e poder: sobre as diferentes Categorias do patrimônio histórico e cultural no Brasil. **Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 163-175, jan/jun 2005.

HERMANY, Ricardo; COSTA, Dartangan. O paradigma da governança solidária local: a concretização do princípio constitucional da cidadania na perspectiva de um empoderamento social. In: LEAL, M. C. H.; CECATO, M. A. B.; RÜDIGER, D. S. **Trabalho, Constituição e Cidadania:** reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

HERMANY, Ricardo. **(Re)discutindo o espaço local:** uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc; IPR, 2007.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

INSTITUTO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política.** Coimbra: Coimbra, 2003.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

MESENTIER, Leonardo Marques. Patrimônio urbano, construção da memória social e da cidadania. **Revista Vivência** nº. 28, 167–177, 2005, p. 168. UFRN. Lagoa Nova, Natal – RN. Disponível em:

<http://www.cchla.ufrn.br/Vivencia/sumarios/28/PDF%20para%20INTERNET_28/revista%20VIV%20C3%8ANCIA_28.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017.

PEREIRA, Maria de Lourdes. Negociações e Parcerias: o desafio da gestão urbana democrático-participativa. **Revista Teoria e Sociedade**, Belo Horizonte, nº 6, p.212/244, outubro de 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. LEAL, R. G.; REIS, J. R. (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 8. Edunisc: Santa Cruz do Sul, 2008.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, UFRGS, v 1, n. 1, jan./jun., 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.

STEIN, Ernesto; et al. Banco Interamericano de Desenvolvimento. **A política das políticas públicas: Progresso econômico e social na América Latina**. Relatório 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, Dc: BID, 2007.

UNESCO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Carta de Veneza**. 1964. Disponível em: <<http://portal.lphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular**. 1989. Disponível em: <<http://portal.lphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20Paris%201989.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

VALLE, Lúcia Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

A USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET.

Jesualdo Eduardo de ALMEIDA JUNIOR⁸

RESUMO: O presente trabalho aborda a possibilidade de usucapirem-se domínios de internet, como típica forma de aquisição originária de propriedade de bens imateriais. Aborda, sobretudo, a economicidade das propriedades virtuais e a necessidade de ampliarem-se as formas de aquisição destas propriedades. Deste modo, incursiona-se em textos normativos e jurisprudenciais que amparam a tese.

PALAVRAS-CHAVES: Usucapião – propriedade (direito) virtual – propriedade imaterial – domínio de internet.

ABSTRACT: The present work approaches the possibility to be usucaptured domínios of Internet, as typical form of originary acquisition of property of incorporeal personal properties. It approaches, over all, the economicidade of the virtual properties and the necessity to extend the forms of acquisition of these properties. In this way, incursiona in normative and jurisprudenciais texts that support the thesis.

KEY WORDS: Processory title - virtual property - intangible property - Internet domain.

PALAVRAS-CHAVES: Usucapião – propriedade (direito) virtual – propriedade imaterial – domínio de internet.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias desenvolvidas no mundo virtual merecem a reflexão de sua compatibilidade com os milenares institutos do Direito Civil. Neste aspecto, o presente trabalho tratou da compossibilidade da usucapião e das propriedades imateriais⁹.

Basicamente discorreu-se sobre as plausibilidades da usucapião das propriedades intangíveis, em especial dos domínios de internet.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionar-se questões específicas.

Deste modo, primeiro abordou-se as normas gerais da usucapião. Ato seguinte, o discurso centrou-se sobre as propriedades imateriais e, ao final, concluiu-se

⁸ Pos-doutor, doutor e mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos; pós-graduado em Direito Contratual, Direito das Relações Sociais e Direito Civil. Professor de Direito Civil, Processo Civil da Associação Educacional Toledo (Pres. Prudente).

⁹ Não perdemos de vista a ponderação realizada no VI Jornada de Direito Civil realizada pela Justiça Federal, onde se decidiu pela inexistência da expressão “propriedade imaterial”, preferindo-se o uso da expressão direito imaterial ou intelectual.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

que essas propriedades são passíveis de usucapião.

2. ASPECTOS GERAIS DA USUCAPIÃO

Este instituto milenar confere a propriedade a alguém que não é originariamente titular do domínio, mediante o exercício da posse *animus domini* mansa, contínua e ininterrupta, por um lapso temporal fixado em lei. Aliás, diz Carlos José Cordeiro, “toda propriedade, a rigor, começou pelo usucapião”.¹⁰

O direito romano já a conhecia, sendo que sua primeira exteriorização legislativa deu-se com a Lei das XII Tábuas. Inclusive a expressão usucapião remonta a este período. Para este povo, *capio* significava *tomar*, e *usu*, uso. Logo, os romanos viam a usucapião como forma de tomar a propriedade pelo seu uso.

É a usucapião, portanto, meio de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada, pacífica e ininterrupta, durante certo período temporal. Ainda, segundo Caio Mário da Silva Pereira¹¹, “é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei.”¹²

A princípio, a usucapião era matéria estritamente civil, cujo *habitat* natural seria, portanto, o Código Civil, ramo do direito privado. Contudo, a clássica divisão de Ulpiano sobre direito público e privado talvez tenha se perdido no tempo. Hoje, tamanha é a interdisciplinariedade dos institutos jurídicos que já não se pode mais conceber um tema único e exclusivo do direito público, tampouco do direito privado. E isso se dá, inegavelmente, com a usucapião.

Pari passu, dentro de um fenômeno denominado de constitucionalização do Direito Civil, as relações cíveis deixaram de ter um tratamento legislativo exclusivamente ordinário e são guindadas à categoria de normas constitucionais.¹³ Deste modo, a principal fonte do Direito Civil transfere-se para a própria Constituição Federal, não mais se limitando às normas lançadas nos códigos e nas leis esparsas.¹⁴

Prega-se que essa constitucionalização do Direito Civil deveu-se à deficiência da legislação ordinária que se constata com uma jurisprudência mais audaz. Enquanto a jurisprudência mostrava-se consentânea, atenta às modificações sociais, a legislação ainda estava sob uma influência muito mais conservadora.

¹⁰ *Posse. Abordagem do instituto no direito civil*. In, Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-Rom n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

¹¹ *Instituições de direito civil*, p. 96.

¹² Interessante notar que este autor, ao contrário da grande maioria, não vê a usucapião enquanto *prescrição aquisitiva*, mas sim mera forma de aquisição de propriedade.

¹³ OLIVEIRA, José Sebastião. *A evolução do direito de família no direito brasileiro*, p. 88

¹⁴ Paulo Luiz Netto Lobo, in “Constitucionalização do direito civil”, ensina que o Direito Civil, num primeiro momento histórico, era o ramo do direito mais distante do Direito Constitucional. Posteriormente, sofreu um processo de publicização, até ser admitido sua constitucionalização.

Esse fenômeno se torna ainda mais incisivo com a edição da Constituição de 1.988, que ao longo dos seus artigos contempla temas estritamente civis¹⁵, como a família, o idoso, o menor, a propriedade, e, o que nos interessa, a usucapião, matérias a rigor estranhas a uma constituição.

Assim, a usucapião demanda uma releitura, posto que se trata de direito constitucionalmente consagrado. Aliás, a própria Constituição expressamente contempla duas modalidades do instituto, quais sejam, a usucapião especial *pro misero*¹⁶, e a usucapião especial *pro labore*¹⁷.

O novo Código Civil, como não poderia deixar de ser, reconheceu essas duas usucapiões, nos artigos 1239 e 1240, praticamente repetindo os textos da Constituição.

E também fez menção expressa à possibilidade das usucapiões de bens móveis¹⁸. A questão é saber-se ser possível ou não a usucapião de bens virtuais. E é disso que trataremos mais a frente.

3.PROPRIEDADE IMATERIAL (OU DIREITO INTELECUTAL/IMATERIAL)

A propriedade tradicional, aquela que previa apenas a existência de bens móveis e/ou imóveis, está superada. Com efeito, a modernidade trouxe também a fluidez do conceito dos bens passíveis de serem objeto do domínio.

A propriedade virtual ou imaterial¹⁹ (alguns vão chamá-la de direito intelectual) é uma tônica, e muitas vezes mostra-se economicamente mais valiosa do que a própria propriedade física²⁰. Atento a isso, a Constituição Federal previu no art. 5º., XXIX, que:

¹⁵ Embora de inegável apelo social.

¹⁶ CF, art. 183. "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."

¹⁷ CF, art. 191. "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade."

¹⁸ CC, arts. 1260 e 1261.

¹⁹ Conquanto também possam ser incluídos no conceito de propriedade imaterial os direitos de personalidade, neste trabalho nos ocuparemos apenas com aqueles que tem viés econômico.

²⁰ O jornal Folha de São Paulo (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/985117-veja-as-100-empresas-com-o-maior-valor-de-marca-do-mundo.shtml>), na sua versão on line, trouxe o ranking das 100 marcas mais valiosas do mundo. Percebe-se o relevante valor econômico que essas marcas, típicos direitos imateriais, possuem. E haja vista a envergadura desses valores, o Direito não pode lhes negar a proteção que lhes seja pertinente, sobretudo quanto à necessidade de se dinamizar a proteção possessória e petitoria destes direitos

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Para disciplinar a questão sobreveio a Lei 9279/96, que tratou de quatro temas específicos, quais sejam, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, e marcas, todas sob a rubrica de propriedade intelectual.

A Constituição também se preocupou com os Direitos Autorais, outra típica forma de propriedade imaterial, e disciplinou no art. 5º., XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. E para regular o tema sobreveio a Lei 9610/98.

O cuidado do legislador foi tão grande que inclusive tipificou criminalmente a violação aos direitos de propriedade intelectual e Direitos Autorais. Por exemplo, no art. 184, do Código Penal, lançou-se a figura do crime de “violar direitos autorais e os que lhe são conexos”.

Por outro lado, a Lei de Propriedade Industrial dedicou um título inteiro aos crimes por violações destes direitos. Constatou-se os crimes contra as patentes (fabricar sem autorização, exportar, importar, vender, expor à venda produto fabricado com violação de patente), os crimes contra os desenhos industriais (as proibições relativas às patentes e mais a punição contra a fabricação de “imitação substancial”), os delitos contra as marcas (reproduzir ou alterar, no todo ou em parte, sem autorização, e comercializar ou ter em estoque, produto com marca não autorizada) e os delitos contra estabelecimentos de crédito e sinal de propaganda bem assim os crimes contra indicações geográficas (falsa procedência).

Aliás, recentemente o Superior Tribunal Justiça editou a Súmula 502, que praticamente suprimiu a possibilidade da alegação de crime de bagatela nos delitos contra a propriedade intelectual. Eis o teor da ementa: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.”

Infere-se que a preocupação com a propriedade imaterial é tão grande que inclusive o legislador penal, tipicamente um legislador fragmentário e sancionatório, dispôs sobre o assunto e criou tipos penais específicos para o tema.

4. PROPRIEDADE VIRTUAL (DIREITOS VIRTUAIS)

As propriedades virtuais mais evidentes e de maior utilidade prática são, não necessariamente nesta ordem, as páginas de internet, os arquivos eletrônicos e o uso de e-mails.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Os arquivos digitais são “energias armazenadas”. E neste desiderato, Carlos Alberto Rohrmann²¹ conclui que as páginas de internet também estão neste mesmo patamar.

Neste passo, deve-se dar a elas o mesmo tratamento dos bens móveis, posto que pela dicção do art. 83, II, do Código Civil brasileiro, “consideram-se móveis para os efeitos legais as energias que tenham valor econômico”.

Consigne-se que no Direito Penal o art. 155, § 3º, do Código Penal, a energia elétrica, típico bem imaterial, é equiparado a coisa móvel para o fim de consumação do crime de furto. Vê-se que o legislador considera energias bens móveis para efeitos penais.

E é inegável o caráter econômico da propriedade virtual. Tanto é assim que inclusive já se deferiu a penhora sobre o “domínio” do site na internet de uma empresa. É de se ver:

Cabível a constrição judicial sobre domínio de "site" de internet, já que se trata de penhora de um direito previsto no inciso XI do artigo 655 do código de processo civil. Provimento do recurso. (TJ-RJ; AI 0036986-65.2011.8.19.0000; Sétima Câmara Cível; Relª Desª Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo; Julg. 07/12/2011; DORJ 10/01/2012; Pág. 160) CPC, art. 655²²

Caso semelhante ocorriam com as linhas telefônicas, quando estas tinham algum valor econômico relevante. Não raro algum titular contemplado com o direito de uso de uma linha perdia-a pela usucapião do efetivo usuário (possuidor direto) da linha telefônica.

E conquanto jamais se pudesse invocar a usucapião em relação à prestadora do serviço de telefonia, em razão da precariedade da posse entre eles, era possível e factível a oposição do direito de usucapião entre as partes, a ponto do Superior Tribunal de Justiça sumular a matéria: “Súmula nº 193. O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião.”

Deste modo, percebe-se que o tratamento legislativo dos bens imateriais com dimensão econômica são, basicamente, os mesmos daqueles dispensados aos bens móveis, sobretudo no tocante à possibilidade de usucapião.

5. DOMÍNIOS ELETRÔNICOS EM SÍTIOS DE INTERNET

²¹ *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195

²² Disponível em: < <http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=penhora-titulo-patrimonial-de-clube-recreativo&op=comt>>. Acesso em 27 nov. 2013

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O “Domínio” é um nome criado pelo seu titular para localizar e identificar seus de [computadores](#) na rede mundial. Basicamente tem por função facilitar a memorização dos endereços de computadores na Internet.

Assim, quem cria uma página na internet estabelece um domínio, que é o endereço de acesso a essa página.

O registo de domínios no Brasil é feito pelo Registro.br, departamento do [Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR²](#), braço executivo do [Comitê Gestor da Internet no Brasil](#) (CGI.br).

