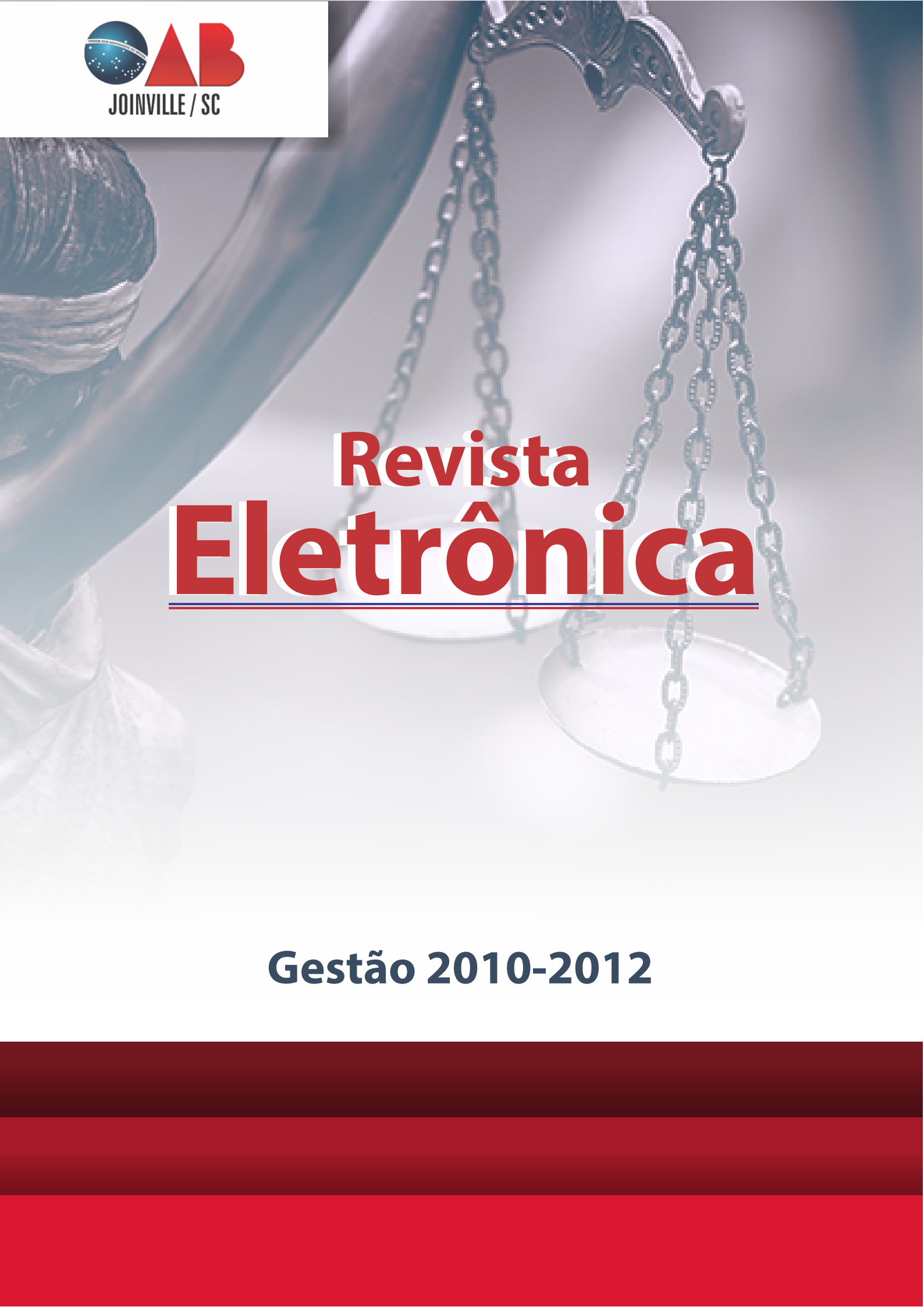




Revista Eletrônica

Gestão 2010-2012

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da **Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC**.

Escopo

Estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de científicos, preferencialmente inéditos.

Além dos advogados, o público alvo abrange os operadores das demais carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica OAB Joinville é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica da OAB Joinville - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam, necessariamente, posições da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC, nem de seus dirigentes.

Gratuidade

A participação no Conselho Editorial da Revista se dá em caráter voluntário, não remunerado. Pela publicação dos artigos não serão devidos direitos autorais ou qualquer espécie de remuneração ao(s) autor(es).

Publicação seriada com código ISSN

A Revista Eletrônica OAB Joinville está identificada pelo código ISSN 2178-8693, requerido ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo.

Valida a publicação como repositório de artigos científicos exigido para diversos fins, como programas de pós-graduação, inserção na Plataforma Lattes, CNPQ, dentre outros.

Endereço para correspondência

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacu
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br ou pelo **fale conosco**.

A Concretização dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, albergados no artigo 5º e incisos da nossa Carta Política, constituem-se normas pétreas que não podem ser subtraídas e muito menos alteradas por emendas constitucionais.

Destarte, não façamos deste entendimento a sua funcionalidade, visto que, nos dias de hoje, os órgãos da administração pública estão longe de atender às suas finalidades, em especial o Sistema Único de Saúde (SUS), ao qual compete prestar assistência médica e gratuita à população.

A sociedade está estarrecida com os governantes e a forma pela qual seus secretários e ministros, dependendo da esfera governamental, coordenam a máquina estatal. De outro norte, não podemos somente recriminar os órgãos públicos pela incompetência em determinados setores. Temos que cumprir nosso papel como cidadãos integrantes de um Estado de direito que nos possibilita mostrar que o poder emana do povo e para ele deve se dirigir.

O Mestre Rousseau, em sua brilhante obra Do Contrato Social, ensina a magnitude desse sistema, em que os cidadãos deixam de ser meros súditos para participar da constituição da base administrativa do Estado.

Atualmente, com a corrupção evidenciada e os escândalos aflorados, devemos, mais do que nunca, exigir o cumprimento das cláusulas pétreas, distanciando-nos da falácia de sua imutabilidade. Porém, não somente em relação aos pobres e miseráveis, como se entende comumente, ou melhor, como a mídia, que é verdadeiro instrumento de alienação, vende para seus milhares de telespectadores, mas relativamente a todo e qualquer cidadão.

É preciso acabar com a demagogia de criar leis inúteis, sem eficácia concreta (Estatuto do Idoso, por exemplo), achando que o problema está na falta de leis, quando, na verdade, o que falta é atitude. Até porque, muitos do povo acreditam que ser cidadão é votar nos dias de eleição e depois submergir no mar do senso comum. Não sejamos mais súditos, e sim, membros de um Estado que impõe deveres e obrigações para todos.

NOTA

1 Importante salientar que o caráter gratuito é acobertado pelos tributos embutidos em cada mercadoria ou serviço utilizado, sendo que essa é a contrapartida que o Estado deve à população.



Dixon Torres - OAB/SC 27.362

Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade UNESC de Criciúma, pós-graduado em Direito do Trabalho pela AMATRA 12 (Associação dos Magistrados da 12ª Região), Professor de Direito em Joinville. Autor de vários artigos.
dixon.torres@gmail.com

Como citar este Artigo:

TORRES, Dixon. A Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/54/a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

A Incoerência Funcional do Sistema Prisional

Segundo dados oficiais do Ministério da Justiça, o custo para manutenção de uma pessoa no sistema prisional brasileiro gira em torno de R\$ 3.000,00. É preciso esclarecer que isso não implica no recebimento por parte dos presos de benefícios nesse valor, mas, tão-somente, ser este o custo de toda a estrutura, incluindo os agentes de segurança pública. Essa informação deve(ria) causar grande indignação da população, porque os valores investidos pelos governos federal e estadual na educação dos nossos jovens ficam muito abaixo do valor referido. Aliás, nem chegam perto...

A incoerência funcional do sistema prisional é evidente! Embora muitos tenham a ilusão de que a violência desse sistema seja a solução para o problema da violência e da insegurança pública, a realidade é outra: o sistema prisional não retribui o mal injusto causado pelo crime, não corrige ninguém, não protege bens jurídicos (vida, patrimônio, liberdades etc.) e não representa uma ameaça àqueles que decidem praticar crimes.

Seguramente, nem mesmo a pena de morte retribui o mal injusto de crimes violentos, como homicídio, latrocínio e estupro. A execução da pena privativa de liberdade não reeduca, apenas degenera o ser humano, afastando-o cada vez mais dos ideais éticos que devem nortear a vida na sociedade. Os bens jurídicos continuam desprotegidos e os criminosos zombam das leis penais. O discurso falacioso de “lei e ordem”, muito em voga na atualidade, é difundido pelo terror midiático, envolvendo os menos avisados que não percebem que, apesar de todo o recrudescimento das leis penais ocorrido desde os anos 90 e da minimização de garantias no processo penal, os índices de criminalidade crescem diariamente.

E isso tudo é bom para quem? Certamente, é bom para muitos. Porém, é péssimo para a maioria da população, principalmente, a menos favorecida economicamente, que se torna mais vulnerável nos dois sentidos: primeiro, quando é alvo da criminalização promovida pelo Estado bourgeois, e, segundo, quando se vê no epicentro da violência, pois é nos bolsões de miséria que ela mostra a sua face mais horrenda.

São as empresas de seguros, de vigilância privada, de armas e os agentes públicos desonestos os que mais se beneficiam com esse quadro de pânico estimulador do crescimento e da incoerência funcional do sistema prisional.

A população brasileira, entorpecida pela carência de educação política e apavorada com as informações bombardeadas na mídia, vê o sistema prisional como a única solução dos problemas de segurança pública, esquecendo-se que somente por meio de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social é que os índices de violência cairão. Também esquece de ver no “outro” um ser igual em direitos e deveres, anseios, angústias, medos, e que a violação dos Direitos Humanos não pode ser aplaudida. Afinal, hoje, o “outro” pode ser alvo do sistema prisional. Mas, amanhã, todos nós seremos o “outro”, e, então, será tarde demais, ficando os nossos filhos para pagar a conta da incoerência funcional do sistema prisional, onde o único ponto de coerência está no fato de ser ele mantenedor e garantidor desse estado de coisas repleto de abismos sociais.

Dois são os caminhos que levam à mudança da forma como o sistema prisional

deve ser visto: o primeiro, emerge de uma ação altruísta, onde reconhecemos que a penúria, a miséria e a desigualdade social são causas relevantes dos índices de violência, mormente em uma sociedade consumista como a nossa, onde o homem é valorizado pelo que apresenta e não pelo que é (american lifestyle); o segundo, mais pragmático, é fruto de uma estratégia de autoconservação, criada a partir da observação de que todos nós seremos vítimas dessa maximização do Estado Penal em detrimento do Estado de Bem-Estar Social. Nesse ponto, poderíamos comparar a situação como a daquele dono de um animal feroz que lhe nega alimento e, quando menos espera, é atacado e morto por esse mesmo animal. O abismo social é o animal que irá nos devorar se não mudarmos já.

A cegueira mata! E os mitos evitam quem enxerguemos o mundo da vida. Neste mundo, jovens são aniquilados pelo sistema penal – dentro e fora dele –. E nessa louca balada, vamos vivendo temerosos de andar pelas ruas, cuja patologia é retratada em quadros paranóicos. Mas, é preciso lutar democraticamente contra o ceticismo, cuja tarefa compete àqueles comprometidos com a ética e com o progresso do país.

Estado Social máximo, com grandes investimentos em educação, e Direito Penal mínimo. Essa deve ser a busca de todos. Fora daí, tudo é engodo.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. A Incoerência Funcional do Sistema Prisional. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/36/a-incoerencia-funcional-do-sistema-prisional/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

A prova da OAB e seus reflexos no mercado de trabalho

O assunto é tema de discussões acirradas e reflete tanto a angústia dos que tentam passar na prova da OAB como o medo de alguns profissionais que já estão atuando. O Exame de Ordem, como é legalmente chamado, tem se tornado o martírio dos bacharéis de Direito que, vendo-se com um diploma na mão, não podem atuar como advogados.

Primeiramente, cabe considerar que a faculdade de Direito não forma o aluno para que seja advogado. Aliás, é tão ampla que desconheço outro curso que dê tantas opções: magistrado, delegado, advogado, promotor, procurador, servidor público, professor, empresário, e por aí vai.

Em segundo, temos que ter em mente que o curso de Direito trata-se de um curso diferenciado, pois pode-se utilizá-lo para complementar outra atividade. É o chamado “curso para a vida”, pois dá ampla e irrestrita visão de como funciona o Estado, sua organização e seus problemas.

De acordo com Joaquim Falcão, membro do Conselho Nacional de Justiça, em artigo publicado em Maio de 2007 na Revista Consulex, no 248, o Brasil tem cerca de 530 mil advogados atuantes, o que resulta numa média de 1 advogado para cada 350 habitantes.

É uma média muito alta, somente perdendo para os Estados Unidos da América, onde conta-se com 1 advogado para cada 270 habitantes. Canadá, Argentina e Japão, somente para se ter como exemplo, conta-se com 1/840 hab, 1/450 hab e 1/5.000 habitantes, respectivamente.

Ainda de acordo com o artigo citado, só poderia pagar advogado no Brasil, em tese, quem ganha mais de 5 salários mínimos, ou seja, em torno de 9 milhões de pessoas. Assim, teríamos a média de 1 advogado para cada 20 habitantes! “A imensa maioria dos brasileiros está excluída da Justiça. Ou ali vão apenas como réus”, admite Falcão.

Em contrapartida, César Britto, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, relatou recentemente que o Brasil possui 1,9 milhão de bacharéis em Direito e que, caso fosse abolido o Exame de Ordem, o mercado de trabalho simplesmente não suportaria. Teríamos um inchaço tão grande que não haveria espaço para tantos profissionais, ocasionando um verdadeiro caos.

Relatou, ainda, que existem no Brasil, atualmente, mais de mil cursos jurídicos. Ou seja, há por ano a formação de 120 mil bacharéis, o que preocupa a todos, por duas razões. A primeira cinge-se na qualidade do ensino. É cediço que muitas destas faculdades não possuem a menor estrutura para possuir um curso de Direito. São as conhecidas “pagou, passou”.

A segunda, é a grande questão: com isso, cada vez mais torna-se imprescindível o Exame de Ordem, já que deve-se ter um filtro de mercado, para avaliar se os profissionais (advogados) que estão chegando são de fato aptos a exercer a profissão. Ou seja, uma coisa reflete diretamente na outra: a qualidade do ensino

com a necessidade do Exame.

Obviamente que existem pessoas que tentam por diversas vezes o tão famigerado Exame de Ordem e não passam por questões emocionais, como nervosismo, ansiedade, etc. Não se trata aqui destas pessoas, até porque o nervosismo de uma prova que pode decidir o futuro de um formando é normal e aceitável, mas que deve ser controlado. Aliás, existe esse mesmo nervosismo para todos os tipos de prova, não só para o Exame de Ordem.

E o que acontece no curso de Direito pode logo estender-se à todos os outros cursos: com a proliferação de cursos de graduação por todo o país, sem maior rigor do MEC quanto à instalação e manutenção destes, surgirá a necessidade de Exames de qualificação para ratificar que o profissional ora formado está apto a exercer a profissão.

Aliás, apenas para que se conste, a proliferação de cursos no país, seja de Direito ou qualquer outro, de forma alguma é ruim. O Brasil precisa estudar. Estamos na Era do Conhecimento, e cada vez mais torna-se necessário o estudo, inclusive a graduação em nível superior, que está sendo ampliada no país. O que não se concorda, de fato, é com a falta de rigor do MEC no que tange à instalação e manutenção de cursos de graduação sem a menor condição de existência.

Também cabe frisar que, para todas as áreas, o profissional que tem medo de concorrência pela abertura de cursos de graduação não é um bom profissional. Claro que os preços de cada classe devem ser mantidos, com o respeito aos padrões da ética de todas as classes profissionais, mas há que se ter em mente que no Brasil a educação é o único caminho para a próxima geração ter maiores chances de crescer profissionalmente.

Assim, o Exame de Ordem é imprescindível aos bacharéis de Direito, bem como haverá outros tipos de exames aplicáveis aos mais diversos cursos de graduação, para que se tenha certeza de que o profissional que está no mercado, atualmente, é um bom profissional, já que, infelizmente, não há no Brasil uma fiscalização e um rigor maior no que tange à abertura de cursos de graduação.



George Willian Postai de Souza - OAB/SC 23.789

Advogado, sócio do escritório Souza Postai Advogados Associados. Pós-Graduado Direito Processual Civil e Pós Graduando Direito e Processo do Trabalho. Autor das obras jurídicas “Vícios Redibitórios nos Contratos Imobiliários” e “A Aplicação Prática do Rito Sumário Após o Advento do Rito Sumário”.
george@souzapostai.com.br

Como citar este Artigo:

SOUZA, George Willian Postai de. A prova da OAB e seus reflexos no mercado de trabalho. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/39/a-prova-da-oab-e-seus-reflexos-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

A APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.334/2006, QUE REDUZIU MULTAS DE TRÂNSITO POR EXCESSO DE VELOCIDADE

Miguel Teixeira Filho
Advogado em Joinville/SC
www.teixeirafilho.com.br

1. Introdução

O presente artigo analisa a aplicação temporal da Lei 11.334, de 25/06/2006, que alterou os limites de velocidade previstos no artigo 218 do Código Brasileiro de Trânsito, para fins de enquadramentos infracionais e de penalidades.

2. A alteração legislativa

Em sua redação original, o art. 218 do Código Brasileiro de Trânsito assim dispunha:

Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil:

I - em rodovias, vias de trânsito rápido e vias arteriais:

a) quando a velocidade for superior à máxima em até vinte por cento:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

b) quando a velocidade for superior à máxima em mais de vinte por cento:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes) e suspensão do direito de dirigir;

II - demais vias:

a) quando a velocidade for superior à máxima em até cinquenta por cento:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

b) quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes) e suspensão do direito de dirigir;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação.