Para registrar um domínio basta ser uma pessoa jurídica legalmente registrada com CNPJ, ou pessoa física que possua um contato em território nacional. E, basicamente, o domínio eletrônico não pode ser colidente com um já existente. Isso se faz através do acesso no site www.registro.br pela interface “verificação de disponibilidade de domínios”. Portanto, o registro de um domínio não é permitido se houver domínio equivalente pertencente a outro titular.²³

A escolha do nome de domínio é de responsabilidade do solicitante, que poderá efetuar seu registro caso o resultado da [pesquisa de disponibilidade](#) seja “Domínio disponível para registro”. Cabe ao interessado ainda²⁴

Escolher adequadamente o nome do domínio a ser registrado, ciente de que não poderá ser registrado nome que desrespeite a legislação em vigor, que induza terceiros a erro, que viole direitos de terceiros, que represente conceitos predefinidos na rede Internet, que conceitue palavras de baixo calão ou abusivas, que simbolize siglas de Estados, Ministérios, dentre outras vedações;

Além disso, o nome escolhido deve respeitar as seguintes regras sintáticas: ²⁵

- Tamanho mínimo de 2 e máximo de 26 caracteres, não incluindo a categoria. Por exemplo: no domínio xxx.com.br, esta limitação se refere ao xxx;
- Caracteres válidos são letras de "a" a "z", números de "0" a "9", o hífen, e os seguintes caracteres acentuados: à, á, â, ã, é, ê, í, ó, ô, õ, ú, ü, ç
- Não conter somente números;
- Não iniciar ou terminar por hífen.

²³ <https://registro.br/dominio/regras.html>

²⁴ Cláusula quarta, do Contrato para Registro de Nome de Domínio sob o “.BR”, disponível em <https://registro.br/dominio/contrato.html>

²⁵ <https://registro.br/dominio/regras.html>

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ao titular do domínio é assegurado o uso exclusivo do acesso às suas páginas na internet através daquele nome, bem como a utilização dos emails que tragam aquele domínio.

Deste modo, vê-se que o sistema brasileiro de registro de domínio é constitutivo de direito. Por conseguinte, será titular do domínio e da respectiva página na internet aquele que tiver registrado-a em seu nome.

E por ser tipicamente um direito de propriedade, é possível sua obtenção mediante a usucapião, como abaixo ver-se-á.

6.USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET

Como todo direito virtual, o domínio da internet equivale aos bens móveis. Deste modo, aquele que possuir coisa móvel como sua, continua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.²⁶

E se “a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.”²⁷

Via de conseqüência, preenchidos os demais requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião, quais sejam, a posse mansa, ininterrupta, com *animus domini*, pelos prazos fixados em lei, aquele que utilizava domínio de internet alheio adquirirá sua propriedade e o direito ao registro.

Não se perde de vista o enunciado na Súmula nº 228, do Superior Tribunal de Justiça, para quem “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

Segundo os precedentes jurisprudenciais que ensejaram dita Súmula, em especial o [RESP 126797 \(1997/0024107-6 - 06/04/1998\)](#)²⁸, “as criações de espírito não podem ser objeto de posse.” Da leitura de todos os precedentes vê-se que a posição é a mesma: “não caberia proteção possessória aos direitos autorais pois não existe posse de tais direitos.”

Ora, nesta linha de raciocínio, se não existe posse, não haveria que se falar um usucapião. Porém, esse argumento é por tudo superável. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça, lembre-se, permitiu a usucapião do direito ao uso de linhas telefônicas, bem fundamentalmente imaterial.

²⁶ CC, art. 1260.

²⁷ CC, art. 1261.

²⁸

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700241076&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=

Por outro lado,

Se o ente for corpóreo e passível de apropriação e tiver função de utilidade para o sujeito (valor econômico), pode ser objeto de direito real. Caso falte o requisito corporeidade, é necessário que a lei preveja, expressamente, modos de transferência específicos ou que remeta, também expressamente, o regime de transferência ao de um dos direitos reais instituídos, ou ainda que, de antemão, diga que tal ou qual direito real pode se exercer sobre determinados bens imateriais”²⁹

Portanto, o critério para ponderar-se se um bem pode ou não ser objeto de posse é saber se a lei prevê forma específica de sua transferência. E no caso do domínio de internet isso está previsto no Decreto no, nº 4.829, de 03 de setembro de 2003, que “dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGLbr, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências”, bem como o REGULAMENTO DO SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONFLITOS DE INTERNET RELATIVOS A NOMES DE DOMÍNIOS SOB “.BR” - DENOMINADO SACI-Adm³⁰

A transferência dos domínios de internet está previstos em lei. Por conseguinte, são direitos apropriáveis, com cunho econômico, e, deste modo, passíveis de posse.

Há quem veja, como Orlando Gomes³¹, a total desnecessidade inclusive, deste requisito. Para ele,

O objeto de direito real podem ser tanto as coisas corpóreas como as incorpóreas. Sua limitação às primeiras não se justifica. É reconhecida a existência de direitos sobre direitos, que são bens incorpóreos. Admite-se que o usufruto e o penhor possam ser objeto de outro direito real. Discute-se, porém, sobre a possibilidade de ter um direito por objeto um direito pessoal. Admitindo que o usufruto e o penhor podem recair em créditos, que são direitos pessoais, nenhuma dúvida subsiste para uma resposta afirmativa. Desde que o poder do titular se exerça diretamente sobre um crédito, sem intermediário, como se exerce sobre uma coisa corpórea, o direito é de natureza real. Indaga-se, outrossim, se o direito real pode ter por objeto as produções do espírito no domínio das letras, das artes, das ciências ou da indústria. Uma corrente de escritores admite que tais obras são objeto de uma forma especial de propriedade, a denominada propriedade literária, artística e científica, e, também, a propriedade industrial, em relação às quais não repugna a aplicação de numerosas regras do regime a que se subordina a propriedade.

²⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61).

³⁰ <http://registro.br/dominio/saci-adm.html>

³¹ GOMES, Orlando. Direitos reais. 19 ed. e atual por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forensew, 2008, p. 20

Pontes de Miranda³² também perfilhava a mesma tese. Dos seus pensamentos extrai-se que:

Tanto o bem industrial quanto o bem incorpóreo e o bem intelectual são suscetíveis de posse. As pretensões e ações possessórias podem ser exercidas. Tais ações só nascem com a formação da patente. Não se confunda a ação possessória do titular da patente com a que tem o pré-utente antes de se exercer o direito formativo gerador. É ação possessória oriunda de outro direito – o direito de propriedade intelectual, ou o direito sobre coisa corpórea.

Destarte, a tese de que bens incorpóreos não podem ser objeto de posse são inexoravelmente equivocadas, e fecham os olhos para uma realidade ululante: a necessidade de uma efetiva proteção dos bens imateriais, que hoje gozam de valores econômicos significativos.

Quanto às proteções dos dados de internet, já há precedentes nos EUA. Conforme relata Carlos Alberto Rohrmann³³, a CompuServe, uma grande provedora de Internet, percebeu que seus provedores estavam muito sobrecarregados com e-mails de seus clientes, principalmente de spans decorrentes da Cyber Promotions. Assim, a CompuServe promoveu uma *trespass to chattels*, um mixto de tutela possessória com pedido de indenização. E a CompuServe teve êxito no seu pedido, haja vista que a Corte americana considerou os sinais eletrônicos suficientemente tangíveis para assegurar uma proteção possessória. Mais recentemente, já no final do ano 2000, um caso nos Estados Unidos conferiu proteção possessória ao titular de *web sites* em face do uso de programas robôs

Porém, um dos casos mais retumbantes foi o famoso “eBay”, uma companhia on line de leilões. Relata-nos Carlos Alberto Rohrmann³⁴

A Bidder's Edge, Inc. oferece uma função de busca universal aos *sites* de leilão. Em outras palavras, o negócio da *Bidder's Edge, Inc.* é permitir aos usuários da Internet a pesquisa simultânea quanto ao produto em leilão, o preço, e o histórico dos lances não só dos leilões da “eBay”, como também de outras empresas virtuais do ramo (como a Yahoo!).

A “eBay” discordou da atuação da *Bidder's Edge, Inc.* com seus programas robôs e alegou que os dados extraídos dos *sites* dos leilões eram de propriedade da “eBay”. Ocorre que, a princípio, os dados de leilões não são objeto de proteção por parte dos modelos clássicos de propriedade intelectual como, por exemplo, os direitos autorais. Assim, como poderia a “e Bay” pedir uma liminar se não tivesse interesse

³² MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Tomo XVII, par. 2.074, Borsoi, p. 220

³³ *Proteção possessória para arquivos digitais?*
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/4116-4110-1-PB.pdf>

³⁴ *Proteção possessória para arquivos digitais?*
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/4116-4110-1-PB.pdf>

possessório a ser protegido? A solução foi a proteção possessória em face do acesso abusivo ao *site* da “eBay”.

Os argumentos da “eBay”, em seu pedido possessório, são articulados no sentido de que a atuação da *Bidder’s Edge, Inc.* prejudica o negócio da “eBay”.^{xlii} A “eBay”, em sua inicial, alega que “a busca automatizada de dados patrocinada pela *Bidder’s Edge, Inc.* nos *sites* da ‘eBay’ (chegando a 100.000 acessos por dia) tornam o negócio de leilões virtuais mais vagaroso, comprometendo o desempenho dos computadores.” Com base nos argumentos da “eBay”, bem como nos precedentes jurisprudenciais já estudados, a corte houve por bem conceder a liminar possessória de interdito proibitório, livrando os *sites* de leilão da “eBay” dos ataques efetuados pelos computadores robôs da *Bidder’s Edge, Inc.*

Desse modo, no direito comparado já é plenamente aceitável a tese da defesa possessória dos direitos virtuais. A propósito³⁵:

Pode-se concluir que, hoje, a aplicação da proteção possessória para os *web sites* é uma realidade nos tribunais norte-americanos. A questão da posse física do bem foi, ainda que temporariamente, resolvida com os precedentes que entendem ser o feixe de sinais elétricos suficientemente tangível para atender aos requisitos formais de turbação do *Trespass to Chattels* conforme as regras da *Common Law*.

Evidente que em razão do seu caráter, todos os impedimentos que seriam alegáveis na usucapião tradicional também serão aqui. Logo, não haverá usucapião de domínio em situações de posse precária, em casos de impedimento e suspensão da prescrição previstas nos arts. 197 a 200, do Código Civil³⁶, além das demais situações interruptivas.

Todavia, mostra-se inequívoca a possibilidade de se usucapir um domínio eletrônico em *sítios* de internet se preenchidos os requisitos básicos, quais sejam, o uso pacífico, contínuo, com *animus domini* de um domínio registrado por outrem, variando o prazo de 03 a 05 anos em razão da boa-fé e justo título do usucapiente.

³⁵ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Proteção possessória para arquivos digitais?*. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/4116-4110-1-PB.pdf>

³⁶ Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

8. DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DA USUCAPIAÇÃO

A usucapião, como visto, é forma de aquisição de propriedade. Em se tratando de propriedade virtual afeita ao Registro.br, a mesma deverá necessariamente ser registrada neste órgão a fim de que goze de presunção relativa de veracidade, e tenha efeito "erga omnes".

Para que haja o reconhecimento da usucapião, podendo o usucapiente registrar no serviço Registro.br seu título de aquisição de domínio, faz-se necessário a promoção da regular ação de usucapião.

A ação de usucapião está cercada de formalidades, de requisitos peculiares, que devem ser necessariamente observados. O artigo 942 e seguintes, do Código Processual, por exemplo, reclamam como requisitos específicos da petição inicial desta ação a planta do imóvel usucapiendo, a citação do proprietário em cujo nome estiver registrado o imóvel que se pretende usucapir, a citação dos confinantes ao imóvel usucapiendo, bem como se determine a intimação dos representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, afora a intervenção do Ministério Público que se faz obrigatória.³⁷

Deste modo, uma vez proposta a ação de usucapião, a sentença que julgar procedente os seus pedidos poderá ser transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis.

Evidentemente que em se tratando de usucapião de registro de domínio nada disso é necessário. Bastará ao autor da pretensão narrar seus fatos, demonstrá-lo com suas provas e pleitear a citação do atual titular do domínio para vir se defender.

O rito será o ordinário, com a citação para contestação em 15 (quinze) dias. Cremos que se não houver complexidade de prova, nada impede inclusive que a ação tenha curso pelo Juizado Especial Cível, respeitado os valores de limite de competência.

Até aqui nenhum problema. Mas, imagine-se que houve a propositura de uma ação reivindicatória contra um possuidor eventualmente usucapiente. Esse, como meio de defesa, alega que o domínio agora lhe pertence em face da usucapião. É legítima essa defesa processual? Pode a usucapião ser alegada e provada em contestação de uma ação petitória? E de uma ação possessória?

Para que se responda a estas perguntas, é imperioso que se perquiria sobre a natureza jurídica da sentença que julga procedente os pedidos da usucapião: se declaratória ou constitutiva?

A sentença declaratória é aquela que meramente declara o direito já existente, ou, nos termos do artigo 4º, do CPC, declara a existência ou inexistência do

³⁷ CPC, art. 944

negócio jurídico. Sua primordial característica é que ela reconhece um direito já pré-existente, e seus efeitos retroagem a data dos fatos. Assim, por exemplo, quando um juiz declara numa sentença a paternidade de alguém, o réu desta ação de investigação de paternidade não é pai desde a sentença, mas sim desde o nascimento da criança.

Por outro lado, a sentença constitutiva cria, extingue ou modifica o direito. É a partir do pronunciamento judicial que se cria o novo *status* jurídico. É por isso que elas não possuem efeitos retrooperantes. A adoção, por exemplo, é típica sentença de efeito constitutivo³⁸. A criança ou o adolescente somente será considerado filho após a regular sentença havida no processo de adoção, e a partir de então. Os efeitos desta sentença não retroagem³⁹.

Se se considerar que a sentença que reconhece a usucapião é constitutiva, impedir-se-á que se alegue a usucapião em defesa. Isto porque enquanto essa forma de aquisição de propriedade não for regularmente constituída por uma sentença de uma ação autônoma para este fim, não existirá o direito à usucapião.

Se, porém, admitir-se que a sentença desta ação é declaratória, a usucapião já existiria desde o preenchimento dos requisitos previstos em lei⁴⁰, sendo a sentença meramente uma declaração deste estado.

Embora com posicionamentos resistentes, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, hoje, admitem a usucapião enquanto sentença declaratória. O Código Civil, ao nosso ver, inclusive esgotou a discussão. Nos artigos 1238⁴¹ e 1241⁴², é expresso em referir-se que o juiz “declarará” a usucapião. Igual posicionamento já estava lançado no artigo 941, do Código de Processo Civil, que reza, *in verbis*: “*competete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.*”

Portanto, a sentença meramente declara, e não constitui a usucapião. Sendo assim, o usucapiente já tem o direito desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, sendo dispensável a sentença para a configuração do seu estado de proprietário.

Com esse posicionamento, abriu-se a possibilidade da usucapião ser alegada em defesa, a ponto da matéria tornar-se pacificada no Supremo Tribunal

³⁸ Inclusive o artigo 1621, § 1º, do Código Civil, é expresso neste sentido.

³⁹ Salvo em casos excepcionalíssimos, como na chamada adoção *post mortem*, quando, no curso da adoção, um dos adotantes falece, tendo demonstrado em vida inequívoca intenção de adotar (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, § 5º.)

⁴⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. *In Usucapião de bens imóveis e móveis*, p. 110.

⁴¹ Art. 1238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁴² Art. 1241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Federal, com a Súmula 237, que propõe, *in verbis*: “o usucapião pode ser argüido em defesa.”⁴³

Deste modo, é evidente que a usucapião é um direito que pode ser alegado em defesa.

CONCLUSÕES

Ao cabo do exposto, e em rápidas palavras, parece evidente que se reconheça a possibilidade da usucapião de bens intangíveis, em especial dos domínios da internet.

Nada há que possa impedir essa afirmação. E, por outro lado, albergar essa possibilidade é abrir os olhos para a realidade econômica desta modalidade de propriedade que, conquanto virtual, é de extrema valia econômica. Com efeito, em algumas situações a propriedade imaterial mostra-se, inclusive, muito mais valiosa que a física.

O milenar instituto da usucapião não é refratário às propriedades imateriais. Pelo contrário, são absolutamente compossíveis.

Referências bibliográficas

CORDEIRO, José Carlos. *Posse*. Abordagem do instituto no direito civil. *In*, Porto Alegre: **Síntese Publicações**, 2002, CD-Rom n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. e atual por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forensew, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Lobo Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em <<http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2013

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Bookseler: Campinas, 2007, Tomo XVII.

OLIVEIRA, José Sebastião. **A evolução do direito de família no direito brasileiro**, p. 88

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Saraiva: São Paulo, 12ª. Ed., 2000.

⁴³ Na **época** da edição dessa súmula, a usucapião ainda era tratada no masculino.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195

< <http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=penhora-titulo-patrimonial-de-clube-recreativo&op=comt>>. Acesso em 27 nov. 2013

<<https://registro.br/dominio/regras.html>>. Acesso em 27 nov. 2013

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700241076&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=>> Acesso em 27 nov. 2013

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

O ARBITRAMENTO NO ISSQN

Mirele Guimarães FREITAS¹

RESUMO: O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios, sujeito ao lançamento por homologação, tem como base de cálculo o preço dos serviços. Não sendo possível a apuração do *quantum debeatur* do imposto, em razão da omissão ou má-fé nas declarações, informações ou documentos apresentados pelo contribuinte ou terceiro legalmente obrigado, o Fisco irá valer-se do arbitramento, previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, para apurar a base de cálculo do tributo e quantificar o montante do tributo devido. O arbitramento, por tratar-se de medida excepcional, não pode extrapolar os limites legais, devendo se ater às hipóteses de cabimento de sua utilização, sendo imprescindível, ainda, que se dê com base em provas e se aproxime o máximo possível do real valor do preço do serviço. O arbitramento da base de cálculo do tributo realizado fora dos parâmetros legais, por violar os princípios da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, é totalmente indevido e, portanto, passível de desconstituição.

Palavras-chave: ISSQN. Arbitramento. Base de cálculo. Despesas do contribuinte.

ABSTRACT: The Tax on Services of Any Nature (ISS), the competence of municipalities, subject to approval by launch, is based on calculating the price of services. It is not possible to calculate the *debeatur quantum* of tax, due to the omission or bad faith in the statements, information or documents submitted by the taxpayer or third legally required, the tax authorities will rely on the arbitration provided for in Article 148 of the National Tax Code to determine the tribute tax basis and quantify the amount of tax due. The arbitration, because it is an exceptional measure, can not extrapolate the legal limits and must stick to the assumptions of the appropriateness of its use, is essential, also, to give evidence-based and approach as much as possible the real value the price of the service. The arbitrating tax calculation base held outside the legal parameters for violating the principles of legality, reasonableness and legal certainty, it is totally improper and therefore liable to deconstitution.

Keywords: ISSQN. Arbitration. Calculation basis. Taxpayer expense.

INTRODUÇÃO

O procedimento de arbitramento é muito utilizado no contexto atual pela Administração Fiscal, na tentativa de alcançar todos os eventos ocorridos no mundo fenomênico e não convertidos em linguagem jurídica competente, pelo contribuinte,

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba, pos- graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, advogada tributarista desde 2010. E-mail: mirelegf@hotmail.com

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

quando tal tarefa a este incumbe, porém este é omissivo ou presta informações ou declarações ou apresenta documentos que não mereçam fé.

Todavia, tem-se que o arbitramento é medida excepcional, que somente pode ocorrer dentro dos limites legais impostos. Deste modo, visa o presente trabalho aclarar as nuances do arbitramento, trazendo os limites estabelecidos pela lei e suas hipóteses de cabimento.

No primeiro capítulo, fazemos uma breve abordagem de alguns institutos e conceitos jurídicos utilizados no corpo do trabalho, estabelecendo a distinção entre norma geral e abstrata e norma individual e concreta; evento, fato e fato jurídico; o fenômeno da incidência tributária; e, por fim, obrigação tributária e crédito tributário.

No segundo capítulo, trazemos a construção da regra matriz de incidência tributária do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), discorrendo sobre os critérios material, espacial e temporal descritos na hipótese, e os critérios pessoal e quantitativo do consequente da regra matriz, em especial o estudo da base de cálculo do ISSQN, integrante do critério quantitativo.

No terceiro capítulo, trataremos do instituto jurídico do arbitramento, discorrendo sobre o seu conceito e suas hipóteses de cabimento, estabelecendo as diferenças entre arbitramento e presunção, arbitramento e sanção, finalizando com o estudo do arbitramento com base em presunção da ocorrência do fato jurídico tributário pela realização de despesas do contribuinte.

Por fim, no quarto capítulo, discorreremos sobre a quantificação da base de cálculo do ISSQN por meio do arbitramento baseado nas despesas do contribuindo, trazendo entendimentos jurisprudenciais sobre o caso.

1. AS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

O Direito posto² visa regular as relações intersubjetivas através de sua normatização. O legislador recorta do mundo fenomênico eventos que entende ser relevantes para o mundo do direito, criando situações hipotéticas que, uma vez realizadas, faz surgir para o sujeito uma consequência. Toda norma jurídica³ descreve

² Segundo Paulo de Barros Carvalho (*in* **Curso de Direito Tributário**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p.31-32), "(...) o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. (...) aparece como um plexo de proposições que se destinam a regular a conduta das pessoas, nas relações de inter-humanidade".

³ Importante salientarmos que norma jurídica, segundo acepção de Paulo de Barros Carvalho, "é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos". (**Curso de Direito Tributário**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36)

em seu antecedente uma conduta (*ser*) e em seu conseqüente uma conseqüência (*deve ser*), traduzido nos modais deônticos: permitido (P), proibido (V) ou obrigatório (O)⁴.

Realizado o evento, no mundo fenomênico, cujo fato foi descrito no antecedente da norma geral e abstrata, com a sua conversão em linguagem jurídica competente, através do fenômeno da incidência, nasce a norma individual e concreta, que estabelece o liame obrigacional entre o sujeito passivo e ativo determinado.

Para melhor compreensão do tema, cumpre-nos trazer os conceitos de norma geral e abstrata, norma individual e concreta, fenômeno da incidência tributária, evento e fato jurídico tributário, de maneira individualizada:

1.1. Norma geral e abstrata e norma individual e concreta

A norma geral e abstrata descreve, no antecedente, um evento futuro e incerto, estabelecendo, em seu conseqüente, uma relação entre sujeitos não determinados. Paulo de Barros Carvalho nos ensina que:

A norma abstrata e geral adota o termo abstrato, em seu antecedente, no bojo do qual preceitua enunciado hipotético descritivo de um fato, e geral, em seu conseqüente, onde repousa a regulação de conduta de todos aqueles submetidos a um dado sistema. (...) o antecedente das normas abstratas e gerais representará, invariavelmente, uma previsão hipotética, relacionando as notas que o acontecimento social há de ter, para ser considerado fato jurídico. (...) Em posição subsequente, teremos o conseqüente normativo que, por seu turno, trará conduta invariavelmente determinada em termos gerais, voltada para um conjunto indeterminado de pessoas (CARVALHO, 2013, p. 140-141).

Esclarece, ainda, o mestre Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2013, p. 140-141), que “a norma geral e abstrata, para alcançar o inteiro teor de sua juridicidade, reivindica, incisivamente, a edição de norma individual e concreta”. A norma individual e concreta traz em sua hipótese um fato consumado no tempo e espaço e estabelece, no conseqüente, relações jurídicas entre sujeitos determinados.

⁴ Paulo de Barros Carvalho esclarece que: “(...) o suposto normativo não se dirige aos acontecimentos do mundo com o fim de regrá-los. Seria um inusitado absurdo obrigar, proibir ou permitir as ocorrências factuais, pois as subespécies deônticas estarão unicamente no prescritor. A hipótese guarda com a realidade uma relação semântica de cunho descritivo, mas não cognoscente, e esta é sua dimensão denotativa ou referencial. Se a proposição-hipótese é descritora de fato de possível ocorrência no contexto social, a proposição-tese funciona como prescritora de condutas intersubjetivas. A conseqüência normativa apresenta-se, invariavelmente, como uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória”. (Direito Tributário: Linguagem e Método. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013. p. 133)

1.2. Evento, fato e fato jurídico

Nos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho (2010, p. 522), *evento* é o acontecimento do mundo fenomênico despidido de qualquer formação linguística. *Fato* é o relato do evento, delimitado no tempo e no espaço. *Fato jurídico* é o relato do evento em linguagem jurídica, delimitado no tempo e no espaço e que ocupa posição de antecedente de uma norma jurídica individual e concreta⁵.

1.3. Incidência tributária

O sistema jurídico é composto por um conjunto de normas gerais e abstratas, que para atuarem diretamente sobre as condutas dos indivíduos, precisam ser vertidas em normas individuais e concretas, através da aplicação do direito. O fenômeno da incidência tributária se dá justamente no momento em que o direito é aplicado, através da subsunção do fato à norma, gerando efeitos na ordem jurídica.

Todavia, a incidência tributária não ocorre de maneira automática e infalível, sendo necessário a ação humana para, a partir de normas gerais e abstratas, produzir normas individuais e concretas, atingindo condutas intersubjetivas e modificando-as, isto é, provocando efeitos na ordem jurídica. Aurora Tomazini de Carvalho, descrevendo o fenômeno da incidência tributária, ensina de maneira brilhante como ele ocorre:

(...) o homem (aplicador), a partir dos critérios de identificação da hipótese de uma norma geral e abstrata, construída com a interpretação dos textos jurídicos, demarca imaginariamente (no plano do ser), a classe de fatos a serem juridicizados. Quando interpretando a linguagem da "realidade social" (a qual tem acesso por meio da linguagem das provas), identifica um fato denotativo da classe da hipótese, realiza a subsunção e produz uma nova linguagem jurídica, relatando tal fato no antecedente de uma norma individual e concreta e a ele imputando a relação jurídica correspondente (como proposição consequente desta norma) e, assim o faz, com a denotação dos critérios de identificação do consequente da norma geral e abstrata (incidida), a qual será representativa de um liame a ser estabelecido no campo social (CARVALHO, 2010, p. 434-435).

1.4. Obrigação tributária e crédito tributário

⁵ Aurora Tomazini de Carvalho esclarece que: "A diferença entre *evento* e *fato* repousa no dado linguístico e, entre *fato* e *fato jurídico*, na competência da linguagem. *Evento* é uma situação de ordem natural, pertencente ao mundo da experiência, *fato* é a articulação linguística desta situação de ordem natural, e *fato jurídico* é a sua articulação em linguagem jurídica". (Curso de Teoria Geral do Direito. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 522)

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A obrigação tributária consiste em relação jurídica de cunho patrimonial que traz em seu bojo, de um lado, o direito subjetivo do sujeito ativo em exigir a prestação e, de outro, o dever do sujeito passivo em cumpri-la⁶.

Por crédito tributário tem-se o “direito subjetivo do sujeito passivo, ao qual se contrapõe o débito tributário, entendido como o dever jurídico do sujeito passivo” (CARVALHO, 2013, p. 511). O crédito tributário é elemento indissociável da obrigação tributária, surgindo “no mundo jurídico no exato instante em que se opera o fenômeno da incidência, com a aplicação da regra-matriz do tributo”. Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 511) esclarece que “formalizar o crédito significa verter em linguagem jurídica competente o fato e a respectiva relação tributária, objetivando o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto da prestação, no bojo de uma norma individual e concreta”.

2. DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ISSQN⁷

O legislador constitucional atribui aos Municípios competência para a instituição de imposto sobre serviços de qualquer natureza (artigo 156, III, da CF), serviços estes definidos em lei complementar (LC 116/2003).

A lei complementar, todavia, não pode prescrever condutas diversas daquelas referidas pela Magna Carta, ou seja, não pode relacionar atividades que não se enquadrem no conceito de serviço. Também não pode os entes tributantes estabelecer critérios de incidência não previstos na Constituição.