A lei nº 11.334, de 25 de julho de 2006, alterou a redação do referido art. 218 do CTB, reduzindo as multas por excesso de velocidade e reclassificando as infrações, o qual passou a vigorar do seguinte modo:

Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias:

I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento):

Infração - média;

Penalidade - multa;

II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento):

Infração - grave;

Penalidade - multa;

III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa [3 (três) vezes], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação (NR)

Em resumo, com tais alterações, as infrações ficaram assim classificadas:

- a) Excesso superior à máxima de velocidade permitida em até 20%: infração média, punida com multa de R\$ 85,13 e perda de 4 pontos;
- b) Excesso superior à máxima de velocidade permitida em mais de 20% até 50%: infração grave, punida com a multa de R\$ 127,69 e perda de 5 pontos;
- c) Excesso superior à máxima de velocidade permitida em mais de 50%: infração gravíssima, punida com a multa de R\$ 574,62 e perda de 7 pontos.

3. Análise da questão proposta – Aplicação temporal da novel disposição

A questão se coloca diz respeito ao alcance temporal das mencionadas modificações legislativas.

Para enfrentar essa questão, o CONTRAN publicou a Deliberação Nº 51, de 01.08.2006, estabelecendo os novos códigos para a aplicação das penalidades e cobrança dos valores das multas previstas no referido art. 218, do CTB. Deliberou, também, que a lei não tem eficácia retroativa.

Assim, os novos valores não deveriam incidir sobre as penalidades anteriores à vigência da Lei 11.334/2006. Para a Entidade maior em matéria de trânsito brasileiro, os valores reduzidos das multas mais favoráveis ao infrator - somente serão aplicados às novas infrações.

No entanto, nos parece que esta solução não se amolda ao ordenamento jurídico vigente.

Vejamos:

A irretroatividade da lei é a regra geral. As normas jurídicas devem sempre ser voltadas para o futuro como expressão do imperativo da segurança jurídica. Daí a prescrição do art. 5º, XXXVI da CF:

Art. 5º [...]

XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Mas, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5º, XL a retroatividade da lei benigna, *in verbis*:

Art. 5º [...]

XL - A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

No campo do Direito Penal, indiscutível é a aplicação do princípio, colhendo-se da jurisprudência um sem número de julgados aplicando o princípio. Veja-se do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO. PENAL. CONTRAÇÃO. ART. 32 DA LCP. REVOGAÇÃO PARCIAL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

1 - À luz do art. 32 da Lei das Contravenções Penais, a punibilidade da direção sem habilitação repousava no fato de que o ilícito contravencional para sua configuração dispensava a situação de perigo. Contravenção de mera conduta, prescindindo do risco concreto à incolumidade pública.

2 - O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada pela Lei 9.602, de 21 de janeiro de 1998), no entanto, em seu art. 309, inovou a matéria, acrescentando a elementar dirigir sem habilitação "gerando perigo de dano", ou seja, dano concreto. Não mais existe contravenção, mas, sim, crime. De outro lado, dirigir sem possuir Carteira de Habilitação ou permissão para dirigir configura apenas infração de caráter administrativo, sancionada com multa e apreensão do veículo - art. 162, I, CTB.

3 - Se a infração foi praticada no dia 18 de fevereiro de 1996, antes da vigência do Código de Trânsito, extinta se encontra a punibilidade a teor da norma do art. 107, III, do Código Penal.

(REsp 227.082/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 16.05.2000, DJ 12.06.2000 p. 145)

No entanto, este princípio constitucional também tem plena aplicação no campo do Direito Administrativo Penal como nos casos das multas tributárias, multas por violação a posturas, multas trabalhistas, e também quanto às multas de trânsito.

Como decorrência desse princípio constitucional, o Código Tributário Nacional dispôs em seu art. 106:

Art. 106 . A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Na linha deste dispositivo do CTN formou-se a jurisprudência no sentido da aplicação retroativa da multa moratória benéfica, expressa nos termos da ementa adiante transcrita.

Do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

TRIBUTÁRIO. MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA.

1. As multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução.

2. Embora o fato gerador decorrente da multa tenha ocorrido no período de 04/94 a 11/94, por força da interpretação a ser dada aos arts. 106, inc. II, letra "c", em c/c o art. 66, do CTN, deve ser aplicada à infração, no momento da execução, o art. 35, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.528/97, por se tratar de legislação mais benéfica.

3. Recurso improvido.

(REsp 266.676/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.11.2000, DJ 05.03.2001 p. 128)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. ART. 44, I, DA LEI Nº 9.430/96.

REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 106, II, "C", DO CTN. POSSIBILIDADE.

1. Em razão do caráter mais benéfico ao contribuinte, é plenamente cabível, a teor do disposto no art. 106, II, c, do CTN, que os efeitos de lei superveniente que prevê a redução de multa decorrente de débito tributário retroajam aos atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados.

2. Recurso improvido.

(REsp 512.913/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.10.2006, DJ 06.11.2006 p. 302)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 106, II, "C", DO CTN. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO. POSSIBILIDADE. ART. 44, INC. I, DA LEI Nº 9.430/96. APLICABILIDADE.

1. Aplica-se a lei mais benéfica ao contribuinte (art. 44, inc. I, da Lei nº 9.430/96), nos termos do art. 106 do CTN. Incide no caso a multa moratória menos gravosa, eis que inexistente decisão definitiva sobre o montante exato do crédito tributário.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 549688/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.05.2005, DJ 01.08.2005 p. 382)

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - APLICAÇÃO DA LEI FISCAL MAIS BENÉFICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106 DO CTN - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

De solar clareza o disposto no art. 106, II, "a", do Código Tributário Nacional, que admite a retroatividade, em favor do contribuinte, da lei mais benigna, nos casos não julgados definitivamente, assim, é que com o advento do Decreto n. 2.870/01 (RICMS), art. 15, Anexo 4, ficou estabelecido que "as microempresas e empresas de pequeno porte escriturarão os livros fiscais previstos na legislação tributária, na forma aplicável aos demais contribuintes" (grifo), em decorrência, a multa imposta pelo fisco não pode mais ser exigida, em razão de lei superveniente (art. 462, CPC), que deixou de prever o ato cometido pela embargante como infração, sendo aplicável, por conseguinte, o art. 106, II, "a", do CTN.

TJSC - Apelação Cível n. 2000.011262-3, de Blumenau. Relator: Des. Anselmo Cerello. Decisão de 09/05/2003

Esse princípio da retroatividade benéfica, que tem aplicação em qualquer jurisdição, não se restringe ao campo do direito tributário. Tem aplicação também em relação às multas de trânsito por ter o aludido princípio natureza constitucional. E mais, tanto as multas tributárias, administrativas ou de trânsitos são cobradas coativamente pelo mesmo processo executivo regido pela Lei nº 6.830/80, que dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Dessa forma, as multas aplicadas anteriormente deverão ser revistas pelo órgão julgador, enquanto não julgados definitivamente os respectivos processos.

Nesse sentido, analisando a aplicação da Lei 11.334/2006, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul emitiu os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DA LEI POSTERIOR MAIS FAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE *IN MITIOR*. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DAS PENALIDADES. CABIMENTO. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70018831016, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 16/05/2007)

AGRAVO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MULTA DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DA LEI POSTERIOR MAIS FAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE *IN MITIOR*. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DAS PENALIDADES. CABIMENTO. Agravo provido. Unânime. (Agravado de Instrumento Nº 70017671371, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 28/03/2007)

3. Conclusões

Em face do exposto, concluímos que:

- 1) As novas regras previstas no art. 218 do Código de Trânsito Brasileiro, introduzidas pela Lei 11.334, de 25/06/2006, em aplicação retroativa, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna;
- 2) Por aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, as novas regras tem aplicação para os casos ainda não definitivamente julgados;

4. Bibliografia:

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 6.^a edição.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo : Saraiva. 4.^a ed., 1991.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo : Malheiros. 4.^a ed., 1993.
- CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense. 13.^a edição, 1994.
- HARADA, Kiyoshi. Multas de trânsito. Efeitos da sua redução. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1126, 1 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8728>>
- LEAL, João José. Lei nº 11.334/2006 e retroatividade da norma administrativa penal mais favorável. Uma questão de segurança jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8873>>.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Rio : Forense. 6.^a ed. 1993.
- MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva. 3.^a ed., 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo : Editora RT. 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Editora RT. 14.^a edição, 1989.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros. 2005. 19^a ed.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Do. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas. 3.^a edição, 1992

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros. 12.^a edição.

A AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA ATIVIDADE NO CONTRATO SOCIAL NÃO É IMPEDITIVO PARA A EMPRESA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO.DOC

Miguel Teixeira Filho
Advogado em Joinville/SC
www.teixeirafilho.com.br

O presente estudo tem por objetivo analisar o tratamento jurídico que deve ser observado quando o objeto social constante do contrato social ou estatuto da pessoa jurídica licitante não corresponde à atividade a ser desempenhada no futuro contrato em processo de licitação.

A questão do objeto social da pessoa jurídica frente a uma contratação sujeita a licitação, no âmbito da administração pública, exige análise cuidadosa, uma vez que muitos equívocos são cometidos no momento de julgamento das habilitações.

Em absoluto, a descrição da atividade no contrato social não pode se constituir numa amarra para a prática dos atos pela pessoa jurídica.

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações*, 9ª ed. Dialética, p. 303) no Direito Brasileiro não vigora o princípio da especialidade da pessoa jurídica, de tal modo que o contrato social não confere “poderes” para a pessoa jurídica praticar atos dentro de limites precisos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada.

Lembra o administrativista que a fixação do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade.

Assim sendo, em princípio, ao menos para efeitos de fornecimento para a administração pública, ou a qualquer outra entidade de direito privado, nada impede que uma empresa cujo contrato social consigne que a atividade é, por exemplo, “compra e venda de materiais de construção”, comercialize, além de material de construção, gêneros alimentícios, no mesmo estabelecimento ou em uma filial.

O que pode ocorrer é que tal empresa, por não ter a atividade de venda de gêneros alimentícios inserida no rol de suas atividades no contrato social, tenha algum embaraço no que diz respeito ao seu cadastro nos órgãos fiscais, etc. Mas, em princípio, sob o ponto de vista do direito societário, nada impede que pratique a atividade. Há, neste particular, uma prevalência do *exercício de fato da atividade sobre a forma contratual*.

O que se precisa averiguar, antes de tudo, é se a *natureza jurídica* da pessoa jurídica permite a prática da atividade.

E o que se entende por *natureza jurídica*? Natureza jurídica da pessoa jurídica é a classificação que se faz para diferenciar as sociedades comerciais das sociedades civis, diferenciar estas das associações civis e das fundações, ou ainda, diferenciar as pessoas jurídicas com fins lucrativos das sem fins lucrativos etc.

Ou seja, não se pode admitir que uma sociedade civil (que é o gênero que se dedica *exclusivamente* a prestação de serviços) pretenda participar de um certame em que o objeto é o fornecimento de mercadorias (que exigiria a natureza jurídica de sociedade comercial, por exemplo).

Ainda há a questão do exercício da atividade ser privativo de determinada categoria profissional. Por exemplo, não se pode pretender contratar uma sociedade de contabilistas para prestar serviços de assessoria jurídica, posto que tal atividade é privativa de advogados autônomos, inscritos na OAB, ou sociedade exclusivamente composta de advogados, também inscrita na OAB (conforme Lei Federal 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e OAB).

Fora destas hipóteses, não se pode pretender invalidar, de modo automático, a prática de determinada atividade por uma sociedade comercial pelo simples fato que aquela atividade não está inserida *especificadamente* no rol de suas atividades constantes do contrato social.

Vale ainda referência aos ensinamentos de JUSTEN FILHO (ob. loc. cit), para quem o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato a ser firmado se relaciona com qualificação técnica, sendo que, se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não poderia ser empecilho para sua habilitação.

Deve assim, os órgãos julgadores dos procedimentos de licitação, proceder com extrema cautela para não inabilitar indevidamente pessoas jurídicas que poderiam formular, até mesmo, propostas mais vantajosas à Administração.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é que “*As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.*” (Mandado de Segurança 5.606-DF)

Obviamente, no exame de cada caso concreto não se pode deixar de considerar as exceções acima referidas, em que Lei específica restringe a atividade a determinadas categorias, ou ainda quando a natureza jurídica da pessoa jurídica é incompatível com a prestação do serviço ou fornecimento objeto do certame.

Alternativas para a prisão preventiva e o monitoramento eletrônico: avanço ou retrocesso em termos de garantia à liberdade?

Indubitavelmente, a busca de soluções alternativas para a prisão preventiva é algo imperioso, mormente nos dias atuais, aonde o instituto vem sendo utilizado como forma de antecipação da condenação, embora os riscos de se causar danos irreparáveis a inocentes sejam indiscutíveis. Tudo isso, fruto da enfadonha teoria do Direito Penal do inimigo, de Gunther JAKOBS.

Como alternativa à prisão preventiva, alguns juristas vem defendendo a idéia de se utilizar tecnologias capazes de atingir os escopos oficialmente declarados do referido instituto de processo penal, sem a necessidade de encarcerar o acusado. Dentre as alternativas postas a lume, surge o monitoramento eletrônico por meio de pulseiras ou braceletes.

O monitoramento eletrônico ou vigilância eletrônica tem raiz nos Estados Unidos, e surgiu, em 1979, após sugestão do Juiz Jack Love, que idealizou um bracelete a ser utilizado nos presos, como forma de melhor vigia-los, e pediu a um engenheiro eletrônico que o desenvolvesse. No ano de 1984, o monitoramento eletrônico foi implementado em Albuquerque, New México, vindo a ser usado, posteriormente, nos demais estados americanos, inclusive, em todas as fases do processo penal, como alternativa às prisões processuais. Depois dos Estados Unidos, a idéia foi implementada no Reino Unido (1991), na Suécia (1994) e em outros países do continente europeu (Itália, Alemanha, Escócia, Andorra etc.).

No Brasil, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou no dia 25/04/2007 dois projetos que tratam do monitoramento eletrônico de presos. Os projetos foram aprovados em caráter terminativo e devem ser analisados pela Câmara dos Deputados. O monitoramento seria feito por meio de uma tornozeleira ou pulseira. A proposta poderá atender ao condenado que tenha direito a liberdade provisória, para determinar prisão domiciliar, concessão de livramento condicional ou progressão para os regimes aberto ou semi-aberto, para autorização de saída temporária do estabelecimento penal e para os casos de decreto de prisão preventiva.

Seguindo a tendência neoliberal, os aficionados pela visão economicista do Direito Penal, baseiam-se na redução dos custos para manter um preso dentro da cadeia desnecessariamente, pouco importando a questão de segurança pública, a humanização do sistema carcerário e os abusos que podem advir. O que importa é a redução de custos.

Segundo o professor Carlos Eduardo A. JAPIASSÚ, “a vigilância eletrônica afigura-se como uma alternativa interessante, já que recorre à tecnologia e à experiência comparada, considerando que já se existem experiências positivas em diversos países do mundo, sobretudo na América do Norte e na Europa Ocidental”. E mais: “trata-se, pois, de medida inovadora, que busca atenuar os rigores da pena de prisão, consistindo em medida mais adequada à própria evolução do Direito Penal e um verdadeiro marco em matéria de execução penal”.

Muito embora as palavras do professor Carlos Eduardo A. JAPIASSÚ sejam direcionadas à questão da execução penal, não há como deixar de considerá-las, também, no âmbito das prisões processuais, e fazer o seguinte questionamento: não se estaria, por meio do uso da vigilância eletrônica, contribuindo para a maximização do terror repressivo estatal, ao invés de combatê-lo e impedi-lo de violar os direitos fundamentais do cidadão? Além disso, a falência do sistema prisional justificaria a adoção desse paliativo? É certo que a maioria das pessoas que estão presas preventivamente preferiria estar sob os efeitos da vigilância eletrônica do que mofando em um cárcere insalubre e lotado, típico do sistema prisional brasileiro. Mas, esse é o melhor caminho?

Com o emprego dessa tecnologia, como diz a professora Maria Lúcia KARAM, “o panóptico já não precisa se instalar em um lugar fechado, no interior dos muros da prisão, no interior da instituição total. O controle já pode estar por toda parte. A sociedade como um todo já pode ser a própria instituição total”. Por mais paradoxal que possa parecer o discurso daqueles que são contra a utilização do monitoramento eletrônico por meio de braceletes, pulseiras ou tornozeleiras, é notório que tal prática concretiza a sombria perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos. Dessa forma, não se pode pensar a questão sob os efeitos do desespero de quem está preventivamente privado de sua liberdade, pois, nessa condição, qualquer esmola de liberdade dada ao sujeito é uma dádiva. A questão é mais profunda e complexa do que os afoitos pragmáticos podem enxergar. Com efeito, lúcidas são as advertências da professora Maria Lúcia KARAM:

“Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da ‘sociedade de risco’, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem intencionados reformadores do sistema penal, não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital, não percebem a nítida tendência expansionista do poder punitivo em nosso ‘pós-moderno’ mundo. Não percebem que a ‘pós-moderna’ diversificação dos mecanismos de controle não evita o sofrimento da prisão. Ao contrário, só expande o poder punitivo em seu caminho paralelo ao crescimento da pena de liberdade. [...] Não percebem que a conveniência com os ilegítimos e crescentes atentados à privacidade, que a previsão em diplomas legais e disseminada utilização de invasivos e insidiosos meios de busca de prova (quebra do sigilo de dados pessoais, interceptação de comunicações, escutas e filmagens ambientais) destinados a fazer do próprio acusado ou investigado instrumento de obtenção da ‘verdade’ sobre seus atos tornados criminosos, que o elogio ao monitoramento eletrônico, que a aceitação da onipresente vigilância e do espraiado controle legitimam e incentivam um desvirtuado uso das tecnologias que, se fazendo acessíveis na era digital, podem se tornar ulteriormente incontroláveis se esse desvirtuado uso não for confrontado e freado por leis efetivamente respeitadoras e eficazmente garantidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, pelo compromisso com o pensamento liberal e libertário inspirador das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas e por sua inafastável supremacia, pelo decisivo repúdio, atuante questionamento e concreta contenção de qualquer forma de expansão do poder punitivo, pela permanente afirmação, pelo atento cultivo e pala constante solidificação do desejo da liberdade”.