Assim, importante se faz o estudo da Regra Matriz de Incidência Tributária, cujo esquema foi desenvolvido pelo ilustre professor Paulo de Barros Carvalho, ao partir da premissa de que “toda norma jurídica tem estrutura lógica de um juízo hipotético, em que o legislador (sentido amplo) enlaça uma consequência jurídica (relação deôntica entre dois ou mais sujeitos), desde que acontecido o fato previsto no antecedente⁸”.

2.1. Critério Material

O legislador constituinte atribuiu competência aos Municípios para instituir impostos sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II,

⁶ Segundo Paulo de Barros Carvalho, a obrigação tributária: “(...) é nexa lógico que se instala a contar de um enunciado factual, situado no conseqüente de u’a norma individual e concreta, juntamente com a constituição do fato jurídico tributário descrito no suposto da mesma norma. A edição desta regra, como norma válida no sistema positivo, tem o condão de introduzir no ordenamento dois fatos: o fato jurídico tributário (fato gerador) e o fato relacional que conhecemos por “relação jurídica tributária””. (**Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013, p. 498).

⁷ Todos os critérios da regra matriz de incidência tributária serão abordados, porém, para fins do presente estudo, utilizaremos tão somente a definição da base de cálculo, integrante do critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária.

⁸ **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013. p. 147.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

definidos em lei complementar”, tendo, dessa forma, definido o critério material da regra matriz de incidência tributária do ISSQN.

Segundo Paulo de Barros Carvalho⁹, a prestação de serviço verifica-se quando uma pessoa (prestador) executar obrigação de fazer em benefício de uma segunda pessoa (tomador), mediante remuneração por parte desta.

Para caracterizar a prestação de serviços, é imprescindível os seguintes elementos: a) bilateralidade: prestador e tomador; b) conteúdo econômico: deve ser fixado um preço em contraprestação à utilidade imaterial fornecida pelo prestador; c) obrigação de fazer: a atividade realizada pelo prestador deve apresentar-se sob a forma de “obrigação de fazer”, não sendo exigível o ISS quando se tratar de obrigação que imponha a mera entrega, permanente ou temporária, de algo que já existe; d) habitualidade: aquilo que se repete, que tem constância; atos “soltos” num período tomado por referência podem não expressar habitualidade.

Ainda, segundo Paulo de Barros Carvalho¹⁰, não se inclui no conceito de prestação de serviços: a) o serviço público, tendo em vista ser ele abrangido pela imunidade (art. 150, IV, a, da Carta Fundamental); b) o trabalho realizado para si próprio, despido que é de natureza econômica; c) o trabalho efetuado em relação de subordinação, abrangido pelo vínculo empregatício; e d) os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, por expressa previsão do artigo 156, III, da Constituição Federal.

Apesar de o constituinte ter imputado à lei complementar a definição dos serviços passíveis de tributação pelo ISSQN, tal atribuição não confere ao legislador complementar a possibilidade de conceituar como serviço aquilo que efetivamente não o é¹¹.

Assim, compete ao legislador complementar (nacional) “auxiliar na delimitação do critério material do ISS, indicando quais atividades se inserem nos limites competenciais dessa pessoa política¹²”, sem, contudo, alterar o conceito de serviço.

Cumprе salientar que o Superior Tribunal de Justiça¹³ pacificou entendimento de que a lista de serviços trazida pela Lei Complementar é taxativa, não

⁹ *Idem*. p. 775.

¹⁰ **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013. p. 774.

¹¹ Paulo de Barros Carvalho elucida com maestria que: Tendo sido a competência tributária exaustivamente delimitada pelo constituinte, ao legislador infraconstitucional, incluindo o complementar, cabe a tarefa de regulamentá-la, explicitando-a em seus pormenores, sempre em conformidade com as prescrições constitucionais. (**Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 779-780)

¹² *Idem*. p. 777.

¹³ TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. NÃO-INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS DO DL Nº 406/68, ALTERADO PELO DL Nº 834/69. TAXATIVIDADE. INCABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA. PRECEDENTES DESTA CORTE

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

podendo ser alterada pela lei municipal (ainda que complementar) a fim de abarcar serviços não contemplados pela lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

O conceito de *serviço* utilizado pela Magna Carta para definir a competência tributária dos Municípios quanto ao ISSQN é consagrado pelo direito civil, não podendo sofrer alterações, seja pelo legislador complementar ou ordinário, em razão da vedação expressa contida no artigo 110 do Código Tributário Nacional. E assim o é porque o direito tributário é um direito de superposição¹⁴, já que as hipóteses tributárias são instaladas sobre atos ou negócios jurídicos disciplinados inicialmente pelo Direito Privado.

2.2. Critério Espacial

O critério espacial¹⁵ eleito pelo legislador complementar foi o âmbito territorial do Município, conforme se infere da redação do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003. Em que pese tal dispositivo legal aduzir que: a) em regra, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador; b) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador; e c) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, nos locais indicados nas regras de exceção; a doutrina e jurisprudência pátria firmaram entendimento de que o imposto é devido no local da efetiva prestação do serviço, independentemente de sua formalização jurídica em forma de sede, filial, sucursal, etc. (com exceção dos casos previstos nos incisos I a XXII, do artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/03, no qual o imposto será devido no local expressamente indicado pela lei).

E DO STF. 1. **Pacifico o entendimento nesta Corte Superior e no colendo STF no sentido de que a “lista de serviços” prevista no DL nº 406/68, alterado pelo DL nº 834/69, é taxativa e exaustiva, e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas, devendo à lista subordinar-se a lei municipal.** Vastidão de precedentes. (...) 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 639.029/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 08/03/2005). No mesmo sentido ver: AgRg no REsp 1404324/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015.

¹⁴ Segundo Alberto Xavier: “O Direito Tributário reporta-se a situações da vida reveladoras de capacidade contributiva, as quais são — na sua grande generalidade — objecto de regulamentação por outros ramos do Direito, de harmonia com o ponto de vista objectivo e peculiar que os informam. Esse facto, que está na origem do tão discutido problema da interpretação dos conceitos próprios de outros ramos jurídicos que o legislador fiscal emprega na previsão das normas tributárias, revela bem a multiplicidade de contactos que o Direito Fiscal mantém com os restantes sectores do ordenamento jurídico. A tributação da família, das sociedades comerciais, dos juros de empréstimos titulados por letras, da compra e venda de imóveis, por exemplo, envolve o recurso a noções de Direito da família, de Direito Comercial, de Direito Civil. O Direito Fiscal como que se sobrepõe a estas várias disciplinas, tratando os fenómenos por estas regidos em primeira linha, de acordo com seu espírito e exigências próprios: pode neste sentido dizer-se que o Direito Fiscal é um direito de sobreposição”. (**Manual de Direito Fiscal I** (Reimpressão), Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1981, p. 22 e 23).

¹⁵ Importante salientar que o critério espacial das normas tributárias não se confunde com o campo de vigência da lei, apesar de, frequentemente, eles coincidirem, como ocorre no caso do ISSQN. Neste sentido ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263-265.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

A adoção de tal critério pela doutrina e jurisprudência se deu a fim de evitar práticas fraudulentas, notadamente quando ocorre as conhecidas “guerras fiscais” entre municípios vizinhos, mesmo porque os municípios não podem ser dotados de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato jurídico tributário ocorrido no território de outro município onde não pode ter alcance. O mestre Roque Antônio Carraza, discorrendo sobre o tema, elucidou com clareza sobre o local onde o imposto (ISSQN) é devido:

Vejam, se um serviço é prestado no Município A, a meu ver, nele é que deverá ser tributado por meio de ISS, ainda que o estabelecimento prestador esteja sediado no Município B. Do contrário estaríamos admitindo, contra todas as evidências jurídicas, que a lei do Município B pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território do Município onde ela positivamente não pode ter voga. A lei paulistana vige onde? No território da capital. A lei santista no território do Município de Santos. Como admitir-se que a lei de Santos venha a alcançar um fato ocorrido no Município de São Paulo? Só porque a empresa prestadora de serviços está sediada no Município de Santos (CARRAZA, 2010, p. 210).

2.3. Critério Temporal

O critério temporal do ISSQN é o momento da prestação do serviço. O momento da ocorrência da hipótese tributária se dá com a efetiva prestação do serviço constante da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03¹⁶, não podendo haver ISSQN sobre serviço potencial, mas apenas sobre o serviço real (efetivo, concretamente verificado, ocorrido, prestado), independente se ocorra o efetivo pagamento do preço pactuado¹⁷. José Eduardo Soares de Melo (2000, p. 104) esclarece que:

¹⁶ TRIBUTÁRIO. ISS. FATO GERADOR. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA. LOCAL ONDE PRESTADO O SERVIÇO. 1. **O momento em que se concretiza a hipótese de incidência do ISS é aquele em que o prestador efetua a entrega do serviço concluído. A prestação do serviço deve, efetivamente, realizar-se, para fins de incidência de ISS.** 2. Independentemente do local do estabelecimento do prestador do serviço, compete ao município em cujo território ocorre a efetiva prestação do serviço o recolhimento do ISS. 3. Apelo não provido. (TJDF, APC 20090111845385 DF 0161067-87.2009.8.07.0001, Relator: Flavio Rostrirola, Data de Julgamento: 10/12/2014, 3ª Turma Cível) (*grifo nosso*)

¹⁷ REMESSA EX-OFFICIO E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA. TRIBUTÁRIO. ISS. Cessão De Uso De Programas De Computação. Não Incidência Antes Da Lei Complementar Nº 116/2003. A Forma De Pagamento Negociada Não Altera O Dever De Recolher O Tributo. Incidência Do ISS Na Atividade De Factoring. Serviço Prestado No Local Do Tomador Do Serviço. Honorários Advocaticios. Custas Processuais. Recurso Parcialmente Provido. (...) 3. **O fato gerador do ISSQN é a prestação do serviço, não importando para a incidência o surgimento de circunstâncias factuais que dificultam ou impeçam o pagamento devido ao prestador de serviço. Assim, configurado o fato gerador, deve o contribuinte apurar e promover o recolhimento do tributo, na forma em que a lei determinar, não importando se o pagamento do serviço prestado dar-se-á a prazo ou em data futura certa.** Declarada a subsistência do Auto de Infração nº 961/2000. (...) 6. Recurso conhecido e parcialmente provido, reformando-se parcialmente a sentença. (TJES, Remessa Ex-officio: 24010187524 ES 24010187524, Relator: Arnaldo Santos Souza, Data de Julgamento: 22/05/2007, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 30/11/2007) (*grifo nosso*)

em se tratando de ISS, impõe-se a irrestrita obediência ao seu aspecto material - prestação de serviços - nada interessando os aspectos meramente negociais ou documentais. **Somente com a efetiva realização** (conclusão, ou medição por etapas) **dos serviços é que ocorre o respectivo fato gerador tributário com a verificação do seu aspecto temporal.** (*grifo nosso*)

2.4. Critério pessoal

O sujeito ativo do ISSQN é o Município onde houve a efetiva prestação dos serviços. O sujeito passivo do imposto é, em regra, o prestador do serviço, podendo a lei atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa¹⁸.

2.5. Critério quantitativo

2.5.1. Base de cálculo

A base de cálculo do ISSQN é o *preço do serviço*, conforme disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 116/2003. Tem-se por *preço do serviço* todos os valores pagos pelo tomador ao prestador pela utilidade oferecida, excluídos as receitas de terceiros e/ou referentes às atividades-meio. Valores que não integram a base de cálculo do ISSQN, ou seja, que não constituem o preço do serviço, não podem ser arbitrados para fins de estipulação do *quantum debeatur* do imposto, posto que extrapolaria os limites fixados em lei para quantificação do ISSQN. Eduardo Bottallo¹⁹ ao tratar da base imponible do ISSQN, esclarece que os contribuintes:

(...) têm o direito de não considerar, como receitas próprias, valores que apenas transitam por seus livros fiscais, sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial. Tal é o caso, v.g., dos montantes a ele repassados para satisfação de despesas incorridas por conta e ordem de terceiros, ou para pagamento, aos efetivos prestadores, por serviços por eles apenas intermediados.

Aires F. Barreto (2007, p. 129) discorrendo sobre a base de cálculo do ISSQN, também definiu quais valores não a integram:

¹⁸ LC 116/03: Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis: I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País; II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.

¹⁹ **Repertório IOB de Jurisprudência nº 23/99** - cad. 1, pág. 667.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

(...) Visto de ângulo negativo, tem-se que a base de cálculo do ISS não pode incluir valores (a) que decorram de negócios outros, inconfundíveis com a prestação de serviços e (b) que embora relacionados com a prestação de serviços, não expressam, eles mesmos, receitas do prestador.

No mesmo sentido o entendimento jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. DESPESAS EFETUADAS PELO PRESTADOR DO SERVIÇO, EM NOME DO TOMADOR. ATIVIDADE-MEIO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AFERIÇÃO DO MONTANTE. MATÉRIA DE FATO, A SER DIRIMIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A jurisprudência deste STJ sinaliza, em diversos julgados, no sentido de que **não se incluem, na base de cálculo do ISSQN, as despesas realizadas com terceiros, pelo prestador do serviço, na hipótese em que, estranhas à atividade-fim da prestadora, sejam reembolsáveis pela tomadora do serviço.** II. **Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça as despesas necessárias à prestação de serviço que não importem na atividade-fim do prestador são excluídas da base de cálculo do tributo.** Precedentes. Hipótese em que o transportador efetua despesas em nome dos tomadores do serviço, que serão posteriormente reembolsadas. Dedução da base de cálculo do ISS" (STJ, REsp 1.080.161/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/04/2009). III. Uma vez reconhecido o direito do contribuinte, a apuração do montante efetivamente dedutível da base de cálculo do imposto deverá ser efetuada, nas competentes instâncias ordinárias, em fase de liquidação do julgado, caso necessário, mediante realização de perícia contábil. IV. Agravo Regimental improvido.²⁰

Ainda, entre os valores que não podem integrar a base de cálculo do ISSQN estão os descontos incondicionados²¹, já que se tratam de mera liberalidade do prestador:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. DESCONTO NO VALOR DO SERVIÇO PRESTADO. INCONDICIONADO. 1. Segundo o artigo 9º do DL 406/68, a base de cálculo do ISS é o valor do serviço prestado, entendendo-se como tal o correspondente ao que foi recebido pelo prestador. 2. Se o abatimento no preço do serviço fica condicionado a uma condição a cargo do tomador do serviço, tal desconto deve-se agregar à base de cálculo. 3. Diferentemente, **se o desconto**

²⁰ STJ, AgRg no AREsp 90.001/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 08/05/2015)

²¹ De maneira diversa: "Os descontos e abatimentos que forem **condicionados** a evento futuro e incerto deverão ser incluídos na base de cálculo, por se tratar de mera liberalidade do prestador do serviço, pois, na verdade, são descontos financeiros que não poderão ser utilizados, visto que o fato gerador do imposto já ocorreu. Tais liberalidades não podem ser objetadas perante o fisco". (MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços**. 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 196/197)

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

não é condicionado, não há base econômica imponible para fazer incidir o ISS sobre valor não recebido pelo prestador. 4. O desconto incondicionado, concedida por liberalidade do prestador sem qualquer imposição, reduzirá o valor do serviço, com reflexo para o Fisco que, em decorrência da liberalidade, receberá menos tributo. Conforme reconhece a doutrina, se a base imponible é o valor recebido pelo prestador, nada pode ser feito, senão considerar como base de cálculo o valor do serviço com o abatimento. 5. Embargos de declaração acolhidos para conhecer do Recurso Especial e negar-lhe provimento.²² (*grifo nosso*)

Por fim, nos termos do § 2º, do artigo 7º, da LC nº 116/03 e artigo 9º, § 2º, alíneas “a” e “b” do Decreto-lei nº 406/68, não se incluem na base de cálculo do ISSQN: a) o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços e incorporados na obra; b) o valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto, quando houver comprovação do seu recolhimento²³.

2.5.2. Alíquota

Alíquota é o percentual definido em lei que se aplica sobre a base de cálculo para definir o valor do tributo a pagar. A alíquota do ISSQN é definida por cada Município, variando de acordo com o serviço prestado, não podendo ser inferior a 2% (Emenda Constitucional nº 37/02) nem superior a 5% (artigo 8º, II, da Lei Complementar nº 116/03).

3. ARBITRAMENTO

O fenômeno da incidência tributária se dá quando, ocorrido o evento no mundo fenomênico e se amoldando este perfeitamente à hipótese da regra matriz de incidência tributária, há a sua conversão em linguagem jurídica competente, nascendo, então, o liame obrigacional em que o sujeito ativo terá o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de determinada prestação pecuniária²⁴.

A formalização do evento em linguagem competente pode ser confiada à autoridade fiscal ou ao próprio particular, a depender da espécie de lançamento tributário

²² STJ, EDcl no REsp 1412951/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 07/02/2014.

²³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISS. Concretagem. Possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS o valor relativo aos materiais empregados no serviço de concretagem. (...) 2. O Tribunal a quo afastou a tese ora defendida nas razões de Recurso Especial, fundamentada no art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei 406/68, amparando-se igualmente em fundamento constitucional, qual seja, a **recepção do referido Decreto-Lei pela Constituição Federal de 1988, sendo possível, em razão disso, a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas.** (...) 4. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE VITÓRIA desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 493.703/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 21/05/2014) (*grifo nosso*)

²⁴ Neste sentido ver CARVALHO. Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito.** 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2010. p. 434 a 441.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

utilizada. Às hipóteses em que a conversão em linguagem competente é responsabilidade exclusiva da autoridade fiscal, chamamos de lançamento de ofício, cuja previsão vem contida no artigo 149 do Código Tributário Nacional.

Ainda, há situações em que, apesar de a conversão do evento em linguagem jurídica competente ser confiada à Autoridade Fiscal, esta efetua o lançamento com base nas informações prestadas pelo sujeito passivo. Temos, então, o denominado lançamento por declaração, previsto no artigo 147 do Código Tributário Nacional.

Por fim, atribuída ao particular a obrigação da formalização do evento em linguagem jurídica competente, estaremos diante da hipótese de lançamento por homologação, delineada pelo artigo 150 do Código Tributário Nacional, no qual incumbe ao sujeito passivo determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta tão somente homologar o lançamento.

Nas situações em que a “tarefa” de conversão do evento em linguagem jurídica competente for atribuída ao particular (lançamento por homologação) ou quando a este couber prestar declarações à autoridade fiscal para que esta proceda ao lançamento (lançamento por declaração); verificando o Poder Público que as informações repassadas pelo sujeito passivo contêm irregularidades ou quando estas forem omissas, irá proceder ao lançamento por ofício, em substituição a tarefa que caberia ao contribuinte²⁵.

Para proceder ao lançamento de ofício, em substituição à atividade do particular, a Autoridade Administrativa irá valer-se do instituto jurídico denominado arbitramento, para quantificação do fato jurídico tributário²⁶.

Importante salientar que o arbitramento não se confunde com o lançamento²⁷, consistindo meramente em ato preparatório, no qual se arbitra a base cálculo para fins de apuração do montante devido do tributo e, então, proceder-se ao lançamento. Neste sentido nos ensina o mestre Eduardo Sabbag (2012, p. 784), esclarecendo que

²⁵ Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, quando incumbe ao contribuinte a produção da norma que contém a relação jurídica tributária e/ou a do vínculo de direito ao crédito, o Fisco somente poderá intervir “na hipótese de omissão ou irregularidades por parte do administrado, situação em que caberá às autoridades fiscais, em atividade substitutiva ou corretiva, construir a norma individual e concreta e levá-la ao conhecimento do particular” (**Direito Tributário, Linguagem e Método**. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 952).

²⁶ Maria Rita Ferragut (**As provas e o Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 162), esclarece que o arbitramento pode se dar tanto quando a ocorrência do fato jurídico tributário puder ser constatado de forma direta, quanto, na impossibilidade de constatação direta do fato, ter por indiretamente conhecida a sua ocorrência, arbitrando o valor da base calculada, “havendo, com isso, presunção do fato jurídico e arbitramento da base calculada”.

²⁷ Maria Rita Ferragut entende que o arbitramento é um tipo de lançamento, espécie do gênero lançamento de ofício. Ver: **As provas e o Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 161.

(...) o arbitramento não é uma quarta espécie de lançamento, mas um critério substitutivo ou uma técnica de tributação indiciária. Sua utilização, adequada a circunstâncias extremadas e excepcionais, será baseada em indícios tendentes à consecução do preciso valor da base de cálculo do gravame. (...) Na verdade, o arbitramento é efetuado antes do lançamento, permitindo que a autoridade administrativa desconsidere os valores declarados pelo sujeito passivo, em razão da (I) inidoneidade ou da (II) omissão documentais, para, só então, valer-se do lançamento (de ofício) com suporte em bases presuntivas – e alternativas – na fixação do valor tributável.

O arbitramento é uma situação excepcional que somente pode ocorrer dentro dos limites legais impostos, conforme se passa a demonstrar.

3.1. Conceito de arbitramento, base legal e hipóteses de cabimento

O arbitramento tributário consiste na apuração do *quantum debeat* do tributo através da fixação, mediante arbítrio, de sua base de cálculo, em razão da omissão ou má-fé nas declarações, esclarecimentos ou documentos apresentados pelo contribuinte ou terceiro legalmente obrigado. Paulo Antonio Fernandes Campilongo (2016, p. 161) esclarece que o

arbitramento é o processo feito por árbitros ou peritos para determinar o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos em conteúdo econômico, de maneira a atender os critérios quantitativos da regra de incidência dos tributos, somente nos casos em que não haja informação confiável prestada pela pessoa legitimada pelo sistema a prestá-la ou haja omissão de informação.

O Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar por trazer em seu bojo normas gerais em matéria de legislação tributária, em seu artigo 148, definiu os casos em que é possível o arbitramento da base de cálculo de tributos que tenham por base valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

O dispositivo legal elucida expressamente os requisitos imprescindíveis para o arbitramento, quais sejam: a) existência de processo regular; b) quando forem omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

a) Processo Regular

Apesar de o dispositivo supracitado trazer como um dos requisitos indispensáveis ao ato de arbitramento a existência de processo regular, ressaltando, ainda, a necessidade de, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial; a lei complementar não fez qualquer menção sobre a forma que deve ser desenvolvido o processo regular de arbitramento, assegurando ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa.

Não há dúvidas de que o legislador complementar, ao estabelecer tal critério, visou resguardar o contribuinte contra eventuais arbitrariedades que podem ser praticadas pela Autoridade Fiscal. Porém, a falta de disciplina legal quanto ao modo que o processo²⁸ regular de arbitramento deve se dar e em qual momento deve ser oportunizado ao contribuinte a apresentação de avaliação contraditória, tem gerado divergências na doutrina. Fabiana Del Padre Tomé²⁹ entende que o contraditório deve ocorrer já na fase procedimental do lançamento:

(...) a despeito de o procedimento preparatório do ato de lançamento e do ato de aplicação de penalidade não ser orientado pelo princípio da ampla defesa, o primado da publicidade e o direito de petição viabilizam a presença do contraditório, devendo ser oportunizado ao contribuinte o conhecimento das medidas realizadas pela fiscalização, de modo que possa manifestar-se sobre elas, caso entenda apropriado. Seguindo essa linha de raciocínio, nada impede que o contribuinte apresente provas, objetivando descaracterizar a inidoneidade de suas declarações e documentos, servindo como contraprova em relação às assertivas do Fisco e até mesmo como meio de demonstração do valor efetivamente correspondente ao fato jurídico tributário cuja medida a fiscalização pretende arbitrar.

Entendemos de maneira diversa. Coadunamos do magistério de Paulo Campilongo³⁰ de que o procedimento administrativo é regido pela inquisitorialidade, não havendo nessa fase procedimental qualquer oportunidade para o contraditório ou a ampla defesa.

²⁸ Importante distinguirmos processo de procedimento administrativo: “Enquanto o *procedimento administrativo tributário* é marcadamente fiscalizatório e apuratório, visando a preparar o ato constituidor da obrigação tributária ou da sanção pelo descumprimento desta ou de deveres instrumentais, a figura do *processo administrativo fiscal* só aparece em momento posterior ao nascimento do crédito tributário, mediante resistência do contribuinte à pretensão do Fisco. E o veículo de linguagem capaz de fixar juridicamente referido conflito é a impugnação do lançamento ou do ato de aplicação da penalidade, tempestivamente apresentada”. (TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 313)

²⁹ **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 347.

³⁰ CAMPILONGO. Paulo Antonio Fernandes. **ICMS – ARBITRAMENTO - A Fiscalização deve apurar o montante devido no lançamento tributário com abatimento dos “créditos” ainda que não declarados em GIA?** Artigo disponível no site: <http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20Campilongo.pdf>. Acesso em: 20/03/2016.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Mesmo porque, nessa fase não há qualquer pretensão resistida, tampouco uma autoridade julgadora equidistante que possa examinar a avaliação contraditória do contribuinte. Nessa fase converge para uma só pessoa – o auditor fiscal – a competência para declarar os eventos, constituir o fato jurídico, interpretar as provas, classificar a infração e a penalidade cabível. É ato privativo de autoridade administrativa no exercício de função administrativa típica. (...) A avaliação contraditória administrativa do sujeito passivo deve ser apresentada após a notificação válida do sujeito passivo da obrigação tributária. A impugnação administrativa ou judicial para apresentação da avaliação contraditória do arbitramento da base de cálculo são os únicos mecanismos à disposição do contribuinte para fazer valer os seus direitos. A fase procedimental não é o ambiente jurídico próprio para o exercício do contraditório.

Reforçando o entendimento acima esposado, o Código Tributário Municipal de Goiânia (Lei nº 5.040/1975 – artigo 58, § 1º³¹), estabeleceu o direito do sujeito passivo em impugnar o arbitramento do imposto, mediante apresentação de elementos hábeis, capazes de ilidir a presunção fiscal.

Importante esclarecer que, em que pese durante a fase procedimental do arbitramento o contribuinte ser notificado para prestar informações ou apresentar documentos, a Autoridade Fiscal pode considerar insuficiente a resposta do contribuinte, efetivando o lançamento de ofício e lavrando o auto de infração³².

Efetivado a lavratura do auto de infração, o sujeito passivo deve ser cientificado, oportunizando-lhe a impugnação do ato, de maneira a resguardar o contraditório e ampla defesa, limitando a discricionariedade da autoridade fiscal, exatamente nos termos da legislação supracitada.

Assim, a existência de processo regular que assegure ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa, após a lavratura do auto de infração que contém o lançamento de ofício do tributo com base no arbitramento de sua base de cálculo, é medida imprescindível para a validade e legalidade do ato de arbitramento.

b) Omissão ou má-fé das declarações, esclarecimentos ou documentos apresentados pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado

³¹ Art. 58. (...) § 1º. É lícito ao contribuinte impugnar, dentro dos prazos previstos neste Código, o arbitramento do imposto, mediante apresentação de elementos hábeis, capazes de ilidir a presunção fiscal.

³² “O lançamento aplica a norma tributária material, em cuja hipótese se integra um fato tributário e cujo mandamento se traduz na criação de uma obrigação tributária; ao invés, o ato de aplicação de uma pena fiscal concretiza a norma penal tributária, em cuja hipótese se integra um fato punível, constituído por uma infração à lei fiscal e cujo mandamento se traduz na sanção correspondente” (XAVIER. Alberto *apud* TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 321.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

O ato de arbitramento, por tratar-se de medida excepcional, não autoriza o Fisco, mediante qualquer erro na escrita do contribuinte, proceder ao arbitramento de valores, já que não são todos os equívocos que afetam a idoneidade das informações documentadas. Fabiana Del Padre Tomé (2012, p. 342), discorrendo sobre o tema, nos ensina que o arbitramento é admitido:

unicamente quando descumpridos os deveres instrumentais imprescindíveis ao conhecimento do fato tributário. Trata-se, pois, de procedimento de caráter excepcional, que só deve ser adotado em casos extremos, quando houver impossibilidade de, mediante investigação dos documentos do contribuinte, identificar os negócios por ele praticados. Diversamente, se apresentada a escrituração na forma da lei, não padecendo ela de erros ou deficiências que a tornem imprestável, faz prova a favor do sujeito passivo, devendo ser considerados verdadeiros os fatos registrados e respaldados em documentos hábeis. (...) se o Fisco, no exercício de seu dever de investigação, tiver condições de, por quaisquer provas, identificar e corrigir os valores erroneamente escriturados, compete-lhe suprir oficiosamente as deficiências da documentação, efetuando as necessárias retificações e constituindo o fato jurídico tributário e sua medida. (...) Havendo o registro contábil, conforme prescrito pela legislação, não há que se falar em descumprimento de deveres instrumentais ou em imprestabilidade dos dados escriturados, sendo inadmissível a realização de arbitramento.