Por melhor que possa ser a intenção daqueles que defendem o uso da tecnologia para atenuar os nefastos efeitos do cárcere na vida do cidadão, não é possível

tolerar os abusos que, certamente, advêm do emprego desses meios tecnológicos, mormente em tempos de pânico social, quando, então, a debilitação do direito à privacidade é mais freqüente e tolerada pela sociedade.

Somando-se a desmedida expansão do poder punitivo estatal – fruto do medo – com a troca do desejo de liberdade pela ilusão da segurança, em breve, o que teremos é um Estado totalitário – se é que já não o temos – sem limites éticos em termos penais. E o pior: parafraseando a banda irlandesa U2, tudo será feito “in the name of love”. Isso é muito parecido com a proteção do “são sentimento do povo alemão”, que fundamentou um regime totalitário que culminou no Holocausto, cujas barbaridades são conhecidas por todos e, sempre que necessário, devem ser lembradas para que o futuro não repita o passado.

Se não quisermos ter o desprazer de vermos nossos filhos recebendo um “código de barras” ao nascer, é bom (re)pensarmos sobre essas questões, pois, ao que tudo indica, o remédio será pior que a doença.

Referências:

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, a. 14, n. 170, p. 2-3, jan. 2007.

RONDINELLI, Vincenzo. “Tracking Humans: The Electronic Bracelet in a Modern World”, 1997, Criminal Lawyers Association Newsletter, disponível em <http://www.criminallawyers.ca/newslett/aug97/rondinelli.htm>

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Idem. O projeto estipula a inserção do parágrafo primeiro do artigo 312 do Código Penal que passaria a vigorar com a seguinte redação: “§1º. Quando a prisão preventiva for decretada para assegurar a aplicação da lei penal, e havendo comprovação nos autos de efetivo risco de fuga do acusado, o juiz poderá, fundamentadamente, substituir a medida cautelar de prisão pela liberdade vigiada por monitoramento eletrônico”.

KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, a. 14, n. 170, p. 4-5, jan. 2007.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. Alternativas para a prisão preventiva e o monitoramento eletrônico: avanço ou retrocesso em termos de garantia à liberdade?. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/19/alternativas-para-a-prisao-preventiva-e-o-monitoramento-eletronico-avanco-ou-retrocesso-em-termos-de/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Análise da Redução da Alíquota de Contribuição dos Segurados da Previdência Social

Com o advento da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que veio regulamentar dispositivo constitucional, a Lei n.º 8.212/1991, lei que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social, sofreu alterações significativas no que tange às contribuições previdenciárias de contribuintes individuais e dos segurados facultativos. Trata-se da regulamentação do sistema nacional de inclusão previdenciária, previsto no § 12 do artigo 201 da Constituição Federal, tendo como incentivo a redução da alíquota de contribuição de 20% para 11% sobre o salário mínimo.

Essa medida, que entrou em vigor em abril deste ano, foi idealizada para atender as pessoas de baixa renda que já contribuem para a previdência, mas principalmente, para proporcionar um número maior de adesão ao Regime Geral de Previdência Social, garantindo aos segurados o direito, desde que preenchidos os requisitos específicos, aos benefícios de auxílio-doença, salário maternidade, pensão por morte, auxílio-reclusão, aposentadoria por invalidez e aposentadoria por idade, todos no valor de um salário mínimo.

O presidente do Instituto Nacional de Seguro Social, Valdir José Simão, explica que muitos trabalhadores ainda não contribuem para a previdência porque consideram alto o valor mínimo exigido. Segundo ele, temos no Brasil aproximadamente 18 milhões de trabalhadores que ganham uma remuneração superior a um salário mínimo e não contribuem para a previdência social. A partir de agora, com a alíquota reduzida ficarão mais estimulados a contribuir e conseqüentemente estarão garantindo a cobertura previdenciária, disse o presidente do instituto.

Com essas mudanças, os contribuintes individuais e segurados facultativos passarão a contribuir para a previdência com alíquota de 11% sobre o salário mínimo, o que atualmente equivale a apenas R\$ 41,80 e não R\$ 76,00, ou seja, uma economia mensal de R\$ 34,20. Mas a redução da alíquota para 11% é válida apenas para quem contribui sobre um salário mínimo.

Na categoria de contribuinte individual estão inseridas as pessoas que trabalham por conta própria, mais conhecidos como autônomos, ou seja, aqueles que não possuem vínculo empregatício. Como exemplo de contribuintes individuais, podemos citar os vendedores ambulantes, artesãos, motoristas de táxi, as diaristas e os prestadores de serviços tais como pedreiros, eletricitas, carpinteiros, entre outros.

No tocante aos segurados facultativos, podemos dizer que estão compreendidas todas as pessoas maiores de dezesseis anos que não possuem renda própria, mas que optam por contribuir para a previdência social, como por exemplo, os estudantes, as donas-de-casa, os desempregados, entre outros.

Ressalta-se que os segurados que já contribuem para a previdência pagando suas contribuições atualmente sobre 20% sobre o salário mínimo, poderão, a qualquer momento, optar pela redução da alíquota para 11%, porém, nesse caso, estarão optando pela exclusão do direito à aposentadoria por tempo de contribuição, hoje

obtida após 35 anos de contribuição para homens e 30 anos para mulher, sem exigência de idade mínima em ambos os casos.

Diante disso, a orientação a ser seguida pelos segurados antes da opção pela redução da alíquota, é estar atento o seu tempo de contribuição junto a previdência, caso esteja próximo de completar o tempo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição a redução não é uma boa opção.

Os principais beneficiados com a alíquota reduzida serão aqueles trabalhadores de baixa renda que atualmente não contribuem para a previdência e que vierem a aderir ao RGPS, podendo quando necessário, vir a gozar de seus benefícios. Não é difícil imaginar a situação, por exemplo, de um cidadão que vive na informalidade, trabalhando como vendedor ambulante e é acometido por uma doença ou acidente que lhe impossibilite de trabalhar por alguns meses. Se este trabalhador fosse segurado da previdência social, poderia requerer o benefício de auxílio-doença e até mesmo aposentadoria por invalidez e receber um salário mínimo pelo período em que persistir a incapacidade para o trabalho, garantindo assim o sustento de sua família, caso contrário, ficará sem auferir renda alguma até o retorno ao trabalho. Em caso de morte, o cônjuge ou companheiro estaria amparado, tendo direito de receber pensão por morte.

Há também casos de pessoas como as donas de casa, por exemplo, que em algum momento de suas vidas contribuíram para a previdência, mas que não têm número de contribuições necessárias para aposentadoria por tempo de contribuição. Essas pessoas podem voltar a contribuir por mais algum tempo sobre a alíquota reduzida e vir a alcançar a carência necessária no ano em que o requisito idade for cumprido, fazendo jus, portanto, à aposentadoria por idade (aos 60 anos para as mulheres e aos 65 anos para os homens). Isso sem falar que voltarão a ser segurados da previdência, podendo gozar dos outros benefícios já mencionados.

A redução da alíquota para apenas 11% do salário mínimo constitui um grande impulso para que os trabalhadores ingressem no Regime Geral de Previdência Social e ainda um grande avanço do poder público para o desenvolvimento da cidadania. Portanto, é de suma importância que os trabalhadores contribuam para a previdência, para que possam estar assistidos nos momentos de doença, invalidez, idade avançada ou morte.



Rodrigo Coelho - OAB/SC 18.124
Advogado previdenciarista.
rodrigo@coelhoneto.adv.br

Como citar este Artigo:

COELHO, Rodrigo. Análise da Redução da Alíquota de Contribuição dos Segurados da Previdência Social. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/58/analise-da-reducao-da-aliquota-de-contribuicao-dos-segurados-da-previdencia-social/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Enriquecimento sem causa: muito citado, pouco conhecido

“Enriquecimento sem causa” é uma expressão muito comum no dia-a-dia do operador do Direito. Nem sempre, todavia, a utilização frequente de um termo reflete o domínio efetivo de seu significado ou de seus vários significados. É de praxe dizer que a indenização não pode ser exagerada, sob pena de configurar enriquecimento sem causa. Fala-se que a reintegração de posse do imóvel pela promitente vendedora deve ser contrabalanceada com a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador inadimplente, para que não haja enriquecimento sem causa da primeira em detrimento do segundo. Sustenta-se, de outro lado, que a promitente vendedora tem direito de abater dessa restituição um percentual relativo aos custos administrativos, desta vez para que o promitente comprador não se enriqueça injustificadamente.

Em todas essas situações, e em muitas outras que se poderiam citar, o que se faz em realidade é afirmar a existência de um princípio jurídico, o da vedação do enriquecimento sem causa, que, na forma como é invocado, acaba por se confundir com a própria exigência de equidade e ou com o vetusto e generalíssimo preceito latino *suum cuique tribuere*, ou seja, dar a cada um o que é seu.

Nota-se, pois, que o enriquecimento sem causa é muito conhecido, ou ao menos reconhecido, pelo seu aspecto de princípio jurídico. O mesmo não ocorre, contudo, com o enriquecimento sem causa entendido como fonte de obrigações, que é regulado pelos arts. 884 a 886 do Código Civil. Mas por que o operador do Direito deve conhecê-lo, se o tráfego jurídico parece fluir normalmente sem maiores “intromissões” desse instituto? Porque aplicar o enriquecimento sem causa apenas como princípio significa insistir em resolver inadequadamente uma série de conflitos, recorrentes na jurisprudência, que se enquadram tipicamente como casos de enriquecimento sem causa no sentido de fonte de obrigações. Isso implica não somente desobedecer a lei, como também, em última análise, limitar o próprio princípio da proibição do enriquecimento sem causa, na medida em que, se ignorados os pressupostos legais, ora se concede mais do que é devido, ocasionando o locupletamento injustificado inverso (daquele que se disse inicialmente prejudicado), ora se confere menos do que tem de ser efetivamente restituído.

Análise-se um exemplo que ilustra o quanto dito. São comuns as ações que reclamam indenização pelo uso não autorizado da imagem de uma pessoa para fins comerciais. A jurisprudência, premida pela necessidade sancionar uma violação do direito de personalidade,

passou a entender que a reparação, nessas situações, prescinde de prova do dano. Tanto é assim que recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 403, que dispõe: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” Veja-se, pois, como essa súmula, e boa parte da jurisprudência que ela pretende consolidar, pode ser questionada a partir do ângulo do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações.

A primeira inquietude do intérprete se origina da constatação de que a utilização da imagem alheia, diferentemente do registrado na súmula, não gera necessariamente dano ao titular do direito de personalidade. Pelo contrário, pode ocorrer até um benefício. Um dos precedentes que inspiraram o enunciado em debate representa exatamente esse tipo de situação.¹ Um corretor de seguros bem sucedido teve sua imagem publicada de forma não autorizada por uma empresa corretora de seguros, que acabou por se beneficiar da excelente reputação desse profissional. O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, considerou devida a indenização de cem salários mínimos, mesmo levando em conta a afirmação do próprio autor de que sua imagem foi beneficiada pela publicação não autorizada. Sustentou a maioria que “O dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral.”

No debate entre a maioria e a minoria, esta última, representada pelo ministro César Asfor Rocha, sugeriu, com certo tom de ironia, que, se houve ofensa à imagem pelo elogio feito, a indenização deveria ser reduzida a um real. O ministro relator, Sálvio de Figueiredo Teixeira, rebateu a divergência afirmando que a indenização seria necessária para tutelar o direito de oposição ao uso não autorizado da imagem, ainda que não fosse um uso nocivo. Afirmou ele ainda que, diante do conflito de interesses, deveria ser desestimulado o uso não autorizado da imagem com fins comerciais.

A ironia da manifestação divergente do ministro Asfor Rocha expõe a principal falha dogmática do acórdão. Na Itália também sucedeu de os tribunais analisarem as questões de uso não autorizado da imagem alheia sob o ponto de vista ressarcitório. Lá, porém, essa tendência fez com que a tutela fosse muitas vezes indeferida por falta de prova do dano², ao passo que, no Brasil, como demonstra o teor da súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência optou

¹ REsp 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 03.10.2000, DJ 18.12.2000, p. 208. O fato de o acórdão ser anterior ao Código Civil de 2002 não infirma as conclusões nem a análise, pois, como visto, o enriquecimento sem causa já era fonte de obrigações antes do advento do novo Código.

² PAULO GALLO, *L'Arricchimento senza causa*, Pádova, CEDAM, 1990, pp. 410-413.

por proteger o titular da imagem. Essa opção, contudo, possui, no mais das vezes, um caráter mais político que jurídico, pois, inegavelmente, sob o ponto de vista dogmático, não há motivo para a dispensa generalizada da prova do dano³, mormente porque muitas vezes, como dito, a publicação da imagem pode até mesmo gerar um benefício ao titular – o que, aliás, ocorreu no caso em tela, conforme confissão do autor da ação. Disso se conclui que a presunção generalizada do dano, nessas situações, transforma a indenização em pena privada, o que não se coaduna com a função precípua da responsabilidade civil.⁴

Destarte, como afirmou P. GALLO em relação à jurisprudência italiana, seria mais adequado, no caso de uso não autorizado da imagem alheia, aplicar o instituto do enriquecimento sem causa, o que levaria ao resultado político e principiológico desejado (proteção do titular da imagem e sanção do ato de usurpação) por meios dogmáticos seguros, permitindo-se, ainda, a delimitação mais precisa e rigorosa do objeto da “indenização” (*rectius*, restituição do enriquecimento sem causa) e de seus pressupostos.

O julgado em análise involuntariamente deixa entrever o equívoco na subsunção dos fatos no seguinte excerto, que consta até da ementa: “A utilização da imagem do cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando indenização.” Ora, se houve *locupletamento indevido*, e não *dano*, a solução deve ser a *restituição* desse locupletamento, e não a *indenização*. Realmente é o que se verifica no caso: não se produziu o dano; ao contrário, houve benefício confessado, porém o titular da imagem foi agraciado com uma alta indenização (indenizar o benefício?) arbitrada de maneira análoga à utilizada para os casos de dano moral.

A informação que falta aos operadores do Direito, nesses casos, é de que o enriquecimento pode derivar não apenas da retenção de uma prestação feita sem causa, mas também da intromissão indevida na esfera jurídica alheia, especialmente no tocante a direitos absolutos como os direitos de personalidade, entre eles o direito à imagem, e os direitos reais. Esses direitos absolutos conferem ao titular não apenas um poder de oposição à interferência de terceiros, mas também um monopólio de utilização e fruição. Se um terceiro se utiliza desse direito, invadindo-lhe o conteúdo de

³ Muito diferente é afirmar, como é pacífico, que o uso vexatório da imagem ocasiona dano *in re ipsa*, ou seja, independente de prova. No caso estudado, o uso é comercial, porém não vexatório, com confissão do autor nesse sentido, não se podendo alegar a presunção de dano moral. Aliás, mesmo que se admitisse a presunção, sendo ela de caráter relativo, seria desfeita pela confissão do titular da imagem de que não experimentou prejuízo nenhum.

⁴ PAULO GALLO, *L'Arricchimento...* cit., p. 413.

destinação exclusiva ao titular, e com tal atitude se enriquece, deve ele restituir esse benefício sob as regras do enriquecimento sem causa.

Assimilada essa informação, é possível reconhecer que a imposição da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa do usurpador da imagem, nesse caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e em inúmeros outros similares, é mais adequada que a condenação pela via da responsabilidade civil. A justificativa do ministro relator para conceder indenização mesmo na ausência de dano é de que seria necessário proteger o direito de imagem, ou, em outras palavras, tutelar o conteúdo de destinação do direito de imagem. Com isso se quis dizer que há apenas duas alternativas: ou se indeniza ou o usurpador fica impune. Mas as coisas não se passam exatamente assim. A proteção do conteúdo de destinação dos direitos absolutos, como explicado, longe de ser tarefa da responsabilidade civil, que se destina a eliminar o dano, faz parte do campo de atuação do enriquecimento sem causa. Em palavras bem diretas, o Superior Tribunal de Justiça, e com ele a maciça jurisprudência nacional, pretende curar a doença com o remédio errado. Ocorre que o uso do remédio inadequado, como de hábito, acarreta efeitos indesejados.

A grande vantagem de se usar o remédio adequado, ou seja, de se recorrer às regras do enriquecimento sem causa (além da óbvia circunstância de se estar atendendo ao comando legal) é a maior segurança na estipulação do montante a ser restituído. Se for interpretada como hipótese de responsabilidade civil, a situação ora estudada receberá, como de fato recebeu, um tratamento consideravelmente arbitrário, pois o julgador se vê frente à necessidade de estipular uma indenização para um caso em que o dano na verdade inexistiu, como o próprio autor confessou. Aí está o efeito colateral. De outro lado, buscando-se as regras do enriquecimento sem causa, bastará verificar a ocorrência dos pressupostos ou requisitos (enriquecimento a partir de uma intromissão na esfera jurídica alheia sem que haja autorização da ordem jurídica para a retenção do benefício) e determinar o objeto da restituição que, *in casu*, corresponde ao valor de mercado do uso da imagem, ao que se somaria, caso se provasse que os atributos pessoais do titular da imagem foram decisivos para o sucesso da campanha, um percentual do montante correspondente ao aumento de faturamento da empresa que usurpou a esfera jurídica do titular da imagem. O remédio correto, assim, permite a cura precisa, sem exageros, sem consequências laterais imprevisíveis e indesejadas, porque arbitrárias.

Não é tarefa destas breves considerações destrinçar todas as características do enriquecimento sem causa. Tencionou-se apenas demonstrar a necessidade e a vantagem de se

estudá-lo com mais rigor. A análise de um único julgado já foi capaz de expor, acredita-se, importantes falhas conceituais que abundam na matéria. Não se pode fugir da constatação de que os fatos da vida se desvelam nas mais variadas formas, dificultando a correta subsunção aos enunciados legais. Esse dinamismo infinito da realidade jurídica impõe a todos, e especialmente às personagens do mundo do Direito, o dever de apreender adequadamente cada instituto, ao invés de se insistir no uso artificial de uns, mais conhecidos, em detrimento de outros.