Ainda sobre os limites do arbitramento, a ilustre doutrinadora Maria Rita Ferragut (2005, p. 271/272) ensina que este somente é válido quando:

(...) o sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado: não prestar declarações ou esclarecimentos; não expedir os documentos a que esteja obrigado; e prestar declarações ou esclarecimentos que não mereçam fé ou expedir documentos que também não a mereçam.

No entanto, não basta que algum dos fatos acima tenha ocorrido, a fim de que surja para o Fisco a competência de arbitrar: **faz-se imperioso que, além disso, o resultado da omissão ou do vício da documentação implique completa impossibilidade de descoberta direta da grandeza manifestada pelo fato jurídico.**

Assim, o agente não poderá deter-se a uma provável impossibilidade de descoberta da verdade material; **deverá constatar a completa inviabilidade de se obterem dados confiáveis a partir de uma investigação.**

Diante dessas características, verifica-se, primeiramente, que o arbitramento é dotado de caráter excepcional, e só deve ser exercido em casos extremos, já que a base de cálculo originária é a que deve ser utilizada por se a prevista na regra matriz de incidência tributária e por guardar, a princípio, relação direta com as riquezas constitucionalmente previstas. (*grifo nosso*)

Portanto, na ocorrência de vícios sanáveis, que não invalidem a contabilidade, não é possível a adoção da sistemática do arbitramento pela autoridade

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

fiscal, já que este é admitido somente nos casos de inexistência de escrita fiscal do contribuinte ou, sendo esta existente, seja falsa ou não merecedora de credibilidade, visto que não se confunde com ato arbitrário ou instrumento de imposição de sanção.

O arbitramento, assim como o ato administrativo de lançamento, é vinculado, de maneira que, verificado o fato jurídico tributário e impossibilitado sua quantificação com base nos documentos apresentados pelo contribuinte, é dever da Administração Pública realizá-lo dentro dos moldes legais. Não há poder discricionário da administração em proceder ao arbitramento se, uma vez constatada a ocorrência do fato jurídico tributário descrito na hipótese da regra matriz, não for possível apurar o montante do tributo a ser pago, tendo em vista a omissão ou falta de fé das declarações ou documentos apresentados pelo contribuinte. Fabiana Del Padre Tomé³³ nos esclarece que:

Do mesmo modo que o procedimento administrativo de lançamento é vinculado, obrigando a autoridade administrativa a realizá-lo nos estritos termos da lei, sob pena de responsabilidade funcional, verificado o fato jurídico tributário e impossibilitada sua quantificação com base nos documentos apresentados pelo contribuinte, é imperativa a efetivação do ato de arbitramento, na forma legalmente prevista.

Todavia, em que pese a imperatividade da efetivação do ato de arbitramento, este deve ocorrer na forma legalmente prescrita, sob pena de arbitrariedade. Neste sentido, importante fazermos distinção entre o *ato arbitrário* e o *ato de arbitramento*.

Arbitrário, segundo significado extraído do Dicionário Online de Português³⁴, é tudo aquilo “que não segue princípios lógicos; que está sujeito aos desejos e/ou vontades da pessoa que age; que não acompanha nem depende de regras ou normas; que utiliza do livre-arbítrio de uma outra pessoa e desrespeita a lei”. Ou seja, o ato arbitrário acontece quando a Autoridade Fiscal, desvinculada de critérios legais, impõe ao sujeito passivo o cumprimento de uma obrigação não baseadas em provas, mas em mera ficção desprovida de fundamento jurídico válido e legal. Diferentemente é o ato de arbitramento, que consiste na “fixação de determinada quantia mediante arbítrio³⁵” e só tem cabimento nas hipóteses legalmente previstas.

Coadunamos do entendimento de Fabiana Del Padre Tomé³⁶ de que a realização de arbitramento somente é cabível “nas hipóteses em que a autoridade administrativa não tenha subsídios necessários à constituição do fato jurídico tributário, por ter o contribuinte deixado de cumprir deveres instrumentais, tais como a realização

³³ **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 342.

³⁴ Significado extraído do site: <http://www.dicio.com.br/arbitrario>. Acesso em 05/03/2016.

³⁵ TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 341.

³⁶ **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 345-346.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

de registros contábeis”; sendo mister que o descumprimento das obrigações implique em total impossibilidade de mensuração do fato jurídico tributário.

Infere-se, portanto, que a Autoridade Fiscal, para proceder ao ato de arbitramento, deve comprovar³⁷ que o contribuinte, mesmo tendo sido intimado a tanto, deixou de prestar as declarações ou esclarecimentos devidos; ou, caso tenha-os prestado e entregue os documentos contábeis e fiscais, estes não merecem credibilidade³⁸. E assim o é, porque “não basta a mera suspeita: é imprescindível a comprovação da imprestabilidade das informações e demais documentos, impedindo a quantificação do fato jurídico tributário” (TOMÉ, 2012, p. 346).

Dessa maneira, vislumbra-se que o arbitramento deve proceder-se estritamente dentro dos parâmetros legais, sendo cabível tão somente quando inexistente documentação regular ou, caso esta exista, o Fisco comprove a inveracidade dos fatos informados ou registrados pelo contribuinte.

3.2. Presunção e Arbitramento

A Autoridade Fiscal, impossibilitada de quantificar o fato jurídico tributário em razão da conduta ilícita praticada pelo contribuinte, deverá, com base em provas, arbitrar um valor que se aproxime o máximo possível do real. O Poder Público, através de autoridade competente, constatada a omissão ou falta de credibilidade das informações, declarações ou documentos apresentados pelo contribuinte, dará início a procedimento fiscal para apuração dos fatos. Neste sentido, Zuudi Sakakihara (2012, p. 633) esclarece que:

não merecendo fé as informações e os documentos apresentados pelo sujeito passivo, a Fazenda Pública, se quiser recorrer ao arbitramento da base de cálculo, deverá realizar uma série de atos orientados no sentido de levantar dados e elementos, concretos e verdadeiros, que conduzam de forma lógica e racional à verdade que quer demonstrar e permitam, assim, um regular arbitramento.

O ato de arbitramento pode se dar tanto pela constatação direta da ocorrência do fato jurídico tributário descrito no antecedente da regra matriz, quanto pelo

³⁷ “O ato jurídico de arbitramento deve ser motivado, permitindo com isso o controle de sua constitucionalidade e legalidade, e possibilitando o efetivo exercício do contraditório por parte do contribuinte. Por motivação deve-se entender tanto a indicação dos fundamentos legais que amparam o arbitramento, como os pressupostos de fato incorridos pelo contribuinte. Os fatos ensejadores, no caso concreto, da competência de arbitrar, devem estar minuciosamente descritos”. (FERRAGUT. Maria Rita. **As provas e o Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163)

³⁸ Credibilidade, segundo significado extraído do Dicionário Léxico (<http://www.lexico.pt/credibilidade>) é o “atributo ou característica daquilo ou daquele que é crível; particularidade de algo ou alguém crível, plausível ou verossímil”.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

conhecimento indireto da ocorrência do fato, através da *presunção*³⁹ do fato jurídico, com base nos dados levantados através do procedimento fiscalizatório.

Importante salientar que essa *presunção* do fato jurídico tributário deve ocorrer com base em provas, já que a autoridade administrativa tem o dever de verificar a ocorrência da situação jurídica tributária e não mero ônus. Lição importante sobre o tema nos traz José Souto Maior Borges⁴⁰, ao aduzir que:

O fisco, entretanto, tem o dever – não o ônus - de verificar a ocorrência da situação jurídica tributária conforme ela se desdobra no mundo fático, com independência das chamadas provas pré-constituídas ou presunções de qualquer gênero. (...) Se o procedimento administrativo tributário é, em princípio, indisponível, nele não cabe a inserção da categoria jurídica em que o ônus consiste.

O Direito Tributário, tendo como corolário os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, não pode admitir a constituição da obrigação tributária com base em meras presunções desprovidas de qualquer prova, até mesmo porque, apesar de a *presunção* da ocorrência do fato jurídico tributário ser possível em alguns casos específicos, ela deve estar adstrita aos limites legais e devidamente provadas.

Assim, infere-se que o arbitramento, em si mesmo, não é *presunção*; todavia, dele decorre, já que *presumido* a ocorrência do fato antecedente da regra matriz, a autoridade fiscal fará incidir a regra tributária através do ato de arbitramento da base de cálculo, fazendo, então, nascer o liame obrigacional. Florence Cronemberger Haret⁴¹, em sua tese de doutorado, discorrendo sobre o tema esclarece que:

enquanto a regra presuntiva permite ao Fisco supor a ocorrência do evento descrito no fato jurídico, provado direta e indiretamente (quando da impossibilidade de produção de provas diretas e da constatação de graves e concordantes indícios), o arbitramento atua diretamente na base de cálculo, fornecendo dados e indicativos preciso e concordantes para fins de alcançar valor aproximado do real e prefixar o débito tributário.

³⁹ O termo *presunção* aqui empregado e utilizado para fins de arbitramento da base de cálculo do tributo difere-se do conceito de *presunção* utilizado popularmente no sentido de “julgamento feito a partir de indícios, hipóteses ou aparências” (conceito extraído do Dicionário Online de Português. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/presuncao>. Acesso em: 20/03/16).

⁴⁰ *apud* TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012, p. 268.

⁴¹ **Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática**. 2010. Texto extraído do site: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_. Acesso em 04/03/2016. p. 163.

Portanto, tem-se que *presunção* e arbitramento não se confundem, porém este daquele decorre, já que o arbitramento da base de cálculo do tributo é consequência da *presunção* anterior da ocorrência do evento descrito na hipótese da regra matriz de incidência tributária, quando não for possível sua constatação de forma direta.

Frisa-se que o arbitramento consiste em técnica de apuração do montante da base de cálculo do tributo, seja através da constatação direta ou indireta (*presunção*) da ocorrência do fato descrito no antecedente da regra matriz de incidência tributária.

Logo, tem-se que a *presunção* e o arbitramento são técnicas jurídicas diversas, sendo a *presunção* utilizada para a constatação indireta da ocorrência do fato jurídico tributário e o arbitramento para apurar o montante da base de cálculo do tributo, podendo ocorrer tanto quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário de forma direta, quanto de forma indireta, através da *presunção*.

3.3. Arbitramento e sanção

A norma de fundamento legal do arbitramento:

compõe-se, em seu antecedente, por conduta omissiva ou que não mereça fé, e, em seu consequente, pela própria competência atribuída à Autoridade Administrativa a, nestes casos especificados pelo artigo 148 do CTN, proceder à apuração de forma arbitrada. Uma vez competente para tanto (suposto), o ente fiscal deve arbitrar o quantum na forma da lei, ou melhor, deve-ser a base de cálculo arbitrada (consequência) (HARET, 2010, 164).

Da análise da norma de fundamento legal do arbitramento, não se infere, em momento nenhum, a sanção, já que trata-se de mero regime de tributação, jamais em penalidade. E assim o é porque o arbitramento é técnica de **apuração da base de cálculo do tributo**, em razão da omissão ou má-fé das informações ou documentos apresentados pelo contribuinte.

O Código Tributário Municipal de Goiânia, em seu artigo 58, que dispõe sobre o arbitramento da base de cálculo do ISSQN (preço do serviço), aduz expressamente que o arbitramento se dará “sem prejuízo das penalidades cabíveis”, destacando que a natureza jurídica do arbitramento se difere da sanção. Arbitramento não é sanção.

Logo, não restam dúvidas de que o arbitramento não é sanção, mas sim técnica alternativa de apuração de tributo, nos casos de omissão ou não credibilidade das declarações, esclarecimentos prestados ou documentos expedidos pelo sujeito passivo; não ilidindo, todavia, a aplicação de sanção, além da cobrança do tributo, em razão da conduta ilícita praticada pelo contribuinte.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

3.4. Arbitramento com base em *presunção* da ocorrência do fato jurídico tributário pela realização de *despesas* do contribuinte

Durante o procedimento de fiscalização, constatada a omissão do contribuinte ou a má-fé dos esclarecimentos, declarações ou documentos apresentados, a Autoridade Fiscal poderá valer-se do arbitramento para apurar a base de cálculo do tributo.

Para fins de arbitramento da base de cálculo, a constatação da ocorrência do fato jurídico tributário pode se dar de forma direta ou indireta, através da *presunção*.

A *presunção*, todavia, não pode se dar de qualquer maneira. Deve obedecer critérios legais rigorosos hábeis a constatar a ocorrência do evento no mundo fenomênico e sua subsunção ao fato descrito na hipótese da regra matriz de incidência tributária. É imprescindível que a autoridade administrativa prove o “fato que desencadeia a operação presuntiva e viabiliza a instalação da relação jurídica correspondente. A existência de norma presuntiva não dispensa a produção probatória por parte da fiscalização”(TOMÉ, 2012, p. 164).

Fabiana Del Padre Tomé esclarece que “só se admite a emissão de norma individual e concreta constituidora da obrigação tributária ou de relação jurídica sancionatória quando evidenciado os elementos tipificadores do fato que desencadeia efeitos dessa natureza” (TOMÉ, 2012, p. 225).