Lucas Fajardo Nunes Hildebrand

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela FGV–SP/GV*Law*

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

Sócio de Hildebrand Advocacia e Consultoria Jurídica

OAB/SC 20.533-A

OAB/SP 222.925

A BOVESPA VERDE

Por Simone Brümmer

Atualmente, um dos títulos mais desejados pelas grandes empresas que negociam ações na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA é o “Índice de Sustentabilidade Empresarial”, ou simplesmente “ISE”, que seleciona as organizações comprometidas com a preservação do meio ambiente e com o desenvolvimento social.

A identificação e o reconhecimento das empresas social e ambientalmente responsáveis teve início em 1999, quando nos Estados Unidos foram criados os denominados “Índices Dow Jones de Sustentabilidade (DJSI)”.

O Brasil também percebeu que o mercado financeiro mundial buscava empresas ambientalmente sustentáveis, socialmente responsáveis e economicamente rentáveis. De forma pioneira entre os países em desenvolvimento, no ano de 2005 a BOVESPA criou o “ISE – Índice de Sustentabilidade Empresarial”, que é gerenciado por um Conselho Deliberativo formado por diversas instituições, inclusive o Ministério do Meio Ambiente.

Além de avaliar as iniciativas empresariais nos âmbitos econômico, social e ambiental (seguindo o conceito ambiental do “Triple Bottom Line”), o ISE verifica também os indicadores de governança corporativa.

Para os analistas do mercado financeiro, é importante a identificação das empresas que realizam investimentos socialmente responsáveis (SRI), eis que, atualmente, as aplicações em negócios sustentáveis significam cerca de 10% do total dos investimentos realizados.

A lista das empresas que participam do ISE é revisada anualmente. Na carteira de 2009/2010, o índice foi concedido, dentre outras, às empresas Natura, Bradesco, Banco do Brasil, Embraer, Sadia S/A, Celesc, COPEL e Gerdau. A Petrobrás participava desse índice

até novembro/2008, quando foi excluída por não ter reduzido o nível de enxofre do óleo diesel, descumprindo assim a Resolução 315/2002 do CONAMA.

O ISE da BOVESPA também apresenta importantes reflexos no cenário internacional, ao demonstrar o comprometimento do Brasil e das empresas aqui instaladas com meio ambiente.

De modo geral, as práticas sócio-ambientais vêm se tornando uma exigência tanto do mercado financeiro como também do mercado consumidor. Muitos produtores, distribuidores, fornecedores e consumidores passaram a verificar e a questionar a responsabilidade socioambiental das empresas que compõem a cadeia produtiva.

Assim, ainda que movidas por preocupações exclusivamente econômicas ou mercadológicas — e não por pura conscientização ecológica —, cedo ou tarde todas as empresas que terão que adequar suas atividades àquele desenvolvimento que seja economicamente sustentado, ambientalmente sustentável e socialmente incluyente.

Em se tratando de respeito ao meio ambiente, não importam as razões, mas as ações. Qualquer que seja a motivação, a natureza e o planeta agradecem!

Simone Brümmer - OAB/SC 26.324

Sócia do escritório Brümmer Advocacia Ambiental (www.brummer.com.br). Professora de Direito Processual Civil na FCJ – Faculdade Cenecista de Joinville/SC. Especialista em direito ambiental e urbanístico pela Universidade Anhanguera. Especialista Função Social do Direito pela Unisul. Secretária-Geral Comissão Mulher Advogada OAB Joinville.

simone@brummer.com.br

As ações de telefone

Passado o furor das ações de poupança, buscando as perdas havidas no período de 1987 (Plano Bresser), a comunidade jurídica volta-se à outro tipo de ação consumerista: a complementação das ações de telefone.

E isto vem acompanhado de um intenso conclave de pessoas especializadas em adquirir tais ações por meros R\$ 200,00 (duzentos reais). Por meio de correspondência enviada diretamente à casa do cidadão, a oferta até parece tentadora, mas na verdade trata-se de verdadeira cessão de direitos: aquelas pessoas compram o “direito” de ingressar em Juízo buscando diferenças bem maiores relativas à complementação das ações de telefone.

Tais ações judiciais buscam a diferença entre o capital subscrito e o valor patrimonial das ações de telefone, na data da integralização. Explica-se.

Para todos aqueles que adquiriram telefones da antiga TELESC, entre 1988 e 1995, o valor das ações emitidas foram à menor do que realmente valiam. Essa emissão de ações com valor menor ocasionou prejuízos aos adquirentes de telefone.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por sua 4ª Turma, que o consumidor tem direito de receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização. Isto quer dizer que, quando integralizou-se as ações – juntou-se as ações de duas ou mais empresas – a quantidade de ações que cada consumidor teria direito era superior ao que lhe foi pago.

Isto ocasionou prejuízos ao consumidor, pois recebeu quantidade menor de ações, e as condenações vão no sentido de ressarcir o consumidor com a diferença das ações entre a data da integralização e a data da subscrição, esta quando há chamada de capital para novas ações.

A empresa que figura como ré nessas ações é, no caso, a Brasil Telecom, a qual sucedeu, em 1997, a TELESC. Conste-se ainda que o adquirente pode ser pessoa física ou jurídica, não importando também se já vendeu estas ações à outras pessoas ou companhias especializadas. O que se busca é a diferença daquela época, quando o consumidor ainda era titular de tais ações.

As companhias telefônicas CRT, do Rio Grande do Sul, e TELEPAR, do Paraná, também sofreram o mesmo prejuízo, razão porque as decisões do Superior Tribunal de Justiça referentes à este caso são, em sua maioria, provenientes do Sul do país.

Para ingressar com essas ações, tal qual as ações de poupança, entendemos não ser necessário o contrato e/ou extratos, pois o Código de Defesa do Consumidor, ao instituir a possibilidade de inversão do ônus da prova, resguardou o direito dos consumidores nestes casos de hipossuficiência.

No entanto, não custa ao consumidor e aos escritórios de advocacia elaborar um requerimento administrativo, visando cópias dos contratos e demais documentos que seriam interessantes à elucidação do caso, entregando-o em duas vias à BrasilTelecom.

Diferentemente das ações de telefone, o prazo prescricional não está terminando, mas como o Direito não socorre aos que dormem, não é aconselhável deixar para última hora. Assim, evita-se quaisquer aborrecimentos e a chance da causa ser resolvida mais rapidamente aumenta consideravelmente.

Para encerrar o assunto, ainda que se tenham passados quase vinte anos, tais ações são registradas em livro próprio que, por lei, a empresa de telefonia deve manter em seus arquivos, bem como quaisquer outros documentos atinentes à venda, subscrição e/ou integralização de ações de telefone. Basta ao consumidor, agora, lutar por seus direitos.



George Willian Postai de Souza - OAB/SC 23.789

Advogado, sócio do escritório Souza Postai Advogados Associados. Pós-Graduado Direito Processual Civil e Pós Graduando Direito e Processo do Trabalho. Autor das obras jurídicas “Vícios Redibitórios nos Contratos Imobiliários” e “A Aplicação Prática do Rito Sumário Após o Advento do Rito Sumário”.
george@souzapostai.com.br

Como citar este Artigo:

SOUZA, George Willian Postai de. As ações de telefone. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/28/as-acoes-de-telefone/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

As misérias do processo trabalhista

O colega Omar Campos da Silva Junior escreveu: "Li sua matéria 'misérias do processo civil', que tratou da questão dos honorários sucumbenciais no cível. Isto se aplica ao advogado trabalhista com o agravante de que a jurisprudência majoritária vem se posicionando no sentido de negar a aplicação do artigo 20 do CPC. A nobre magistratura afirma que a Lei 5.584/1970 autoriza o deferimento da verba nas restritas hipóteses do trabalhador gozar de assistência judiciária e estar sendo assistido por seu sindicato. Esquecem que a lei 10.288/2001, inseriu o § 10º no artigo 789: 'O sindicato (...) prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare (...) não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.

" Isto, logicamente, derogou o artigo 14 da Lei 5584/1970, que regulamentava a assistência a ser prestada pelo sindicato. Após, foi promulgada a Lei 10.537/2002 que revogou o 10 do artigo 789, inserindo o § 3º no artigo 790: 'Nas Varas do Trabalho(...) a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que são expedidas pelo TST... É facultado aos juízes (...) conceder (...) o benefício da justiça gratuita... àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem(...) que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.' Por isso, mesmo as tão citadas súmulas 219 e 329 perderam força já que publicadas respectivamente no DJ em 1985 e 2003, antes das alterações legislativas. Sem falar no Código Civil, aplicável subsidiariamente, que em seus artigos 389, 395 e 404 determina que o devedor deve arcar com a verba honorária da parte contrária. O advogado trabalhista quando ajuíza demandas aguarda por muitos anos o desenrolar dos processos para receber seus honorários. Sem esquecer das empresas que utilizam a Justiça do Trabalho de má-fé, sendo mais vantajoso protelar que pagar o devido. Assim, entendo que condenação em honorários, além do respeito do trabalho do advogado e da lei, seria também um desestímulo pelo mau uso do Judiciário...".

Prezado Omar, o sucesso nas causas deriva do labor dos advogados e os direitos trabalhistas, do suor dos trabalhadores. Aqueles que utilizam serviços alheios e negam tais direitos contam com a moratória processual e a isenção do pagamento de honorários onde quem paga é o empregado? Dupla contradição e choque contra os próprios objetivos da justiça laboral! As posturas empresariais reprováveis são copiadas do poder público, que imoralmente só paga no final (precatórios) mediante ameaças de intervenção. Seria este o Brasil prometido pela Constituição de 88? A OAB deveria lutar institucionalmente por isto. Justiça na percepção de honorários é a mais sagrada das prerrogativas.



Elias Mattar Assad

Elias Mattar Assad é presidente da associação Brasileira dos Advogados.
eliasmattarassad@sulbbs.com.br

Como citar este Artigo:

ASSAD, Elias Mattar. As misérias do processo trabalhista . **Revista Eletrônica**

OAB Joinville, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/26/as-miserias-do-processo-trabalhista-8232/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

BREVE ESTUDO SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DA CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA EM FAVOR DO FISCO, OU, AINDA PELA ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL.

EDEMILSON MENDES DA SILVA

OAB/SC 24.541 – Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina em parceria com a Rede de ensino Luiz Flávio Gomes; Pós-Graduado em Direito Socioambiental pela PUC/PR. edemilson@martinelli.adv.br; silva.edemilsonmendes@gmail.com.

O direito penal e o direito tributário sempre estiveram muito próximos no amontoado de leis e decretos que dão forma ao ordenamento jurídico brasileiro. A propósito nas palavras de Osvaldo Gianotti Antonelli¹ “basta verificar que em 1830, já existia previsão de punição criminal pelo não pagamento de impostos devidos em face da importação ou exportação de mercadorias no país”.

Luiz Flavio Gomes² assevera que ontologicamente inexistente diferenciação entre sanção penal tributária e aquela oriunda da condenação em um processo administrativo. Muitas vezes, inclusive, ambas as sanções (penal tributária e administrativa) são idênticas.

Calha ressaltar, todavia, que a sanção penal tributária pode se revestir de uma pena privativa de liberdade ou de uma pena de multa, enquanto que é inadmissível a aplicação da pena privativa às sanções administrativas.

De toda forma, o ponto central desta ligação desperta até os dias de hoje inúmeras discussões concernentes aos crimes tributários. Vale ressaltar que em momentos de turbulência financeira, mas não só nestes, as dívidas tributárias se acumulam, transformando inúmeros contribuintes em contribuintes devedores.

Ao passo que em alguns casos o contribuinte devedor pode ser compelido ao pagamento do tributo, sob pena de punição criminal. Entretanto, e em especial

¹ **Ações anulatórias em casos de débito fiscal.** Revista Consultor Jurídico, 9 de fevereiro de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 21 fev. 2009.

² **Reflexões e anotações sobre os crimes tributários.** In Sanções penais tributárias. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2005 (p. 509-526). Material da 2ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG.

após a advento da Lei 10.684/03, conhecida no âmbito empresarial como a Lei do Refis II, estabelecendo a desnecessidade de punição criminal do contribuinte devedor em razão do pagamento integral do débito tributário, junto ao Fisco, à qualquer tempo.

Ou seja, a quitação da dívida, pelo contribuinte devedor, impede sua punição criminal, ainda, que este devedor esteja sendo processado criminalmente, ou, já tenha sido condenado pelo juiz criminal.

Não obstante, como bem lembrou Osvaldo Gianotti Antonelli³ em que pese a novidade, temos para nós que a discussão sobre a não punição criminal passou ao largo de tema certamente controverso, que ganha corpo no cenário dos crimes tributários: o depósito do valor devido — pelo contribuinte — quando do ingresso com a ação anulatória de débito fiscal.

Isto porque, as possibilidades de discussão quanto ao débito fiscal não se esgotam na esfera tributária, mesmo que tenha o fisco saído vitorioso do embate entre este e o contribuinte devedor, ainda é possível ao contribuinte contestar judicialmente sua derrota, por meio da denominada ação anulatória de débito fiscal ou até mesmo nos próprios embargos a execução.

Neste contexto, o mestre Hugo de Brito Machado⁴ adverte que coloca-se, então, a questão de saber se pode ter curso a ação penal antes do julgamento da questão no juízo cível. Em outras palavras, coloca-se a questão de saber se, antes de decidida definitivamente se ocorreu ou não uma supressão ou redução de tributo como fato inerente à relação tributária, já é possível a ação penal na qual esse mesmo fato constitui o crime imputado ao réu, vale dizer, esse mesmo fato integra o tipo penal respectivo.

E, conclui o autor dizendo que a resposta é negativa, não obstante a impropriedade das normas albergadas pela lei ordinária que trata do assunto. O citado autor prefere a interpretação que respeita a unidade do sistema jurídico e a supremacia constitucional, diretrizes que conduzem ao entendimento segundo o qual a decisão, no juízo cível, da questão tributária é uma questão pré-judicial cujo deslinde é indispensável para que se possa saber se ocorreu, ou não, o fato típico⁵.

³ **Idem.**

⁴ **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

⁵ **Idem**, p.365.

De outro lado, esse mesmo autor admite a propositura da ação penal, mas o respectivo processo deve ser suspenso até que definitivamente julgada a questão posta no juízo cível⁶.

Ou seja, se o contribuinte devedor ingressar com ação anulatória, nos termos do Código Tributário Nacional, depositando em juízo, o valor integral do débito tributário, por conseguinte acarretará caso seja a ação julgada improcedente, em automática conversão do depósito em renda em favor do Fisco.

Noutras palavras, caso o contribuinte devedor perda o embate judicial, o montante depositado será automaticamente convertido em favor do Fisco, ou seja, o débito tributário estará pago na hipótese de eventual improcedência da ação anulatória de débito fiscal intentada pelo contribuinte.

Calha ressaltar a lição Osvaldo Gianotti Antonelli⁷ em outros termos, basta a interpretação lógica do emaranhado de leis e fácil é a constatação de que o simples depósito do valor integral⁸ em juízo, equivale ao próprio pagamento do débito, já que tal depósito será revertido automaticamente em proveito do Fisco na hipótese de improcedência da ação anulatória⁹.

Resumindo se o ordenamento jurídico prevê uma forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito de seu montante integral (art. 151, II, do CTN), não há que se falar em tipicidade penal, pelo simples fato de se ter constituído

⁶ **Idem. Idem.**

⁷ **Ações anulatórias em casos de débito fiscal**. Revista Consultor Jurídico, 9 de fevereiro de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 21 fev. 2009.

⁸ Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho¹, no caso de o lançamento não tiver ainda sido realizado, o depósito deverá ser do valor do tributo. No caso de ocorrência do lançamento, incluem-se a multa e os juros. (Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1999. P. 681)

⁹ Sobre o tema calha transcrever trecho de sentença proferida nos autos de Inquérito Policial n. 2006.72.09.002391-0/SC: O fato de o investigado ter efetuado o depósito integral do débito em questão de forma diversa daquela prevista na Lei nº 10.684/2003, não implica na impossibilidade dele ser beneficiado com a suspensão do processo e de seu prazo prescricional, conforme estatuído na sobredita Lei, uma vez que, se nossos Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de que a concessão de parcelamento dos débitos pela autoridade administrativa, por si só, é suficiente para fazer surgir o direito ao benefício da suspensão da pretensão punitiva e da prescrição penal, nos termos do art. 9º, da Lei nº 10.684/2003, quanto mais se houve o depósito integral do débito na via judicial, conforme se observa na certidão de fl. 69. Saliente-se que, em sendo julgada improcedente a Ação Anulatória de Lançamento Fiscal, o valor depositado será convertido em renda em favor da União - Fazenda Nacional.

determinado crédito, se se apresenta uma causa de suspensão da exigibilidade deste mesmo crédito, ou seja, o fato em tela não autoriza a persecução penal estatal.

Como demonstrado o ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo, e se dessa análise se observa que, existe uma ou mais mornas que fomentam determinada conduta, forçoso é concluir pela atipicidade, desta conduta sob o enfoque da tipicidade penal.

Ademais disso, dispõe o artigo 156 do Código Tributário Nacional que extinguem o crédito tributário o pagamento, a compensação, a transação, a remissão, a prescrição e a decadência, a conversão de depósito em renda, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, a consignação em pagamento, a decisão administrativa irreformável e a decisão judicial passada em julgado.

Ainda neste contexto, cumpre ressaltar que há previsão expressa de suspensão da exigibilidade da obrigação tributária e por consequência do eventual crédito tributário nos termos do disposto no artigo 151 inciso II do CTN, quando o contribuinte realiza o depósito integral do montante do tributo supostamente devido.

E, se o pagamento e a conversão de depósito em renda são formas de extinção do crédito tributário, e, ainda se uma das formas previstas na lei, para que, seja declarada extinta a punibilidade nos crimes tributários é o pagamento integral a teor do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 9º da lei 10.684/2003, não há como negar-se que, se houver a conversão de depósito em renda, haverá, por conseguinte a extinção do mesmo crédito tributário, assim fazendo uso da analogia temos que, também nos casos de conversão de depósito em renda estará extinta a punibilidade no crime tributário¹⁰.