Apesar de a utilização das *presunções* no direito tributário ter como objetivo a criação de mecanismos dificultadores da evasão fiscal, dar maior eficiência ao sistema arrecadatário de tributos e evitar a investigação exaustiva do caso concreto, para fins de reduzir os custos na aplicação da lei e dispensar a colheita de provas que violem a garantia individual do cidadão; tais objetivos se contrapõem aos

(...) direitos constitucionalmente assegurados aos contribuintes, como os princípios da legalidade, da tipicidade, da rígida discriminação constitucional das competências impositivas e da capacidade contributiva, **exigindo que a adoção de presunções seja realizada de forma compatível com mencionados direitos constitucionais**(*grifo nosso*)(TOMÉ, 2012, p. 161).

E assim o é porque o fato de a constatação do fato jurídico tributário poder se dar de forma indireta, não possibilita à administração agir de maneira arbitrária. O ônus da prova não pode ser invertido. A Administração deve provar a ocorrência do fato jurídico tributário, já que “(...) nem a *presunção* de validade dos atos administrativos, nem a falta de estrutura e pessoal, são razões que autorizam a prática, ainda comum, de transferir ao particular o dever de provar”(FERRAGAUT, 2016, p. 73).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Ocorre que, não raras vezes, o Fisco, constatando que as *despesas*⁴² do contribuinte para a prestação dos serviços é maior que a receita auferida com a efetiva prestação dos serviços, através do método da *indução*⁴³, presume a ocorrência do fato jurídico tributário, sem qualquer prova neste sentido, e arbitra a base de cálculo dos tributos.

Induzir a ocorrência do fato jurídico tributário pela simples consideração das *despesas* do contribuinte para a prestação dos serviços é totalmente contrário aos primados constitucionais da legalidade, razoabilidade e capacidade contributiva, até mesmo porque “a particularidade dos fatos, por mais numerosos que sejam, não é apta a justificar a universalidade de uma assertiva⁴⁴”, ou seja, a existência de despesas que ultrapassem o valor percebido pelo contribuinte pela efetiva prestação dos serviços (despesa maior que o preço do serviço), não é capaz de justificar a ocorrência do evento no mundo fenomênico, capaz de fazer nascer a obrigação tributária e embasar o arbitramento da base de cálculo. Neste sentido, Luis Eduardo Shoueri⁴⁵ esclarece que:

estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se de o nascimento da obrigação do contribuinte. **Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador da lei substitua a prova é conceber a possibilidade – ainda que remota diante da altíssima probabilidade que motivou a ação fiscal – de que se possa exigir um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador. (grifo nosso)**

É cediço que o contribuinte, para a prestação dos serviços, necessita de uma estrutura mínima, tendo *despesas* fixas e variáveis para o desenvolvimento de sua atividade prestacional. A existência de *despesas* independe da efetiva prestação dos serviços, sendo totalmente possível que as *despesas* ultrapassem o preço dos serviços, a depender de situações externas, tais como crise econômico-financeira, mercado interno, concorrência, entre outros.

⁴² De acordo com o Comitê de Pronunciamento Contábeis 00 (CPC 00), item 4.33 “A definição de despesas abrange tanto as perdas quanto as despesas propriamente ditas que surgem no curso das atividades usuais da entidade. As despesas que surgem no curso das atividades usuais da entidade incluem, por exemplo, o custo das vendas, salários e depreciação. Geralmente, tomam a forma de desembolso ou redução de ativos como caixa e equivalentes de caixa, estoques e ativo imobilizado”. Extraído do site: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80>. Acesso em: 21/03/2016.

⁴³ “Raciocínio que parte de dados particulares (fatos, experiências, enunciados empíricos), e por meio de uma sequência de operações cognitivas, chega a leis ou conceitos mais gerais, indo dos efeitos à causa, das consequências ao princípio, da experiência à teoria”. (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles *apud* HARET. Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática**. 2010. Texto extraído do site: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_... Acesso em 04/03/2016. p. 135)

⁴⁴ CONTE-SPONVILLE, André *apud* TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012, p. 153.

⁴⁵ *apud* TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012. p. 165.

Havendo situações em que o valor das despesas pode ultrapassar o preço dos serviços, sem que haja qualquer manobra do contribuinte visando burlar o pagamento do imposto, as despesas do contribuinte não podem ser consideradas como indício para a *presunção* da ocorrência do fato jurídico tributário, posto que “se a verificação do indício a partir do qual se constrói a conclusão permitir não só a ocorrência do fato alegado, como também outro diverso, indevido seu emprego para fins de constituição do fato jurídico tributário” (TOMÉ. 2012, p. 166).

Portanto, somente é possível *presumir* a ocorrência da efetiva prestação de serviços com base nas *despesas* do contribuinte, quando, da verificação do indício não se puder chegar, também, em conclusão diversa, qual seja, de que o evento não aconteceu no mundo fenomênico.

4. O ARBITRAMENTO DO ISSQN: QUANTIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

A lei instituidora do ISSQN, como norma geral e abstrata, deve conter elementos mínimos que identifiquem a incidência do tributo, elementos estes que podem ser descritos pela regra matriz de incidência tributária. Realizado o evento no mundo fenomênico, e se enquadrando este no antecedente da regra matriz, ocorre o fenômeno da incidência tributária, nascendo, então, o direito do sujeito ativo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma prestação pecuniária. Para quantificação da prestação pecuniária devida pelo sujeito passivo ao sujeito ativo, deve-se aplicar determinada alíquota a uma base de cálculo determinada, que, no caso do ISSQN, consiste no preço do serviço.

Não sendo possível identificar o preço pago pela prestação dos serviços, seja pela omissão ou pela má-fé nas informações, nas declarações ou nos documentos apresentados pelo contribuinte, a Administração fiscal deverá valer-se do arbitramento, que deve chegar a um valor o mais próximo possível da realidade.

Considerando que o arbitramento deve se dar dentro dos limites legais estatuídos pelo artigo 148 do Código Tributário Nacional, e este institui o arbitramento como um procedimento administrativo-fiscal para definir a **base de cálculo** do tributo, não pode o Fisco se valer do arbitramento para incluir valores que não integram a base de cálculo do ISSQN. Paulo Campilongo⁴⁶, trouxe-nos importante lição acerca da impossibilidade do Fisco arbitrar valor destoante do valor econômico da prestação dos serviços:

A base de cálculo de qualquer espécie tributária encontra um parâmetro constitucional. **O legislador constituinte estabelece**

⁴⁶ CAMPILONGO, Paulo Antonio Fernandes. **ICMS – ARBITRAMENTO** - A Fiscalização deve apurar o montante devido no lançamento tributário com abatimento dos “créditos” ainda que não declarados em GIA? Artigo disponível no site: <http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20Campilongo.pdf>. Acesso em: 20/03/2016.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

os critérios possíveis da base de cálculo dos tributos. Invariavelmente esses critérios estão umbilicalmente ligados à hipótese de incidência do tributo, por exemplo, auferir renda, prestar serviço, industrializar etc. (...)

Eis aí um limite objetivo ao arbitramento. O valor arbitrado de uma mercadoria não pode estar despregado do valor econômico dessa operação. Se arbitrariamente o Fisco se utiliza de outro parâmetro econômico não estará utilizando uma base de cálculo do ICMS⁴⁷. **Não há liberdade ou discricionariedade do Fisco para tanto.** Nessas hipóteses a avaliação contraditória do contribuinte ilide a presunção de certeza do Fisco. (*grifo nosso*)

Todavia, não raras vezes, o Fisco Municipal, constatando que a prestação dos serviços pelo sujeito passivo é menor do que o montante de suas *despesas*, isto é, que o montante despendido para a realização de suas atividades é maior que o valor percebido pela prestação dos serviços; *presume* a ocorrência do fato jurídico tributário, sem qualquer prova neste sentido, arbitrando a base de cálculo do imposto de maneira que esta seja superior ao valor despendido para satisfação de suas despesas.

O § 7º do artigo 57 do Código Tributário de Goiânia (Lei nº 5.040/1975), estabelece alguns requisitos a serem considerados na apuração do arbitramento, entre eles o valor das despesas operacionais e administrativas necessárias à prestação dos serviços:

Art. 57. (...) § 7º. Na apuração do arbitramento ou da estimativa, a autoridade fiscal considerará: I - O período de abrangência; II - Os preços correntes dos serviços; III - O volume de receitas em períodos anteriores, inclusive quando arbitrados, e sua projeção para o futuro, podendo observar o faturamento de outros contribuintes com idêntica atividade; IV - A localização do estabelecimento; V - As peculiaridades inerentes à atividade exercida e fatos ou aspectos que exteriorizem a situação econômico-financeira do sujeito passivo; VI - O valor dos materiais empregados na prestação dos serviços, o valor locatício do ponto comercial, depreciações do ativo imobilizado, os salários, gratificações, retiradas, encargos previdenciários, trabalhistas, sociais, os gastos com energia e comunicações e outras despesas operacionais e administrativas.

Corroborando o dispositivo legal supracitado, encontramos entendimento jurisprudencial manifestando pela legalidade do arbitramento realizado com base nas *despesas* do contribuinte. Neste sentido cumpre-nos transcrever trecho do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁸, que entendeu pela possibilidade de apuração da base de cálculo a partir de despesas do sujeito passivo.

⁴⁷ Para fins de objeto do presente estudo, poderia se dizer: O valor arbitrado de uma prestação de serviço não pode estar despregado do valor econômico desse serviço. Se arbitrariamente o Fisco se utiliza de outro parâmetro econômico não estará utilizando uma base de cálculo do ISSQN.

⁴⁸ Apelação nº 0015635-72.2007.8.26.0132, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Alberto Pizarini.

Entendemos que a tese acima esposada fere o sistema jurídico tributário. É cediço que arbitramento da base de cálculo do tributo pode ocorrer quando forem omissos ou não mereçam fé as declarações ou documentos apresentados pelo contribuinte, e for constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, seja de forma direta ou indireta (*presunção*).

No entanto, a constatação da ocorrência do fato jurídico tributário através da *presunção*, não pode ocorrer pelo livre arbítrio da Autoridade Fiscal, que tem a obrigação de comprovar, por meio de provas, a sua ocorrência. E se da análise do indício utilizado como premissa para se concluir/presumir pela ocorrência do fato jurídico tributário, for possível concluir de maneira diversa, isto é, pela não ocorrência do evento no mundo fenomênico, indevido seu emprego para fins de imputação da obrigação tributária.

E a utilização das *despesas* do contribuinte como premissa para presumir a ocorrência do fato jurídico tributário, através do método da indução, apesar de, em alguns casos, configurar omissão do contribuinte na constituição do crédito tributário, também pode levar à conclusão de que o contribuinte está enfrentando dificuldades financeiras, no qual suas *despesas* são maiores que o valor percebido pela prestação dos serviços, havendo déficit em seu caixa.

Logo, a existência de *despesas* maiores que os valores recebidos pela prestação dos serviços não pode ser suficiente para *presumir* ocorrido o fato jurídico e suficiente para embasar o arbitramento da base de cálculo do ISSQN, já que, frisa-se, dependendo do momento econômico que a empresa está vivenciando, as *despesas* podem ultrapassar o valor auferido com a prestação dos serviços, sem que isso seja suficiente para induzir a elisão fiscal e fundamentar a cobrança do tributo, já que não houve a prática do evento no mundo fenomênico.

Ademais, tem-se que a base de cálculo do ISSQN (preço do serviço), umbilicalmente ligado à hipótese de incidência do imposto, não pode estar em dissonância com o valor econômico da prestação dos serviços. E as *despesas* do contribuinte não possuem ligação com o preço dos serviços⁴⁹, motivo pelo qual não pode ser utilizado como critério para arbitramento da base de cálculo do ISSQN.

José Artur Lima Gonçalves traz-nos importante lição sobre a invalidade das normas que visam imputar a certo evento fenomênico o status de fato imponible que não se caracteriza como tal, ou manipular o conteúdo patrimonial de obrigação tributária:

Todas – e não menos que todas – as normas jurídicas que pretendam, por meio de ficção, imputar os efeitos de fato imponible

⁴⁹ Importante salientar que o artigo 110 do CTN aduz que “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

a evento fenomênico que não se caracterize como tal ou manipular o conteúdo patrimonial de obrigação tributária, ou alcançar particular não incluído na categoria de contribuinte (entendido este como o destinatário constitucional da carga tributária), deverão, simplesmente, ser descritas como normas inválidas, alheias ao sistema constitucional, incompatíveis com o subsistema constitucional tributário (TOMÉ, 2012, p. 161-162).

Assim, não havendo correspondência das *despesas* do contribuinte com o preço dos serviços, e não podendo tais *despesas* ser utilizadas para presumir-se a ocorrência do fato jurídico tributário, posto que não necessariamente importam na efetiva ocorrência do evento no mundo fenomênico, inválida é a Lei Municipal que estabelece como critério para fixação da base de cálculo do ISSQN, por meio de arbitramento, o valor das *despesas* do contribuinte.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ já se manifestou a respeito da impossibilidade de utilização das despesas do contribuinte para fins de arbitramento da base de cálculo do ISSQN.

Portanto, entendemos que o arbitramento válido e legal é aquele em que o Poder Público, verificando a omissão do contribuinte ou sua má-fé nas informações, nas declarações ou nos documentos apresentados, arbitra o *quantum debeatur* do ISSQN tomando por base o preço do serviço, jamais as *despesas* do contribuinte, que não correspondem, de modo algum, à receita pelos serviços tributáveis e não são hábeis a *presumir* a ocorrência do fato jurídico tributário.

CONCLUSÃO

A Administração Fiscal, adstrita ao princípio da legalidade, deve se ater aos valores que efetivamente compõem a base de cálculo do ISSQN, que nos termos do artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03 é o preço do serviço, para apurar o *quantum debeatur* do imposto.