¹⁰ Conforme ensina o mestre Hugo de Brito Machado nem seria necessário fazer referência à conversão de depósito em renda como forma de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. Mesmo assim, diante de tantas e tão absurdas propostas de interpretação fundadas exclusivamente no elemento literal, consideramos conveniente afirmar que a conversão do depósito em renda é, sim, uma forma de extinção da punibilidade, nos crimes contra a ordem tributária, porque é absolutamente equivalente ao pagamento, posto que tem o mesmo efeito extintivo da obrigação tributária. E continua o citado autor, aliás, não poderia ser de outra forma. Quem depositou para garantia do juízo agiu de forma mais favorável à Fazenda Pública. Nada justificaria, portanto fosse tratado de forma mais severa do que aquele que por qualquer razão, porque não havia depositado, pagou o tributo (**Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374)

Demais disso, o emprego da analogia, em matéria penal é permitido quando esta favorecer o direito de liberdade do imputado, seja com a exclusão da criminalidade seja pelo tratamento mais favorável ao acusado (analogia *in bonam partem*). Ou seja, a analogia consiste em aplicar-se a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante.

Com efeito, o uso da analogia por ser um processo de auto-integração, criando uma norma penal onde originariamente não existe previsão, só é aplicável *in bonam partem* jamais *in malam partem* no direito penal.

Assim, havendo conversão de depósito em renda e extinção do crédito tributário, não há razão para não se considerar a conversão de depósito em renda, como uma forma de extinção da punibilidade, pois se o crédito tributário se extingue pelo pagamento, é lógico que este, pode ser extinto por outra circunstância, como a conversão de depósito em renda, isto porque, é evidente que o espírito da norma é despenalizar aquele que quitou sua obrigação tributária, não interessa se pelo pagamento ou pela conversão de depósito em renda.

Por sua vez, não há motivo lógico ou científico, para não se admitir o depósito integral do montante do tributo supostamente devido, como forma de se promover a extinção da punibilidade nos crimes tributários, aplicando-se como dissemos a analogia, seja porque, caso a sentença lhe seja favorável o auto de infração será anulado¹¹, seja porque, caso a decisão seja favorável a Fazenda Nacional, o depósito será transformado em pagamento definitivo¹², ou seja, em renda a favor do Fisco.

¹¹ Lei 9.703/98 Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

[...]

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores;

[...].

¹² **Idem.**

Reforçando a possibilidade de aplicação da analogia, cumpre apresentar um exemplo que corrobora este argumento, vejamos: A gravidez decorrente de estupro, nos termos do disposto no artigo 128 II do Código Penal autoriza o aborto e, a jurisprudência e a doutrina pacificamente admitem, no entanto, como não se trata de norma incriminadora, mas, ao contrário, permissiva, é possível estender o benefício analogicamente à gravidez resultante de atentado violento ao pudor. Fundamento: (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*) onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito.

Nas duas hipóteses, a lei ao punir a conduta do criminoso visa preservar a liberdade sexual e, se da violação decorrer a gravidez, apesar da falta de previsão expressa no artigo 128 II do CP, por analogia autoriza o aborto tanto da gravidez decorrente do estupro quanto do atentado violento ao pudor. É o caso da extinção do crédito tributário, se pelo pagamento há extinção da punibilidade, não há como não se admitir a mesma extinção da punibilidade quando extinto o crédito pelo depósito integral do montante do tributo supostamente devido em caso de sentença favorável ou em conversão de depósito em renda em caso de decisão favorável a Fazenda Nacional.

Também previu o legislador a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes tributários, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

Com efeito, a propositura de ação anulatória de lançamento de débito fiscal com depósito (art. 151, II, do CTN), produz como efeito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, e, por conseguinte devem ser analogicamente aplicado ao caso penal. Ou seja, o depósito integral do crédito tributário, ainda que diversa daquela prevista na Lei nº 10.684/2003, não pode implicar na impossibilidade de o imputado ser beneficiado com a suspensão da pretensão punitiva estatal, e, posteriormente com o arquivamento do inquérito policial ou trancamento da ação penal, por falta de justa causa, ante a anulação do lançamento fiscal, ou ainda com a extinção da punibilidade em virtude da conversão do depósito em renda em favor do fisco.

Significa dizer, se está suspenso o crédito tributário em razão do depósito integral do montante do suposto tributo devido, não pode o contribuinte ser acusado

de ter praticado determinado crime tributário, pois ainda pende de discussão a existência ou não do crédito tributário, basta uma simples comparação.

Vejamos: no caso do parcelamento suspende-se a pretensão punitiva até a extinção total do crédito pelo pagamento, interpretando-se por analogia, não há como fugir de se estender o benefício àquele que está discutindo administrativa ou judicialmente a exigibilidade do tributo nos termos do art. 151, II, do CTN, que se procedente ao autor, da mesma forma que o parcelamento, levará à extinção do crédito tributário, pela anulação do Auto de Infração que redundará no levantamento, e em caso de improcedência será transformado em renda a favor da União, e, da mesma forma, extinguirá o crédito tributário. Ou seja, num e noutro caso o resultado será sempre o mesmo a extinção do crédito tributário.

Para situação semelhante, havendo lacuna da lei, a analogia preenche e, no caso apontado é de ser reconhecido o direito à suspensão da pretensão punitiva do Estado, não só no parcelamento, mas também na discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

Ademais, o efeito do depósito judicial efetivado no âmbito da Ação Anulatória de Lançamento Fiscal, é rigorosamente o mesmo do parcelamento que se efetivaria na esfera administrativa, qual seja, o da extinção da punibilidade, que haveria de ser reconhecida, inclusive, na fase de execução da pena. Desse modo, merece ser deferida a suspensão do processo e da pretensão punitiva em relação aos fatos investigados nestes autos, com fundamento na Lei nº 10.684/2003, que deve ser analogicamente aplicada ao caso¹³.

Assim, sendo a jurisprudência pacífica em afirmar que o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos ou contribuições sociais, extingue a punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal, por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei n.º 10.684/03, também deveria o ser no caso de conversão do depósito em renda em favor do fisco.

Nessa testilha é a jurisprudência do STJ:

¹³ Decisão prolatada nos autos de Inquérito Policial n.º 2006.72.09.002391-0. VF E JEF CRIMINAL DE JARAGUÁ DO SUL/SC.

Penal. Habeas Corpus. Apropriação Indébita Previdenciária. Pagamento Integral do Débito. Efeitos Penais Regidos Pelo Art. 9º, § 2º, da lei 10.684/2003. Extinção da Punibilidade. Ordem Concedida.

1. Com a edição da Lei 10.684/2003, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e 168-A e 337-A do Código Penal.

2. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições sociais, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade, nos termos do 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (STJ. HC 61031/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 278)

No mesmo sentido:

Correição Parcial. Suspensão Pretensão Punitiva do Recurso Especial. Penal. Apropriação Indébita de Contribuição Previdenciária. Art. 168-A do Código Penal. Pagamento Integral do Débito. Aplicação do Art. 9.º, § 2.º, da lei n.º 10.684/2003. Extinção da Punibilidade.

1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/03, de eficácia retroativa por força do art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

2. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 950.648/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/02/2008, DJe 03/03/2008)

A seu turno o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 81.929-0/RJ, reconheceu, por unanimidade, como mais benéfico ao réu a aplicação do artigo 9º da Lei n.º 10.684/2003, que "retroage para alcançar o presente caso (art. 5º, XL, da Constituição Federal), impondo à Corte o dever de" reconhecer extinta a punibilidade do imputado.

Veja a jurisprudência do STF:

Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário. Apropriação Indébita de Contribuições Previdenciárias Descontadas dos Empregados. Parcelamento e Quitação após o Recebimento da Denúncia. Extinção da Punibilidade, por força da retroação de Lei Benéfica.

As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica. (STF. HC 85452/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, Dj. 17/05/2005).

Relembre-se, por ser extremamente relevante que, enquanto não é exigível o tributo, não se integraliza, no plano da tipicidade a conduta de sonegar. Demais disso, antes de esgotadas todas as possibilidades de impugnação da constituição deste crédito, não há como se falar em fato típico, muito menos de tipicidade penal.

Nesse sentido já decidiu o a segunda turma do STF:

AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.137/90. Delito material. Tributo. Processo administrativo. Cancelamento do suposto crédito por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes. **Crédito tributário juridicamente inexistente.** Falta irremediável de elemento normativo do tipo. **Crime que se não tipificou.** Trancamento do processo quanto ao delito de sonegação fiscal. **HC concedido** para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o **lançamento fiscal definitivo**, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada, por decisão definitiva do Conselho de

Contribuintes, a inscrição do suposto crédito exigido. (STF. HC 86281, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00337) Sem negrito no original

Para encerrarmos cumpre assinalar que a tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta¹⁴.

Por sua vez, a antijuridicidade surge da antinormatividade (tipicidade penal) e da falta de adequação a um tipo permissivo, ou seja, da circunstância de que a conduta antinormativa não esteja amparada por uma causa de justificação.

Isto porque, não teria cabimento ao Estado continuar exercendo seu *jus puniend*, sobre uma conduta que o próprio Estado considera atípica frente a normas acima citadas. Sobre o tema calha esclarecer mais uma vez, que a tipicidade legal não se confunde com a tipicidade penal, pois esta pressupõe aquela mais a tipicidade conglobante, ou seja, a função da tipicidade penal será, pois reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta¹⁵, pois – como se sabe – comportamento atípicos (como na espécie) não justificam, por razões óbvias, a utilização, pelo Estado, de medidas de repressão criminal.

Entretanto, não obstante a atualidade deste tema, o fato é que tal discussão, ainda é incipiente na doutrina e tribunais brasileiros, havendo poucos comentários sobre o tema e raríssimas decisões reconhecendo que o depósito do montante integral em juízo equivale ao próprio pagamento do débito¹⁶, e, por

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 460.

¹⁵ O mestre ZAFFARONI assevera que o juízo da tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (**Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 459).

¹⁶ O fato de o investigado ter efetuado o depósito integral do débito em questão de forma diversa daquela prevista na Lei nº 10.684/2003, não implica na impossibilidade dele ser

consequente conduzirá a extinção da punibilidade nos termos da Lei n. 10.684/2003, que deverá ser aplicada analogicamente.

Assim, fica uma provocação, para que possamos maturar o assunto, bem como apresentar aos tribunais novas possibilidades de decisão, até porque é direito de todos e dever daqueles que militam com o direito penal, engendrar todos os esforços no intuito de que, caso se tenha que infligir (o débito), ou seja, aquele que sofre, ou que está na iminência de sofrer uma persecução penal, que isso se de da maneira menos gravosa possível.

beneficiado com a suspensão do processo e de seu prazo prescricional, conforme estatuído na sobredita Lei, uma vez que, se nossos Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de que a concessão de parcelamento dos débitos pela autoridade administrativa, por si só, é suficiente para fazer surgir o direito ao benefício da suspensão da pretensão punitiva e da prescrição penal, nos termos do art. 9º, da Lei n.º 10.684/2003, quanto mais se houve o depósito integral do débito na via judicial. Saliente-se que, em sendo julgada improcedente a Ação Anulatória de Lançamento Fiscal, o valor depositado será convertido em renda em favor da União - Fazenda Nacional (Inquérito Policial n. 2006.72.09.002391-0/SC).

Cartórios, separações e inventários

Toda mudança gera, nos indivíduos em geral, de início, alguma perplexidade, seguida, quase sempre, de uma fase de discussão para, então, haver acomodação. Como presidente de uma das maiores (se não a maior) subseção da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, não posso deixar de me manifestar sobre a aplicabilidade da lei 11.441, de janeiro de 2007, que autoriza cartórios extrajudiciais a praticarem atos antes reservados aos cartórios judiciais – escrituras públicas de inventários, partilhas, separações e divórcios.

Perplexos, de início, todos ficamos ao acreditar que mais uma vez os advogados seriam alijados de suas prerrogativas profissionais, notadamente a de representar, ativa e passivamente, todo e qualquer cidadão. A fase de debate surgiu tão logo se passou a imaginar quais seriam os resultados práticos da aplicação da lei para os advogados e qual a prática que seria adotada pelos cartórios extrajudiciais.

Tentando acabar com a discussão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil baixou o provimento 118/07, que veio a disciplinar a atividade extrajudicial nas ações referidas pela lei, onde se tratou de buscar alguns freios aos cartórios na nova atividade. Consta do provimento a obrigação de que em todos os registros se façam presentes os nomes e números de identidade – inscrição na OAB – e a assinatura dos advogados, sendo absolutamente vedado o angariamento de causas, com ou sem intervenção de terceiros, ou a prática de atos por advogados vinculados aos cartórios, direta ou indiretamente, constituindo-se, estes atos, infrações disciplinares.

O próprio provimento, ainda, fez lembrar que os conselhos da OAB ou as subseções podem requisitar, na forma do artigo 50 da lei nº 8.906, de 4/7/1994, cópia de documentos a qualquer tabelionato. Este lembrete servirá, por certo – aliado ao fato de que deverão ser estimuladas as interlocuções entre o conselho da OAB e os colégios notariais – para a viabilização, em conjunto, da aplicação da lei e do cumprimento integral do provimento, tudo para que a terceira premissa já referida – a acomodação – não sirva, mais uma vez, para que o advogado seja desrespeitado em suas prerrogativas legais. A OAB subseção Joinville fará a sua parte, exigindo todos os documentos necessários.

Fonte: <http://www.an.com.br/2007/jun/25/0opi.jsp>



Édelos Fröhstück

Como citar este Artigo:

FRÜHSTÜCK, Édelos. Cartórios, separações e inventários. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/23/cartorios-separacoes-e-inventarios/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Drogas e discursos falaciosos: uma abordagem humanista*

*Leandro Gornicki Nunes**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Drogas: a (des)constituição familiar e o neoliberalismo; 3. A concepção aristotélica de felicidade: um caminho ético contra as drogas; 4. Abordagem criminológica sobre as drogas; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Drogas – Estrutura familiar – Neoliberalismo – Concepção aristotélica de felicidade – Criminologia.

KEY-WORDS: Criminal Law – Drugs – Familiar Structure – Neoliberalism – Aristotelian conception of the happiness – Criminology.

RESUMO: O presente texto tem por objetivo constituir uma antítese à tese de que o recrudescimento penal é (o) caminho para se acabar com o problema da produção e consumo de drogas no mundo. Aborda-se o problema da estrutura familiar pós-moderna no ambiente neoliberal e a sua relação com as drogas ilícitas. É proposta uma concepção aristotélica de felicidade como caminho ético para combater o problema. Finalmente, é feita uma abordagem criminológica do tema, quando, então, é possível concluir que as leis penais não têm o condão de solucionar o complexo problema.

ABSTRACT: The present text has for objective to constitute an antithesis to the thesis of that criminal law intensification is (the) way to finish the problem of production and consume of the drugs in the world. Making an approach of the problem of the familiar structure post-modern in the neoliberalisms ambient and its relation with the illicit drugs. An Aristotelian conception of happiness is proposed as ethical way to fight against the problem. Finally, it's made a criminology boarding from this theme, when, then, it's possible conclude that the criminal law is not the solution to this complex problem.

^S Como citar esse artigo: GORNICKI NUNES, Leandro. Drogas e discursos falaciosos: uma visão humanista. *Revista da Universidade da Região de Joinville*. Joinville, v. 13, p. 30-37. dez/2008.

^S Advogado criminalista, Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille, especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/ES (www.gornickinunes.adv.br) e Conselheiro da OAB Subseção de Joinville.

*“Nos perderemos entre monstros, da nossa própria criação
Serão noites inteiras, talvez por medo da escuridão
Ficaremos acordados, imaginando alguma solução
Prá que esse nosso egoísmo, não destrua nosso coração”.*
(Legião Urbana)

1. INTRODUÇÃO

É comum ouvirmos considerações sociológicas e jurídicas sobre o problema das drogas no mundo pós-moderno, afirmando que o tráfico de drogas no meio social é atividade que vem destruindo famílias¹, contribuindo de forma decisiva para o incremento dos alarmantes números da violência, na medida em que incentiva, através do vício, a prática de inúmeros delitos, e que a edição de leis penais rigorosas é suficiente para refreá-lo (falaciosa ideologia de proteção social). A partir daí, trava-se – conforme os *discursos falaciosos* – uma “guerra às drogas”. Em nível internacional, podemos dizer que esse discurso é idealizado pelos Estados Unidos da América, que capitaneia outros países para participar dessa “guerra”, a exemplo do Brasil e da Colômbia.

Mas, analisando o problema da larga escala de consumo de drogas entre os jovens, com base em critérios *científicos* e *laicos*, questionamos: a adoção de medidas puramente legislativas (proibicionismo-punitivo) será a solução dos problemas da violência e das drogas?

¹ Cumpre frisar que tal discurso se refere ao conceito burguês de família (sistema familiar tradicional) e está impregnado de preconceito em relação às famílias comunitárias e homossexuais (sistema familiar alternativo).

2. DROGAS: (DES)CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E NEOLIBERALISMO²

Não são as drogas ilícitas ou o tráfico de entorpecentes que estão destruindo famílias. Longe de qualquer ideal reacionário, dentre os diversos fatores de natureza sócio-econômica, o mercado das drogas – e, consequentemente, a ação dos traficantes – está prosperando porque as famílias estão destruídas³. É tormentoso reconhecer a procedência de tal afirmação, uma vez que isso implica em reconhecer o fracasso de significativa parcela da sociedade que não consegue manter os laços familiares atados ao ponto de impedir a entrada das drogas (lícitas⁴ ou ilícitas) no seio familiar.

Esse modo de pensar não quer dar à família uma concepção *funcionalista*, de mero lugar onde ocorre a *socialização primária* das crianças⁵. Mas, lembrar que a família também deve ser analisada sob o prisma *psicanalítico*, pois os pais – ou aqueles que exercem essa função – acabam por ser decisivos na formação do *corpo psíquico*⁶ dos indivíduos.

Para combater os males proporcionados pelas drogas – pois combater as

² Sobre globalização, neoliberalismo e suas nefastas conseqüências, ver SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. ____ [org]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. pp. 29-35.

³ Aqui, não se trabalha a questão estrutural da família (tradicional ou alternativa). Quando afirmamos que as famílias estão destruídas, estamos nos referindo ao vínculo afetivo que une as pessoas, mas que fica prejudicado a partir do processo de *coisificação*, fenômeno típico do modelo econômico neoliberal, onde as pessoas não têm importância quando não são úteis ao sistema (consumidores), cuja premissa suprema é o lucro.

⁴ Apesar de legalizados, a produção e o consumo de bebidas alcoólicas causam grandes danos à saúde de muitas pessoas, ficando vazio, e por isso hipócrita, o discurso proibicionista das drogas ilícitas, eis que todas as razões por ele invocadas são aplicáveis ao consumo de álcool. A propósito: CALVANESE, Ernesto; ARENA, Grazia. Álcool, Alcoolismo, Alcoólatras: Imagens e autopercepções em um grupo de sujeitos em tratamento terapêutico. In: ZOMER, Ana Paula (Org.). *Ensaio Criminológico*. Trad. Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002. p. 59-80.

⁵ PARSONS, Talcot. *The Structure of Social Action*. New York: Harper e Row, 1950.

⁶ LACAN, Jacques. *Escritos I e II*. Mexico: Siglo XXI, 1984.

drogas em si é algo impossível e de constitucionalidade duvidosa a partir da *secularização do direito* e da *alteridade*⁷ – é fundamental entender o usuário, notadamente aquele que está na adolescência.

Sobre as dificuldades inerentes à adolescência, o Professor Alexandre Morais da Rosa afirma que “as relações do sujeito adolescente com seu entorno, então, ganham novos matizes, cujo enfrentamento depende, em muito, da maneira como o sujeito foi estruturado”. E complementa: “Podem ocorrer, assim, dificuldades nesse momento, culminando em construções defensivas em que o sintoma não compromete o sujeito, podendo se dar a simbolização. Dentre as saídas, aponta Cahn, existe a possibilidade de dificuldades banais, baixo rendimento escolar, problemas de relacionamento com o entorno, inibição, distúrbios de comportamento, drogas, ansiedade, pequenos delitos, condutas masoquistas ou autopunitivas, conflitos com os pais e irmãos, onde prepondera a angústia por sua identidade e identificações”⁸.

Nessa fase da vida é que deve(ria) se dar o processo de *emancipação* do indivíduo, onde ele deixa de ser objeto do desejo dos pais para ser sujeito de seus próprios desejos, sempre em relação de respeito aos outros sujeitos. Porém, para que isso ocorra, é fundamental que os pais possuam o seu espaço de expressão

⁷ Não se pode olvidar as lições do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem “Deseja-se o que se não tem. [...] Os direitos humanos – e sobretudo a cidadania – só se constroem com um inarredável respeito pela diferença, onde a dignidade humana ganha foros de princípio fundante. [...] O que estão fazendo os neoliberais, *per faz et nefas*, mormente no ensino do direito, talvez para seu próprio desespero mais tarde (o mercado é impiedoso com o asinino), é matar o sonho – sonhocídio – de uma geração de jovens professores que se fundaram no discurso (possível) da dignidade humana e da democracia; que crêem na ética do ensino como espaço de respeito ilimitado pela diferença; e que têm tesão de viver e deixar viver”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito* ou “*la búsqueda del banquete perdido*”, como diria Enrique Mari.

⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Adolescentes, ato infracional e a maternagem (i)limitada. In: ____ (Org.). *Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 246.

que, em tempos de competitividade no mercado de trabalho neoliberal – avesso ao *welfare state* –, fica anulada pela impositiva submissão deles em relação aos seus superiores, de forma que os adolescentes continuam vitimados pela relação de dependência dos pais⁹.

Paradoxalmente, a distância entre pais e filhos que é imposta pela voraz competitividade neoliberal ao invés de favorecer o processo de *emancipação* destes, acaba por torna-los mais dependentes da figura paterna, eis que nessa fase, necessitam de contato com tal figura para dialogarem sobre temas críticos do entorno como, por exemplo, sexo e drogas, mas acabam não conseguindo tal contato diante das imposições da competitividade neoliberal. Em síntese, pode-se afirmar que os pais não conseguem libertar os filhos da adolescência, ficando eles eternamente confinados nesta condição (sendo objeto do desejo dos pais), ou seja, sem se emanciparem e tomarem o lugar de sujeito¹⁰. A respeito do problema, Juan Carlos Vezzulla assinala que “impossibilitado de falar com seus pais sobre suas necessidades, desconhecida a prisão da qual deve se libertar para ser independente, o adolescente não pode enfrentar a estrutura de seu conflito, o que o leva a procurar soluções que não o atendem. [...] A falta de diálogo já apontada nos remete à falta de verbalização dos acontecimentos. A palavra é a veiculação do mundo simbólico onde se constroem o sujeito e seu relacionamento com as normas e com os outros. Em oposição, o silêncio (não verbalização) fortalece o plano ilusório. Nada precisa ser dito pois o

⁹ VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 44.

¹⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação...*, p. 46.

relacionamento é do sujeito com seu objeto. [...] O quadro ilusório apresentado agrava-se no caso das famílias mais desfavorecidas e sua necessidade de trabalhar o dia todo para poder contar com o mínimo indispensável, a comida. Eles não estão em condições, muitas vezes nem de deixar as crianças ao cuidado de um adulto, pelo que o silêncio se agrava”.¹¹ E é justamente aqui que surge indelével a marca do neoliberalismo no enfraquecimento dos laços familiares, o que propicia um ambiente ideal para as drogas se estabelecerem na vida dos mais jovens, causando todos os danos macroscopicamente visíveis em nossa sociedade.

Esperamos que não seja tarde, mas, indiscutivelmente, é tempo de reconhecermos que a luta feroz implementada pelo neoliberalismo, embora atinja a todos, só faz gozar a poucos, deixando a maioria desiludida e criando um lugar perigoso, um lugar de risco¹², perfeito para a difusão das drogas.

Portanto, as drogas ilícitas (ou mesmo as lícitas) não destroem famílias. Pensar diversamente é fugir da realidade e torna-las o bode expiatório das nossas falhas de relacionamento familiar. Os usuários procuram se consolar das angústias quotidianas utilizando esse meio para fugir da realidade – muitas vezes cruel –. É nesse momento que a família – tradicional ou alternativa – deve(ria) estar presente para evitar que uma pessoa se torne usuária de drogas. Quando, embora em situação difícil, uma pessoa está fechada para esse tipo de “refúgio”, a aproximação das drogas e dos traficantes não tem qualquer efeito sobre ela e,

¹¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação...*, pp. 48-49.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, v. 31, p. 37-49, 1999.

consequentemente, sobre a estrutura familiar.

Os malefícios das drogas acometem grande parte da juventude, notoriamente os adolescentes, sendo pertinente indagar: por que muitos conseguem passar pela adolescência e pelos primeiros anos da fase adulta sem fazer uso de drogas ilícitas ou lícitas?

Certamente, é porque seus canais emocionais estão fechados para esse tipo de substância, não se podendo creditar qualquer êxito desta tarefa ao uso indiscriminado de políticas penais funcionalistas, como o direito penal do inimigo (*feindstrafrecht*), difundido por Gunther Jakobs, e da tolerância zero.

A única contribuição destacável dessa política criminal proibicionista-punitiva contra as drogas é a “comprovação empírica de que não há como se inibir o uso e a venda de drogas mediante o controle penal, quando a sociedade não quer e não aceita esse controle; além de ter ensinado que um modelo uniforme de controle não tem condições de prosperar, diante da diversidade de características culturais, econômicas e sociais dos diversos países”¹³.

Além disso, com base em Freud, é preciso entender que somente se proíbe com maior ênfase aquilo que é desejado¹⁴, bem como que cada país tem as suas peculiaridades e vicissitudes quotidianas, dentre elas os abismos sociais na América Latina otimizados pela globalização neoliberal desastrosa, cujos danos repercutem interna e externamente, como se fossem a conta dos desserviços promovidos pelos países centrais em relação aos países periféricos.

¹³ Editorial: As marchas e contra-marchas da política mundial de drogas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 16, n. 187, p. 1, jun. 2008.

¹⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*: alguns pontos de concordância entre a vida mental dos selvagens e dos neuróticos. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 85.

Colocado o tema dessa forma, conclui-se que os discursos positivistas fáceis, fascistas e falaciosos, não representam a panacéia quando algo não vai bem na seara familiar, mormente quando se é adolescente, cabendo trazer à discussão uma concepção foucaultiana de *poder* para media-la, pois o *poder* não é algo de caráter exclusivamente repressivo: “o que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considera-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir”¹⁵. Portanto, não basta a existência de leis penais dizendo “não mate”, “não roube”, “não trafique ou use drogas”. É preciso que a sociedade em geral perceba que tais ações são (ou, pelo menos, podem ser) destrutivas.

A inesgotabilidade do assunto é fruto do seu caráter eminentemente psicanalítico e, via de consequência, muito complexo. Porém, é meridiano reconhecer a frivolidade das idéias do senso comum, cujo pensamento emerge pela adoção de soluções simplistas, fruto do terror midiático quotidianamente presente nas televisões de todo o país. Pensar assim não significa fazer apologia ao uso ou tráfico de substâncias entorpecentes. Mas, certamente, não é o tráfico em si que está destruindo famílias, embora seja ele – em muitos casos – um catalisador dessa situação.

A implementação de medidas sociais é – se não o único – o melhor

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 8.

caminho para minimizar o problema, cuja solução definitiva só pode ser visualizada em graus utópicos.

Construir um ambiente social salutar com caminhos/saídas saudáveis para todos que se sintam fragilizados pelas angústias inerentes à existência parece ser a melhor solução do ponto de vista da ética da alteridade. Em outras palavras: é preciso que toda a sociedade abandone as suas preocupações mesquinhas e o egoísmo, este otimizado pela ininterrupta e voraz concorrência do mercado de trabalho (fruto da globalização neoliberal) e pelo consumismo compulsivo.

3. A CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE FELICIDADE: (UM) CAMINHO ÉTICO CONTRA AS DROGAS

Intuitivamente é possível perceber que a *felicidade* tem papel fundamental no combate às drogas. Deve-se frisar que a noção de *felicidade* suscitada é diversa daquela atrelada à pretensão de gozar do objeto sem limites, onde o laço social está frouxo, livre, próprio do “homem sem gravidade”¹⁶, típica de uma estrutura perversa, estampada nos apelos publicitários. A noção de *felicidade* útil ao combate às drogas não pode ser comparada àquela do discurso social padrão (hipócrita e, por isso, vazio), mas, sim àquela de Aristóteles, ou seja, uma felicidade auto-suficiente, desvinculada da falsa instrumentalidade projetada na idéia de prazer, riqueza, honra, poder e uma infindável série de outras coisas que

¹⁶ MELMAN, Charles. *L’homme sans gravité: jouir à tout prix*. Paris: Donoël, 2002, *apud* ROSA, Alexandre Moraes da. *Para um Direito democrático...*, p. 249.

nos trazem boas sensações quando vivenciadas (filosofia hedonista). Nas palavras do filósofo grego, “a felicidade, acima de tudo, parece ser absolutamente conclusiva nesse sentido, uma vez que sempre a procuramos por si mesma, e nunca como meio para se chegar a outra coisa qualquer”¹⁷. Deve ser destacado, conforme propõe André Leonardo Copetti Santos, que “a vida, em sua eroticidade, está umbilicalmente ligada à idéia de felicidade, enquanto ser infeliz conduz a existência humana a espaços e tempos tanáticos”¹⁸. É nos momentos de infelicidade, portanto, que surgem os espaços e tempos tanáticos que levam a pessoa a buscar refúgio nos entorpecentes.

Monique Canto-Sperber explica que “o traço mais característico da felicidade é o sentimento de satisfação experimentado em relação à vida inteira e o desejo que essa vida prossiga do mesmo modo”, acrescentando ainda que “tal sentimento de satisfação deve ser relacionado com os desejos e projetos que uma pessoa alimenta em relação à sua vida”¹⁹.

Não é difícil concluir que a ação prejudicial das drogas para ser minimizada necessita que os “desejos” e “projetos” – de toda natureza – na vida das pessoas estejam solidificados para se ter a sensação de felicidade e, assim, restarem fechados os canais emocionais que conduzem ao uso de drogas. Estamos convencidos que essa é (uma) boa saída para se emancipar os indivíduos e, dessa forma, preservar as famílias. Definitivamente, o recrudescimento penal é

¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília: UnB, 1985. 1097b.

¹⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal brasileira. In Lênio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 48.

¹⁹ CANTO-SPERBER, Monique. Felicidade. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. 2. V. São Leopoldo: Unisinos, v. 1, p. 613.

algo que não contribuirá para a diminuição do número de usuários e índices de violência.

Mudando-se o ambiente social, muito poderá ser feito para minimizar o problema das drogas ilícitas no mundo e, conseqüentemente, minimizar a influência que tais drogas exercem sobre famílias (já destruídas).

4. ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA SOBRE AS DROGAS

Notoriamente, a posição político-criminal adotada pelo senso comum em relação à questão das drogas está vinculada à *criminologia etiológica* (positivista), “cujos programas de política criminal consistem em indicações técnicas de mudanças da legislação penal para corrigir disfunções identificadas por critérios de eficiência ou de efetividade do controle do crime e da criminalidade – com os desastrosos resultados práticos conhecidos”²⁰.

Ocorre que, empiricamente, é possível constatar o fracasso dessa ideologia na busca da contenção da criminalidade e dos níveis de violência²¹, de modo que é razoável deduzir que um novo paradigma criminológico precisa vingar a partir de uma *revolução científica*²². E nesse caminho, fruto do *labeling approach*²³, surge a *criminologia crítica* como forma de – efetivamente – reduzir os índices

²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 693.

²¹ Todos os dias, os meios de comunicação noticiam ações criminosas violentas, sendo que, há mais de uma década, as agências de controle social se utilizam – inutilmente – de leis penais severas (criminalização primária) na tentativa de conter os altos índices de criminalidade. Basta ver as obras “Falcão, Meninos do Tráfico”, “Tropa de Elite”, “Cidade de Deus”, entre outras.

²² KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 219-224.

²³ No *labeling approach*, criminoso é “o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso”. Cf. BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the Sociology of Deviance*. 1963.

de violência.

A *criminologia crítica* não considera o criminoso e a criminalidade como dados ontológicos preexistentes. Ela estuda “o *processo de criminalização* de sujeitos e de fatos, como realidades construídas pelos sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em esteriótipos, preconceitos, idiossincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc.”²⁴.

Na esteira do discurso crítico, é possível afirmar que o ideal defendido pelo senso comum jamais será atendido, pois a função declarada da pena relacionada à idéia de *prevenção geral negativa*, como forma de evitar a prática de crimes por meio do desestímulo da pena criminal (“coação psicológica” de Feuerbach²⁵), está longe de ser concretizada²⁶. Ou seja: há um fracasso histórico que é reproduzido quotidianamente por alguns atores jurídicos, constituindo um recurso retórico legitimador da repressão seletiva de indivíduos das camadas sociais inferiores, fundado em indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza etc.²⁷. Em sentido contrário a esse fracasso, aqueles que já

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 694.

²⁵ FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. 1801. p. 38.

²⁶ A legislação penal de emergência dos anos 90 e desta década está evidenciando que o recrudescimento penal é uma ilusão e um engodo enfiado goela abaixo da população menos informada, vítima de um Congresso Nacional cúmplice das políticas sociais absenteístas do Poder Executivo.

²⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 698.

visitaram – mesmo que rapidamente – a obra clássica de Michel Foucault²⁸ podem dizer que a história do cárcere é uma história de completo sucesso, eis que é o aparelho de poder que garante e reproduz as relações sociais. Neste ponto, as instâncias criminalizadoras, dentre elas o Poder Judiciário, acabam sendo útil na conservação do poder hegemônico, cumprindo uma função que jamais se aproximará do ideal de justiça, pois não resolve o problema e acaba fomentando o tráfico e os grandes lucros financeiros que dele advêm. Afinal, a proibição acaba sendo aliada do narcotráfico, otimizando a sua economia que é dinamizada pela proibição²⁹.

5. CONCLUSÃO

A adoção de políticas criminais vinculadas ao *direito penal do inimigo*, à *tolerância zero* ou à *broken windows theory*, é postura inócua na busca por diminuição da violência, sendo ingênuo acreditar que esses modelos obtiveram êxito onde foram implantados. Com efeito, Loïc Wacquant já demonstrou que as políticas implantadas em Nova Iorque não foram capazes de controlar a criminalidade, mas, tão-somente, a adoção de políticas sociais são capazes de atingir esse objetivo³⁰. Enfim, necessitamos de *direito penal mínimo e estado social máximo*!

Há dez anos, a ONU busca “um mundo sem drogas” (ilícitas), e o que se

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 30. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005.

²⁹ CABALLERO, Francis; BISIOU, Yann. *La prohibition ça ne Marche pás. Droit de la Drogue*. Paris: Dalloz, 2000, p. 103.

³⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

vê é o total fracasso do proibicionismo-punitivo que, inclusive, fez surgir efeitos perversos e deletérios com a sua implementação: a) *graves danos na saúde pública* (alto nível de contágio do vírus HIV, marginalização dos usuários, aumento do número de mortes em decorrência das disputas e da repressão ao tráfico de drogas); b) *enfraquecimento do sistema jurídico-constitucional* (violação de garantias constitucionais, desumanização das penas e do sistema penitenciário, superlotação carcerária); c) *danos sócio-econômicos* (dentre os quais o favorecimento do envolvimento de jovens com o crime, desagregação familiar, incremento do tráfico de armas, incremento das possibilidades de lavagem de capitais, enriquecimento astronômico das organizações de traficantes pela alta dos preços das drogas ilícitas, aumento da corrupção no poder público, aumento da violência)³¹.

Por outro lado, insinuar que a *pena capital*, adotada em alguns países ditos de primeiro mundo, seja a forma adequada de combater o narcotráfico é uma postura – no mínimo – antiética, pois, pragmaticamente falando – ao que tudo indica... – estamos em um Estado Democrático de Direito.³²

Quem quiser pensar assim, fique à vontade... Mas, não seja um nefelibata, e tenha consciência que aqui, na “cidade dos homens” ou no “mundo da vida” (Habermas), nem mesmo as ações do BOPE (Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro) serão capazes de conter os avanços do

³¹ Editorial: As marchas e contra-marchas da política mundial de drogas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 16, n. 187, p. 1, jun. 2008.