O arbitramento, previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, consiste em técnica de apuração da base de cálculo do tributo quando forem omissas ou não mereçam fé as declarações, informações ou documentos apresentados pelo contribuinte ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Para validade do arbitramento mister: a) existência de processo regular; b) omissão ou falta de fé das declarações, esclarecimentos ou documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado. O arbitramento não pode se dar de

⁵⁰ Recurso Especial nº 200.249/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 13/02/2001.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

modo arbitrário, devendo o contribuinte ser intimado para se manifestar sobre o lançamento e o arbitramento utilizado para quantificar o montante do tributo devido, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, tem-se que ato de arbitramento, por tratar-se de medida excepcional, somente pode ocorrer quando não for possível constatar a real base de cálculo do tributo com base na documentação contábil e fiscal do contribuinte ou, ainda, quando os erros em sua escrita não puderem ser corrigidos de ofício pelo Fisco, por macularem a idoneidade dos documentos.

O arbitramento não se confunde com a *presunção*, porém dela decorre, já que o arbitramento da base de cálculo do tributo é consequência da *presunção* anterior da ocorrência do fato jurídico descrito na hipótese da regra matriz, quando não for possível sua constatação de forma direta. A *presunção* da ocorrência do fato jurídico tributário somente pode ocorrer se baseado em provas, já que a autoridade administrativa tem o dever, e não mero ônus, de verificar a ocorrência da situação jurídica tributária.

A *presunção*, apesar de ser permitida em nosso ordenamento jurídico, não possibilita à Administração Fiscal sua utilização de forma indiscriminada. Ocorre que, não raras vezes, o Fisco, constatando que as despesas do contribuinte para a prestação dos serviços é maior que a receita auferida com a efetiva prestação dos serviços, através do método da indução, *presume* a ocorrência do fato jurídico tributário, sem qualquer prova neste sentido, e arbitra a base de cálculo dos tributos.

Todavia, o contribuinte, para o desempenho de suas atividades, possui despesas fixas e variáveis, sendo que certas despesas não deixam de existir independentemente da ocorrência ou não da prestação dos serviços. Dependendo do momento econômico que o prestador de serviços enfrenta, suas despesas para a prestação dos serviços pode ultrapassar o valor da receita auferida com a efetiva prestação dos serviços, sem que isso caracterize elisão fiscal.

Ademais, tem-se que a base de cálculo do ISSQN (preço do serviço), umbilicalmente ligado à hipótese de incidência do imposto, não pode estar em dissonância com o valor econômico da prestação dos serviços. E as despesas do contribuinte não possuem ligação com o preço dos serviços, motivo pelo qual não pode ser utilizado como critério para arbitramento da base de cálculo do ISSQN.

Portanto, a *presunção* da ocorrência do fato jurídico tributário, através da indução de que houve a realização do evento no mundo fenomênico porque as despesas ultrapassam o valor percebido pela efetiva prestação dos serviços é totalmente ilegal, por violar os princípios da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, visto que, se a verificação do indício utilizado para se chegar a conclusão da ocorrência do fato jurídico tributário permitir chegar, também, em conclusão diversa, qual seja, de que o

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

evento não aconteceu no mundo fenomênico, tem-se que sua utilização para fins de constituição do fato jurídico tributário é indevida.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO. Aires F. **ISS na Constituição e na Lei**, São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **A base de cálculo do ISS** - Tributação e Processo. São Paulo: Noeses, 2007.

BORGES. José Souto Maior *apud* TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Noeses, 2011/2012.

BOTTALLO, Eduardo. **Repertório IOB de Jurisprudência** nº 23/99. Caderno 1.

BRASIL. Código Tributário Municipal de Goiânia. Lei nº 5.040, de 20 de novembro de 1975.

_____. Código Tributário Nacional. 1966.

_____. Constituição, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968.

_____. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

CAMPILONGO. Paulo Antonio Fernandes. **ICMS – ARBITRAMENTO** - A Fiscalização deve apurar o montante devido no lançamento tributário com abatimento dos “créditos” ainda que não declarados em GIA?. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20Campilongo.pdf>>. Acesso em: 20/03/2016.

CARRAZA. Roque Antonio. **Imposto Sobre Serviços**. Revista de Direito Tributário. vol. 48.

CARVALHO. Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário** – Col. Sinopses Jurídicas. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMITÊ de Pronunciamento Contábeis 00 (CPC 00). Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80>>. Acesso em: 21/03/2016.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

CONTE-SPONVILLE, André *apud* TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012.

DICIONÁRIO Online de Português. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 21/03/2016.

DICIONÁRIO Léxico. Disponível em: <<http://www.lexico.pt/>>. Acesso em: 21/03/2016.

FERRAGUT, Maria Rita. **As provas e o Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2016.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GARCIA, Othon *apud* HARET. Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário**: Teoria e Prática. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger>. Acesso em 04/03/2016.

GONÇALVES, José Artur Lima *apud* TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012.

HARET. Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário**: Teoria e Prática. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger>. Acesso em 04/03/2016.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles *apud* HARET. Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário**: Teoria e Prática. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger>. Acesso em 04/03/2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços**. 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

MELO. José Eduardo Soares de Melo. **Aspectos teóricos e práticos do ISS**. São Paulo: Dialética, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAKAKIHARA, Zuudi. **Código Tributário Nacional Comentado**, Coordenador Vladimir Passos Freitas, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição.

SHOUERI, Luis Eduardo *apud* TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012.

TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012.

XAVIER, Alberto. **Manual de Direito Fiscal I** (Reimpressão), Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1981.

XAVIER. Alberto *apud* TOMÉ. Fabiana Del Padre. **A prova no Direito Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2011/2012

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

REQUISITOS DE VALIDADE DA ALTERAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

Amanda Jacobs GARCIA¹

RESUMO: O presente ensaio analisa os requisitos de validade da alteração do contrato de trabalho, em face das obrigações das partes contratantes, tendo em vista a natureza sinalagmática do contrato em análise, bem como limites ao poder diretivo do empregador estampados no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. O tema da pesquisa está inserido no campo do Direito Individual do Trabalho e fez uso de documentação indireta de fontes secundárias e direta.

Palavras-chaves: Alteração contratual. Jus variandi. Limites.

ABSTRACT: This essay analyzes the validity requirements of the alteration of the labor contract, in view of the obligations of the contracting parties, due to the synergistic nature of the contract under analysis, as well as limits to the directive power of the employer stamped in article 468 of the Consolidation of Labor Laws. The research topic is inserted in the field of Individual Labor Law and made use of indirect documentation of secondary and direct sources.

Keywords: Contractual amendment. Jus variandi. Limits.

1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho define o contrato individual de trabalho como o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Dessa forma, trata-se de um acordo realizado entre as partes, de forma tácita ou expressa, no qual uma das partes (empregado) obriga-se à prestação de serviços, respeitados os requisitos dos art. 2º e 3º da CLT, e à outra parte (empregador) incumbe a remuneração pelo trabalho realizado.

A despeito da consagrada crítica à expressão “contrato de trabalho”, porquanto entende acertado o termo “contrato de emprego”, o ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado define o contrato de trabalho como:

(...) o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.

¹ Analista do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Graduada em Direito pela Universidade do Norte do Paraná.

Os dois agentes da relação de emprego (empregado e empregador) possuem obrigações decorrentes do contrato, porquanto o contrato possui natureza sinalagmática, ficando sob responsabilidade do empregador àquelas relativas à obrigação de dar (de pagamento) e fazer (assinar CTPS, por exemplo) e, a cargo do empregado, em fazer (prestar serviços).

O empregador, visando organizar a estrutura e o espaço empresarial interno, concentra um conjunto de prerrogativas denominado poder diretivo, também chamado de *jus variandi*, definido por Augusto César Leite de Carvalho como a “*capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa*”(CARVALHO, 2018, p. 138).

Todavia, o poder que o empregador detém sobre a estrutura empresarial (mormente em face também do princípio da alteridade) encontra limites decorrentes do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, tais como alterações de funções, alterações na duração do trabalho, de salário etc.

Em que pese não ser o tema central deste estudo, esclareço que as alterações contratuais se dividem em subjetivas, quando a alteração ocorre com as partes contratuais, e objetivas, aquelas relativas às condições do contrato.

Quanto aos limites do poder diretivo do empregador, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, sobretudo no que concerne às alterações contratuais, senão vejamos:

ALTERAÇÃO NO CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. NEGADO PROVIMENTO. Muito embora a elaboração de norma interna se insira no poder diretivo do empregador, tal poder encontra óbice ao atingir as condições de trabalho ou mesmo a remuneração pactuada com o empregado, seja diretamente ou na forma de cálculo, pois configura alteração unilateral do contrato de trabalho, o que é defeso nos termos do artigo 468, da CLT. Inteligência da Súmula nº 51, do TST. (Recurso Ordinário nº 0000576-41.2011.5.01.0038, 4ª Turma do TRT da 1ª Região/RJ, Rel. Álvaro Luiz Carvalho Moreira. DOERJ 23.05.2017, in www.plenum.com.br, destaques acrescidos).

ACÚMULO DE FUNÇÕES. REQUISITOS PREENCHIDOS. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI DO RADIALISTA. (...) Em suma, o empregador rompeu com uma das características basilares do contrato de trabalho que é a sinalagma, consistente numa relação que possui prestações opostas e equilibradas, e, conseqüentemente, ensejando a quebra da base objetiva do pacto laboral em franca hipótese de alteração contratual in pejus (art. 468 da CLT). É certo, ainda, que a conduta patronal não se amolda aos estritos limites do *jus variandi*, previsto no art. 456, parágrafo único, da CLT, de forma a configurar abuso do poder diretivo do empregador, nos moldes do art. 187 do CC/02. (...). (RO nº 00023001620145020081 (20161004320), 4ª Turma do TRT da 2ª Região/SP, Rel. Maria Isabel Cueva Moraes. DOe 20.01.2017, in www.plenum.com.br, destaques acrescidos).

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

Destaca-se que a alteração contratual no Direito do Trabalho diverge daquela prevista no Código Civil, fundada na fórmula *pacta sun servanda* (que estabelece que as cláusulas não podem ser modificadas), tendo sido atenuada atenuadora para desaguar no princípio inalterabilidade contratual unilateral, para possibilitar a modificação de cláusulas ao longo do contrato.

Mas, para além disso, a alteração contratual deve observar, além do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também o do direito de resistência do obreiro e o *jus variandi* empresarial.

Conclui-se, portanto, que as alterações serão lícitas, em princípio, se forem bilaterais e não acarretarem prejuízo ao empregado, requisitos que serão analisados no tópico seguinte.

No exercício do *jus variandi*, são permitidas pequenas alterações unilaterais, desde que não resultem em prejuízo ao empregado, devendo ser tal prerrogativa exercida com razoabilidade.

O artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que “*só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia*”.²

O primeiro requisito de validade, consistente no mútuo consentimento, indica que as partes devem anuir com a alteração do contrato de trabalho. A jurisprudência segue essa linha de visada, *in verbis*:

(...) BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. JORNADA DE 6 HORAS DIÁRIAS. VINCULAÇÃO AO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989. ALTERAÇÃO DE JORNADA PARA 8 HORAS DIÁRIAS. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1998. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. SÚMULA 51, ITEM I, DO TST. De acordo com os princípios da condição mais benéfica e da inalterabilidade contratual lesiva, incorporados ao art. 468 da CLT e à Súmula nº 51, I, do c. TST, as cláusulas integrantes do contrato de trabalho a ele aderem de forma indissolúvel, passando a integrar definitivamente o patrimônio jurídico do empregado, alcançando assim status de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), não podendo ser suprimidas ou modificadas, salvo se por condições mais vantajosas e ainda assim por mútuo consentimento, como forma de prevenir direta ou indiretamente prejuízos. Nos termos do art. 444, "caput", da CLT, as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Ora, é lícito ao empregador conceder benefícios a seus empregados além daqueles previstos em lei. No entanto, uma vez concedidos, incorporam-se ao contrato de

² Artigo 468, Consolidação das Leis do Trabalho.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

trabalho, convolvando-se em direito adquirido, não podendo mais ser suprimidos unilateralmente pelo empregador ou alterados, salvo por condição mais favorável, sob pena de nulidade da cláusula infringente da garantia. (...) (AG-RR nº 2015-05.2011.5.02.0024, 3ª Turma do TST, Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte. j. 13.02.2019, Publ. 15.02.2019, *in* www.plenum.com.br).

O segundo requisito traduz-se na ausência de prejuízo ao empregado. Com base nesse premissa, Amauri Mascaro Nascimento (2018, p. 296) nos ensina que:

Essa regra, impeditiva da alteração não consensual, reflete forte intervenção na autonomia da vontade, porém, necessária. Impede até mesmo a modificação bilateral, consentida, portanto, pelo trabalhador, desde que dela possam resultar-lhe prejuízos, caso em que tem o direito de pleitear a anulação do ato danoso e a restituição das condições de trabalho vigentes antes da alteração.

No direito brasileiro, portanto, o dispositivo analisado é rígido quanto ao exercício do *jus variandi*, porquanto, ainda que o empregado aceite, não será lícita a alteração contratual que lhe causar prejuízos, sendo declarada não apenas ilícita mas nula de pleno direito a alteração prejudicial do contrato de trabalho, considerando o artigo 9 da CLT.

Isso porque o objetivo da legislação é a proteção do empregado, que se encontra em posição de inferioridade econômica com relação ao empregador, ao qual está subordinado juridicamente.

Dessa forma, não é possibilitado ao empregador, a despeito de utilizar-se do seu poder diretivo, impor alterações que prejudiquem o empregado, ainda que indiretamente, tampouco com as quais ele não concorde.

Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 468 da CLT, somente será lícita a alteração dos contratos individuais de trabalho quando houver o consentimento das partes (mormente o do empregado), e desde que não cause prejuízos ao obreiro, sob pena de nulidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho - CLT**. Brasília: Senado, 1943.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, pág. 607, *in* <http://ltrdigital.com.br>.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, pág. 138, *in* <http://ltrdigital.com.br>.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

NASCIMENTO, Amauri Mascaro **Iniciação ao direito do trabalho** / Amauri Mascaro Nascimento, Sônia Mascaro Nascimento 41. ed. São Paulo: LTr, 2018, pág. 296, in ltrdigital.com.br.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------

1

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 22	238 páginas	2017
------------	---------------------	-------	-------------	------