³² Sobre a pena de morte, ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 161-202.

narcotráfico e da violência³³, e, por isso, saiba também que muitos “falcões” continuarão morrendo e matando – quem sabe, até os nossos filhos –.

O maniqueísmo do senso comum fulmina qualquer chance de serem efetivamente conquistadas as promessas da modernidade, principalmente, a felicidade. Concordamos com MV Bill e Celso Athayde quando afirmam que “temos que renunciar ao que nos foi ensinado sobre o Bem e sobre o Mal”.³⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília: UnB, 1985. 1097b.
- BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo; SOARES, Luiz Eduardo. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the Sociology of Deviance*. 1963.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. *La prohibition ça ne Marche pás. Droit de la Drogue*. Paris: Dalloz, 2000.
- CALVANESE, Ernesto; ARENA, Grazia. Álcool, Alcoolismo, Alcoólatras: Imagens e autopercepções em um grupo de sujeitos em tratamento terapêutico.
- CANTO-SPERBER, Monique. Felicidade. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. 2. V. São Leopoldo: Unisinos, v. 1.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito ou “la busqueda del banquete perdido”*, como diria Enrique Marí.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, v. 31, p. 37-49, 1999.
- FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. 1801.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 30. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

³³ Ver: BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo; SOARES, Luiz Eduardo. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

³⁴ MV BILL; ATHAYDE, Celso. *Falcão: meninos do tráfico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p. 10.

- FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*: alguns pontos de concordância entre a vida mental dos selvagens e dos neuróticos. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1974.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LACAN, Jacques. *Escritos I e II*. Mexico: Siglo XXI, 1984.
- MV BILL; ATHAYDE, Celso. *Falcão*: meninos do tráfico. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- PARSONS, Talcot. *The Structure of Social Action*. New York: Harper e Row, 1950.
- ROSA, Alexandre Morais da. Adolescentes, ato infracional e a maternagem (i)limitada. In: ____ (Org.). *Para um Direito democrático*: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito, 2006.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal brasileira. In Lênio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza [org]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZOMER, Ana Paula (Org.). *Ensaio Criminológicos*. Trad. Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002.

Ensino Superior e a Sociedade

Através dos meios de comunicação, tomamos conhecimento diariamente de mazelas que assolam o país. Muitos destes problemas, ou pelos menos a maioria deles, é fruto de uma educação falida, proporcionada por uma administração pública que encontra-se ainda mais arruinada. Há milhares de anos, Aristóteles dizia: A educação é um ornamento na prosperidade e um refúgio na adversidade. Vivenciamos graves momentos de adversidades nos dias atuais, tais como a criminalidade e o analfabetismo.

Temos então, um paradoxo. De um lado estamos vivendo adversidades e, de outro, sabemos que o único refúgio para elas é a educação, mas, não a temos em virtude do analfabetismo.

O Brasil é um país conhecido pelo baixo índice de pessoas formadas em cursos superiores, possuímos apenas 1% da população nesta condição. No entanto, apesar de todas estas adversidades temos condições de mudar este quadro. Indubitavelmente, uma nação é composta por cidadãos, e estes são parte de todo o sistema social, fazendo parte de grupos comunitários, sindicatos, administrações públicas e privadas, faculdades, etc.

Como foi asseverado, o número de pessoas com nível superior de ensino é exíguo, sendo que estas pessoas possuem maiores subsídios para promoverem uma mudança social. Por este motivo é de hercúlea importância aprofundarmos na questão da influência de um acadêmico para a melhoria de toda a estrutura social do país.

Dentro das faculdades existe a figura do Diretório Acadêmico. Um Diretório Acadêmico quando bem representado pode gerar grandes benefícios à sociedade através do auxílio na formação de bons profissionais e bons cidadãos, os quais protegerão de forma contundente nossas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, através da busca pelo bem comum. Dentre as garantias encontra-se: educação, segurança e saúde.

A missão da universidade é fazer dos jovens homens tão diferentes dos pais quanto possível, evidenciando que o futuro sempre deve ser melhor, devendo ser construído por aqueles que possuem maior vontade política dentro de seus meios sociais.

Se a população nacional vislumbrasse o poder de mudança que possui, teríamos nossas garantias constitucionais protegidas, pois somos nós que formamos toda a estrutura social. Com base neste princípio, devemos procurar sempre influenciar de forma positiva nosso meio, seja ele qual for, haja vista que dentro do conhecimento pode-se construir uma sociedade melhor que a atual. Portanto, se buscarmos o aprimoramento da sociedade pela educação, poderemos nela nos refugiar, acabando com as adversidades dentro de cada sistema, formando-se um mundo melhor.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. Ensino Superior e a Sociedade. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/17/ensino-superior-e-a-sociedade/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Homenagem ao Prof. Petrônio Guimbala

Magnífico Professor Petrônio Guimbala, Diretor da Faculdade Guilherme Guimbala
Excelentíssimo Doutor Édelos Frushtuck, Presidente da OAB Subseção de
Joinville Excelentíssimo Doutor Paulo Roberto Borba, Presidente da OAB Secção
de Santa Catarina Ilustríssimos Conselheiros da OAB Joinville Ilustríssimos
Professores, Advogados, alunos, senhoras e senhores.

Embora a Faculdade de Direito de Joinville tenha iniciado suas atividades pelas
mãos e coração do saudoso Professor Guilherme Guimbala, que hoje honra esta
instituição de ensino com o seu nome, sabemos todos que o seu filho, Professor
Petrônio Guimbala, foi e continua sendo um dos seus mais fortes pilares.

Discreto e austero, o Professor Petrônio Guimbala é um homem que contribui
sobejamente à nossa sociedade. Desta instituição de ensino, com a imensurável
participação do Professor Petrônio Guimbala, tivemos o prazer de ver se formar
muitos profissionais, merecendo destaque os inúmeros Magistrados,
Representantes do Ministério Público, Advogados, Delegados de Polícia,
Professores de Direito, além daqueles que ocupam relevantes posições nas
carreiras jurídicas.

Mas, dizer tudo isso é dizer o óbvio, o incontestável, o inegável.
Hoje, gostaríamos de ousar, ressaltando aspectos mais discretos da vida do
Professor Petrônio Guimbala que são, aos nossos olhos, as suas principais
características.

Como Diretor da Associação Catarinense de Ensino e da Faculdade de Direito de
Joinville, o Professor Petrônio Guimbala sempre tratou seus parceiros e
colaboradores com o mais alto grau de respeito e consideração. Nunca foi leviano
ao tratar dos assuntos acadêmicos e institucionais. Como dissemos, com o seu
modo discreto de agir, o Professor Petrônio Guimbala abre as portas da instituição
para todos que aqui desejam trabalhar em prol da sociedade e das ciências
jurídicas. Não é pessoa que aprecia fazer alardes sobre as suas realizações.
Porém, Professor Petrônio Guimbala, a grandeza de vossos feitos, impede-nos de
não ressaltá-los, por mais que Vossa Magnificência assim o deseje.

Diante dos alunos, sempre esteve atento aos seus anseios, embora muitos não o
reconheçam. Entretanto, um olhar mais acurado revela toda a sua preocupação
com as dificuldades de muitos. Quantos já não bateram na porta do seu gabinete
solicitando uma ajuda para pagar a mensalidade? Certamente muitos. E,
certamente, muitos também puderam contar com a sua compreensão e
solidariedade. Temos conhecimento de muitos relatos nesse sentido.

Com os movimentos estudantis sempre foi cortês e mostrou-se aberto ao diálogo
necessário para a harmonização das relações entre docentes e discentes.

Enfim, material e emocionalmente investiu forte para a manutenção da Faculdade
de Direito de Joinville (hoje, Faculdade Guilherme Guimbala) dentre as mais
importantes de Santa Catarina e, quiçá, do Brasil.

Por todas essas razões, ao encerrarmos as nossas atividades como alunos do curso de Direito, a impactante nostalgia traz aos nossos corações o desejo de retornarmos para esta “casa”. Casa sim! Essa é a palavra que melhor traduz o que é a Faculdade Guilherme Guimbala. Uma casa que abriga uma família composta por seus funcionários, professores, alunos e colaboradores. Um lugar onde todos sabem que poderão, nos bons e nos maus momentos, contar com a grandeza do Professor Petrônio Guimbala.

Encerramos essa humilde homenagem, desejando que a Faculdade Guilherme Guimbala continue seguindo o caminho do sucesso, conquistado com galhardia por grandes homens, notadamente, pelo Professor Petrônio Guimbala. Ciente de que seus alunos e ex-alunos são gratos por tudo que lhes é proporcionado.

Além disso, como não poderia deixar de ser, a Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Joinville, ressalta que é parceira incondicional desta instituição de ensino, e coloca-se à disposição para juntos buscarmos sempre o melhor para as ciências jurídicas.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. Homenagem ao Prof. Petrônio Guimbala. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/40/homenagem-ao-prof-petronio-guimbala/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Humilhações no trabalho geram danos morais

Recentemente, em maio deste ano, uma ex-funcionária do Banco do Brasil foi indenizada pela Justiça em 600 mil reais, por assédio moral, já que seu ex-chefe lhe dava ordens confusas, cobranças desmedidas, excesso de tarefas e, como se não bastasse, a ignorava.

Parece desmedido o valor, ante as ínfimas condenações que vemos em casos de danos morais, mas mostra-se como uma nova tendência na Justiça brasileira, principalmente a Trabalhista: de considerar o porte da empresa ofensora como base à condenação.

Não que antes não fosse considerada, mas restringia-se ao chamado “enriquecimento ilícito” do ofendido, que muitas vezes via sua ação judicial levar anos para ser julgada e, ao final, ver que todo esforço e desgaste não valeram a pena.

Outro caso exemplar mostra que a agressão verbal, freqüente por parte de alguns superiores hierárquicos, também é passível de ser indenizada. Em junho deste ano, um jornalista ganhou no Tribunal Superior do Trabalho uma indenização de 260 mil reais por ter comprovado que sua ex-chefe o agredia verbalmente, com insultos, comportamento agressivo, de forma continuada. O jornalista era chamado, frequentemente, de incompetente e irresponsável, e chegou a adoecer, antes de se demitir.

Essa mudança na Justiça do Trabalho é extremamente importante, já que passamos de valores baixos, capazes de serem até ridicularizados pelo ofensor, para patamares mais altos, a bem da verdade, justos para quem é ofendido em sua honra e integridade.

A humilhação de se ver assediado no trabalho – como nos casos acima – ou ser constrangido perante os colegas de trabalho, com a colocação de apelidos, pedidos infames, xingamentos, enfim, métodos fora do razoável, geram danos morais ao ofendido.

Mas o fato não cinge-se à valores. É a honra da pessoa que está em jogo. E honra vale muito. Vale porque não se constrói um caráter de um dia para outro, não se vira uma pessoa íntegra e confiável sem mais nem menos: é preciso ter honra. E quando há violação da honra, o ofensor deve ser exemplarmente punido: pela ofensa que fez e para que sirva de exemplo para outros ofensores, mostrando a condenação seu caráter punitivo.

Outro tipo de humilhação no Direito do Trabalho é a imposição do empregador à ociosidade. Assim, o empregado que “já foi muito bom para a empresa”, mas que no momento mostra-se cansado, velho, sem ânimo, é deixado de lado, apenas cumprindo o expediente, não fazendo absolutamente nada em seu horário de trabalho, estando na empresa ainda por encontrar-se em algum tipo de estabilidade.

Muitos destes casos são acompanhados de quadros de profunda depressão, pela perda de valor do próprio ofendido e pelo sentimento de inutilidade que toma-lhe conta. Casos assim são amplamente julgados pela Justiça do Trabalho e, quando

comprovados, geram indenização por assédio moral. Como bem diz a jurisprudência, o que atenta contra a dignidade psíquica do trabalhador, de forma repetitiva e prolongada, caracterizada por uma conduta abusiva, é passível de danos morais.

Todavia, não é o mero aborrecimento que gera dano moral. Há que se ter em mente que palavras, gestos ou atos são capazes de ofender e gerar dano moral, mas há que ser grave e de maneira repetitiva e prolongada.

A questão maior trata-se das provas. Toda ação judicial necessita de provas para que se comprove as alegações do cidadão. E esta talvez é a questão mais difícil às pessoas que foram humilhadas: provar por documentos, testemunhas, vídeos ou fotos que foi humilhada.

Numa das profissões que mais se visualiza o assédio moral, a de vendedor, um empregado de uma grande empresa era submetido a sessões “motivacionais”, com a presença de todos os vendedores da área e, se não cumprisse as metas de venda, era obrigado a fazer flexões, polichinelos, dança em cima da mesa, xingamentos em coro, tapas nas costas, etc.

Este empregado foi indenizado em 100 mil reais. É até baixo o valor, se considerarmos o porte da empresa – multinacional com lucros bilionários. Portanto, não deixe ser humilhado. Não permita que lhe atinjam sua honra e dignidade. Problemas de saúde – geralmente mentais – são gerados por estas humilhações e os ofensores devem ser punidos rigorosamente pela Justiça do Trabalho. Com a recente mudança de entendimento, parece que enfim os ofendidos estão tendo Justiça.



George Willian Postai de Souza - OAB/SC 23.789

Advogado, sócio do escritório Souza Postai Advogados Associados. Pós-Graduado Direito Processual Civil e Pós Graduando Direito e Processo do Trabalho. Autor das obras jurídicas “Vícios Redibitórios nos Contratos Imobiliários” e “A Aplicação Prática do Rito Sumário Após o Advento do Rito Sumário”.
george@souzapostai.com.br

Como citar este Artigo:

SOUZA, George Willian Postai de. Humilhações no trabalho geram danos morais . **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/33/humilhacoes-no-trabalho-geram-danos-morais/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Indenizações miseráveis

Afirmar que as indenizações no direito brasileiro são incertas, miseráveis e demoradas ("mártires das ilegalidades") e, quando demandada a máquina estatal por seus erros, são pagas, muitos anos após, em precatórios divididos em doze parcelas anuais. Longe de repararmos, apenas maximizamos prejuízos e dores morais em dupla ilegalidade e dupla injustiça. Isto está ligado diretamente à falta de preocupação que se tem com o outro.

Penso que o juiz estadunidense tem como bússola o "sonho americano". Assim, quando alguém - principalmente a máquina estatal - lesiona a liberdade, a vida, a integridade moral e projetos de outrem, assegura indenizações que são pagas em dinheiro com o bater do martelo. Lá, o juiz tem também a chave do cofre. Toma por base um cidadão que realizou esse sonho e a indenização vai aproximar o lesado desse patamar. Aquele povo se interessa pelas desgraças alheias, tanto que livros e filmes alusivos são produzidos, com régios pagamentos aos protagonistas da vida real, em autêntica e complementar reparação moral e econômica.

Embora a nossa mitológica Constituição Federal e legislação inferior enunciem esses direitos, não temos um "sonho brasileiro". Na falta dele, os referenciais são nossas equivocadas teorias que no fundo se voltam mais para a proteção dos ofensores que dos ofendidos. Nosso "estado juiz" não ousa pronunciar imoral a imposição de pagamentos em precatórios (proporcionalidade pró-moralidade), mormente agora que atingimos a estabilidade econômica, nem está preocupado em não terem lhe confiado a "chave do cofre", onde sentenças pudessem ser compensadas como cheques em bancos.

Os desgraçados e injustiçados da nossa república, na esmagadora maioria, rumam ao esquecimento (somos do tipo: "ria e todos rirão com você. Chor e e chorarás sozinho..."). Quando atrevem-se a escrever um livro com suas desditas, arcam com os custos da editoração e descobrem que ninguém os lê, nem de graça! "Vá procurar teus direitos", ao invés de sábio conselho, em nosso meio, é sinônimo de xingamento. Os cavaleiros desse apocalipse civil afirmam que a dor não tem preço e que não há como avaliá-la. Portanto, nossas indenizações são miseráveis porque somos miseráveis... E quando um juiz iluminado resolve romper com tais barreiras culturais, no fundo tem certeza de que sua decisão será miserabilizada em grau de recurso. Portanto, o assalariado que ficou cego ou mutilado que se contente apenas com a aposentadoria precoce. A mulher que foi monstrificada pela cirurgia plástica que se conforme com cem salários mínimos. A viúva e os filhos do pai morto por engano pela polícia que levanten as mãos para o céu e agradeçam, depois de alguns anos de jejum e batalhas judiciais, o mero salário paterno como se vivo estivesse por m ais alguns anos. O aprisionado inocentemente que comemore apenas a devolução de sua liberdade... Viva o paraíso do básico - o sonho brasileiro!

Indenizações miseráveis (II)

Recentemente, Cláudio Lembo debitou todos os problemas nacionais a uma "minoridade branca", destacando que, em nossa formação histórica, "a casa grande tinha tudo e a senzala não tinha nada." Rematou: "Então é um drama. É um país que quando os escravos foram libertados, quem recebeu indenização foi o senhor

e não os libertos..." (Folha on-line). Talvez resida aí o embrião do nosso miserável pensamento indenizatório. Nossa resistente contracultura jurídica conseguiu subverter tudo, mesmo o enunciado constitucional que impõe "prévia e justa indenização". O lesado pensa assim: fui espoliado, arquei com o ônus de ir para a Justiça e esse grupo de pessoas (advogados, juízes, promotores, agentes governamentais, etc.) fica vários anos discutindo até julgar quanto me deve. Após, tenho que esperar a pauta e a votação legislativa para a inclusão no orçamento e, no ano seguinte, quando chegar a minha vez na fila, vencer a primeira das doze parcelas anuais de meu direito... Se a lesão ocorreu de maneira pronta, qual a razão para enternizarem a minha reparação? Quando o governo cobra seus haveres, não age com a mesma lentidão e nem aplica os mesmos índices...

Se atingimos a estabilidade econômica não há lógica na manutenção dessa vergonhosa moratória processual e constitucional. Hoje, a casa grande é o governo. Senzala é a moradia de nove entre dez brasileiros. O pelourinho foi substituído pelas chibatas dos "homens da lei" e estermínios dos "foras-da-lei". Nas senzalas contemporâneas, observamos alguns bens de consumo, como geladeiras, televisões, DVDs, automóveis, entre mais, adquiridos com a força dos vampiros do sistema financeiro, em promoções usurárias do "pague três e leve um". A insuportável carga tributária nos transformou em precários inquilinos de coisas próprias (irrebatível efeito confiscatório). O direito de propriedade e os demais fundamentais, que a Constituição diz assegurar estão virando meros espectros, em atmosfera de instabilidade jurídica sem precedentes. Agonizam a escola, a saúde e a segurança pública.

O Legislativo e o Judiciário estão gessados de tal maneira que o primeiro nem pensa em abolir a imoralidade dos precatórios via emenda constitucional supressiva. O segundo não ousa suspender sua aplicação invocando a moralidade, balizadora dos atos dos três poderes.

Mantida a sistemática atual, a "minoridade branca" adquire os créditos dos espoliados (precatórios) por apenas vinte ou trinta por cento do valor real. Rotularam, para a compra, de "crédito podre". Bom nome porque, desgraçadamente, deriva dessa cidadania debilitada... Na destoaante visão brasileira de justiça, dar a cada um o que é seu significa assegurar aos ricos as suas venturas e aos pobres as suas misérias!



Elias Mattar Assad

Elias Mattar Assad é presidente da associação Brasileira dos Advogados. eliasmattarassad@sulbbs.com.br

Como citar este Artigo:

ASSAD, Elias Mattar. Indenizações miseráveis. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/25/indenizacoes-miseraveis/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Judiciário: o último reduto...

O conselheiro da OABRJ, Fernando Augusto Fernandes, proferiu parecer dando pela absoluta ilegalidade do que se denominou "diligências de verificação", em sede de investigação policial, executada em escritório de advogado, ainda que com ordem de ministro da mais alta corte. Destaca que foram realizadas durante a noite, sem a presença de representante da OAB, onde vasculharam arquivos confidenciais, fotografaram o local e instalaram escutas ambientais.

Invoca o disposto no Art. 7º, II, do Estatuto da OAB: "ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB" para a primeira conclusão: "a norma elegeu como regra a intangibilidade do escritório, proteção, aliás, indispensável ao sigilo necessário ao exercício da profissão. A única ressalva feita no dispositivo acima refere-se, exclusivamente, à possibilidade de violação do escritório ou da residência do advogado com a precípua finalidade de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB." A necessidade de acompanhamento de representante da Ordem dos Advogados do Brasil se faz indispensável à validade do ato de violação do escritório, e sua razão de ser repousa, obviamente, sobre a inviolabilidade da profissão.

Num segundo momento, o parecerista invoca o artigo 5º, XI, da CF("durante o dia, por determinação judicial") observando que a diligência feita durante a noite é ilícita.

Quanto à instalação de escuta ambiental em escritório de advogado, como um dos objetivos dessa "diligência", asseverou: "deve-se ater ao fato de que a inviolabilidade da comunicação entre advogado e cliente (Art. 7º, II do EOAB), em observância ao núcleo fundamental do princípio da preservação da intimidade (Art. 5º, X, da CF), não comporta exceção alguma. O STJ, em recente decisão (HC 59.967/SP, Rel. ministro Nilson Naves), corroborou este posicionamento: "Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações. 3. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. 4. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. 5. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos...".

Arremata: "É inadmissível que o Poder Judiciário convalide qualquer violação às garantias legais do livre exercício da advocacia, autorizando a invasão de escritórios com a finalidade de realizar investigações genéricas e instalar escutas ambientais, contrariando as exceções expressas da Lei 8.906/94, que autoriza o ingresso em tais locais apenas para realização de busca e apreensão determinada, através de mandado judicial... Incursões policiais feitas na calada da noite, tal qual costumavam proceder os estertores da democracia no recente período da ditadura militar, serão sempre ilícitas, ainda que tenham autorização

judicial, e por isso, ilícitos serão quaisquer meios de prova obtidos através de tal expediente..." Nossos efusivos aplausos! Que o último reduto da legalidade e do estado de direito assim proclame...



Elias Mattar Assad

Elias Mattar Assad é presidente da associação Brasileira dos Advogados.
eliasmattarassad@sulbbs.com.br

Como citar este Artigo:

ASSAD, Elias Mattar. Judiciário: o último reduto.... **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/20/judiciario-o-ultimo-reduto/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Justiça para Criciúma e Avaí

A Justiça foi feita no Supremo Tribunal de Justiça Desportiva - STJD. Apesar das críticas de muitos, Criciúma e Avaí foram absolvidos das responsabilidades desportivas pelos incidentes ocorridos no sul do estado, quando um torcedor local perdeu uma de suas mãos ao ser alvejado por explosivo durante confronto entre as torcidas das duas equipes no estádio Heriberto Hülse.

Por força de norma constitucional, a competência da Justiça Desportiva se restringe a questões de disciplina e competições desportivas, e só neste âmbito esta Justiça especializada tem competência para atuar. Portanto, não é possível aplicar normas de Direito Penal nesta jurisdição, mas, tão somente julgar os eventuais responsáveis sob o aspecto estritamente desportivo.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD, aplicável a todas as questões de natureza disciplinar desportiva, atribui a responsabilidade do clube mandante em prevenir e reprimir desordens em sua praça esportiva e a invasão e o arremesso de objetos no campo de jogo. Ao clube visitante é imputada responsabilidade somente em caso de invasão ou arremesso de objetos praticados por suas próprias torcidas. A norma em questão não afasta a possibilidade da ocorrência de desordens, invasões e arremessos de objetos, mas exige dos clubes trabalho de suficiente prevenção e repressão, que infelizmente nem sempre se mostram eficazes.

Ao contrário do que boa parte da imprensa e opinião pública comentaram sobre o caso, a Justiça foi alcançada com a absolvição de ambos os clubes perante o órgão máximo de Justiça Desportiva nacional, ao demonstrarem com competência que cumpriram com seus deveres de prevenção e repressão contra as desordens ocorridas e arremesso fatal do artefato que atingiu o torcedor. Criciúma e Avaí utilizaram todos os meios de prevenção que estavam a seus alcances para evitar a tragédia, desde a contratação de equipe de seguranças privados, como a requisição de policiamento para acompanhar, revistar e vigiar os torcedores continuamente ao longo do evento, também reunião prévia com as torcidas organizadas e monitoramento das mesmas. Da mesma forma, ultimaram providências demonstrando alto grau de cuidado e atenção após o ocorrido, dando fim ao confronto de torcedores, isolando os mesmos, cadastrando todos os possíveis envolvidos, colaborando com o trabalho da Polícia Militar, em atos de forte repressão.

Não há o que se cogitar imputar responsabilidade desportiva a nenhum dos clubes, pois todos os atos praticados por estes, antes, durante e após os incidentes, ainda que ineficazes, demonstraram efetivos atos de prevenção e repressão, na forma determinada pelo CBJD. A decisão proferida pelo TJD do futebol de Santa Catarina e confirmada pelo STJD do futebol brasileiro foi brilhante e alcançou a verdadeira Justiça Desportiva. Antes que lamentem pela impunidade, lembro que resta apurar as responsabilidades em âmbito penal, civil, também eventuais decorrentes de descumprimento do Estatuto do Torcedor para o caso de constatação de falta de segurança no evento, de modo a punir os verdadeiros responsáveis e compensar os danos sofridos pela vítima dos incidentes.

Roberto J. Pugliese Jr.

OAB/SC 16.399 pugliesejr@pugliesegomes.com.br – (47) 3433-4360



Roberto J. Pugliese - OAB/SC 16.399

Advogado especialista em Direito e Gestão Desportiva e Sócio da Pugliese e Gomes Advocacia - Joinville (SC)

pugliesejr@pugliesegomes.com.br

Como citar este Artigo:

PUGLIESE, Roberto J.. Justiça para Criciúma e Avaí. **Revista Eletrônica OAB**

Joinville, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:

<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/38/justica-para-criciuma-e-avai/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Legislação Ambiental e as Responsabilidades no âmbito Civil, Penal e Administrativo

1. Legislação Ambiental

O pensamento ambientalista propiciou o surgimento e desenvolvimento de um ordenamento ambiental, que, embora possa ser considerado relativamente novo, é um ramo do direito que, merece tratamento especial, por ser dinâmico e fundamental a sobrevivência de todas as espécies de vida.

Consoante as palavras de Ramón Martín Mateo:

Em realidade, podemos detectar três tipos de normas: umas que constituem simples prolongamento ou adaptações das circunstâncias atuais da legislação sanitária ou higienista do século passado e da que também em épocas anteriores protegia a paisagem, a fauna e a flora: outras de cunho moderno e de base ecológica, ainda que de dimensão setorial, para o ar, a água, o ruído; e outras, por fim, mais ambiciosas e que intentam inter-relacionar os fatores em jogo, recolhendo numa normatividade única todas as regras relativas ao ambiente.

Com a supra citação mencionada, verifica-se que Martin Mateo acrescentou à evolução normativa, com isso, as Constituições mais recentes já editam em seus conteúdos normas com relação ao tema estudado, recorda-se que foi a Constituição de Portugal no ano de 1976 que proporcionou uma formulação ao tema.

O direito com relação ao meio ambiente encontra-se tímido no ordenamento, haja vista não ter um Código específico de todo o assunto, bem como agregando as leis atinentes, com suas sanções de cunho administrativo, civil e penal.

Como ordenamentos jurídicos mais veementes no Brasil os de cunho federal, estadual e municipal, assim destaca-se a Constituição Federal, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no 6.938/81, Lei no 9.605/98 que trata-se das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, Lei no 8.078/90 que dispõe sobre os direitos difusos e coletivos ou individuais e sua indenização, além de outras.

Diante disso, vale destacar o artigo que a nossa Carta Magna dedicou especialmente ao meio ambiente:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder público a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com relação ao artigo pode-se notar o amparo constitucional referente a um bem alcançado por todos, ou seja, brasileiros e estrangeiros residentes no país. Contudo, a Constituição Federal utiliza a expressão “todo ser humano”, pois desta forma abrangeria todos os povos existentes, em face da sua cultura, soberania etc.

Assim, verifica-se a existência de uma proteção legal quanto ao assunto meio ambiente, neste norte é necessário verificar como ocorrerá o dano e sua efetiva reparação, analisando-se a responsabilidade mais especificamente no âmbito do direito civil.

1.2 Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil como ensina José Afonso Silva:

É a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade. Pode ser contratual, por fundamentar-se em contrato, ou extracontratual, por decorrer de exigência legal (responsabilidade legal), ou de ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito).

Com relação a esse tema, é cediço que se trata de um dos mais antigos institutos, tendo origem do Código de Napoleão, que fundou a idéia de responsabilidade por culpa e outros conceitos relacionados.

1.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

Para tratar sobre a questão de culpabilidade deve-se ressaltar que a responsabilidade civil subjetiva é pautada pela culpa, ou seja, não se vincula a mera existência do dano, contudo a avaliação da existência de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolo.

Nesse sentido diz Marcelo Silva Brito:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, segundo a qual a prova da culpa lato sensu (abrangendo o dolo) ou stricto sensu se constitui num pressuposto do dano indenizável.

Nesse sentido a doutrina mostra que quando há culpa, existe a figura da negligência, imperícia e imprudência, contudo Caio Pereira da Silva observa que:

O conceito de culpa é um dos pontos mais delicados que se apresentam no defrontar o problema da responsabilidade civil. A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se o conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil ou, em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples; fora destas matérias contratuais denomina-se quase-delito

Desta forma, para configurar se o agente agiu com dolo ou culpa, é indispensável que haja uma análise jurídica, pois se inexistir essas duas figuras, não tem a reparação ou indenização do dano causado.

1.2.3. Da Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil objetiva independe de qualquer verificação da intenção danosa, ou seja, a figura da culpa ou dolo. Esse instituto configura-se com o nexos

de causalidade, que é o dano versus comportamento do agente.

Assim ensina Maria Helena Diniz:

É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.

Ressalta também nesse sentido Francisco Jose Marques Sampaio:

Para que ele (o agente) seja obrigado a recompor o patrimônio alheio lesado basta que, além dos demais pressupostos também exigidos na teoria da culpa – o ato ou fato danoso, o dano provocado e o liame de causalidade entre eles - , seja comprovado que o dano foi proveniente do risco criado por uma atividade de quem o causou.

Urge salientar que, bastando à comprovação do liame que ligue o indivíduo ao dano ambiental, responde o agente pela lesão, sendo dispensável a comprovação de sua ação culposa. Haja vista que se demonstre a existência do dano para o qual exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência causal decisiva.

Na área ambiental, na maioria das vezes a responsabilidade civil é do tipo objetiva inserida na “teoria do risco” considerando a atividade exercida pelo agente causador do dano (empresa), ou seja, consubstanciada atividade perigosa ou potencialmente poluidora, cabe dever de reparação, em caso de dano, pelo autor do fato danoso, consubstanciado num ônus de sua atividade o dever de reparar os danos por ele causados.

A responsabilidade civil objetiva aos danos ambientais pode assumir duas acepções diferentes. Por um lado, a responsabilidade objetiva tenta adequar certos danos ligados aos interesses coletivos ou difusos ao anseio da sociedade, tendo em vista que o modelo clássico de responsabilidade não conseguia a proteção ambiental efetiva, pois não inibia o degradador ambiental com a ameaça da ação ressarcitória. Por outro lado, a responsabilidade objetiva visa a socialização do lucro e do dano, considerando que aquele que, mesmo desenvolvendo uma atividade lícita, pode gerar perigo, deve responder pelo risco, sem a necessidade da vítima provar a culpa do agente. Desse modo, a responsabilidade estimula a proteção a meio-ambiente, já que faz o possível poluidor investir na prevenção do risco ambiental de sua atividade.

Diante do exposto, é necessário ressaltar que a responsabilidade objetiva em matéria ambiental funciona primordialmente na tentativa de equilibrar a agressão ao meio ambiente e sua correspondente reparação, procurando criar maiores possibilidades de que se reparem os danos eventualmente ocorridos.

1.2.4. Da Responsabilidade Criminal

A responsabilidade Criminal emana do cometimento de crime ou contravenção, ficando o infrator sujeito à pena de perda de liberdade ou pena pecuniária. Nesse sentido existem dois tipos de infração penal, o crime e a contravenção. O crime constitui-se de ofensas graves a bem interesses jurídicos de alto valor, de que

resultam danos ou perigos próximos, de onde as duas categorias de crime – de dano e de perigo, a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção acumulada ou não com multa. Já a contravenção está ligada em condutas menos gravosas, apenas reveladoras de perigo, a que a lei chama de delitos de pequena monta, que por consequência prisão simples ou multa. Assim, quem determinará o que será enquadrado naquele caso fático será a lei. Nesse sentido ensina José Afonso da Silva

Crime é a infração a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternada ou cumulativamente com a pena de multa; enquanto contravenção é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, a pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternada ou cumulativamente.

A distinção entre reclusão ou detenção hodiernamente pouca significação, visto que o Código Penal reformado pela lei 6.416, de 1977, nesse sentido a diferença praticamente desapareceu, importando agora a classificação do art. 32, segundo o qual as penas são: I - privativas de liberdade; II – restritivas de direito; III – de multa. E ainda no art. 33 diz “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto, e aberto”. Diante disso, pode dizer que a diferença predominante desses institutos depende apenas da lei definir a conduta delitiva como crime ou contravenção.

Ademais é importante ressaltar que havendo uma conduta delitiva, esta, tem que estar prevista em lei, atendendo o princípio da legalidade, visto que só é crime aquilo que a lei prescreve como tal. Portanto não há crime nem contravenção penal sem lei anterior que o defina

Com relação aos crimes contra o meio ambiente, ou ecológicos, ou crimes ambientais, esses só existem nas formas definidas em lei, normas estas estabelecidas nas leis esparsas e outras.

O meio ambiente, é considerado um bem inestimável, um valor fundamental, com isso torna-se um bem jurídico de alta relevância, na forma que nossa Carta Maior o considera como um bem de uso comum do povo, essencial para à sadia qualidade de vida, que todos devem preservar, caso isso não ocorra, essa ofensa é considerada grave, e definida como crime. A Constituição em seu art 225 declara que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores a sanções penais.

O Código Penal e outras leis definem crimes e contravenções penais contra o meio ambiente, verifica-se que essas normas foram revogadas pela Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas originadas de condutas delitivas ao meio ambiente. Com essa lei, tivemos a separação dos crimes segundo o objeto da tutela. A saber, crimes contra a flora (art. 38-53), crimes de poluição (art. 54-37), e crimes contra a Administração Pública (art. 66-69).

Sobreleva dizer que todas as infrações penais contra o meio ambiente, são de Ação Penal Pública incondicionada, ou seja, apenas o Ministério Público por intermédio de seu representante legal poderá propor esta ação penal, observando as leis previstas no Código Penal Brasileiro, e também disposições do art. 89 da lei 9.099, de 1995 que trata dos crimes de menor potencial ofensivo.

Entretanto, muitas ofensas ao meio ambiente são passadas despercebidas, encontrando barreiras na aplicação da lei., como é o caso da penalização da pessoa jurídica no âmbito criminal, neste tópico destaca-se os comentários tecidos por Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

No Brasil, infelizmente essas adaptações ainda não ocorreram. A simples enunciação da responsabilidade penal da pessoa jurídica possibilitou críticas severas, pois de fato inexitem normas que esclareçam a questão de sua culpabilidade e tampouco disposições processuais exclusivamente adaptadas ao processo-crime o poluidor pessoa jurídica.

Hodiernamente, ante a falta de elementos essenciais para a configuração da conduta delitiva penal, tem o Estado atacado apenas as ofensas de grande ofensa à sociedade.

1.2.5 Da Responsabilidade Administrativa

A Responsabilidade Administrativa caracteriza-se como infrações de normas administrativas com uma sanção também administrativa, como por exemplo, advertências, multa simples, interdição de atividade, suspensão de benefícios etc.

Preceitua a Lei 9.605/98, que dispõe sobre crimes administrativos:

Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso e gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Nesse sentido, pode-se verificar que a responsabilidade administrativa é averiguada no âmbito de cada órgão estatal, como União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sempre respeitando suas respectivas competências institucionais.

Os órgãos estatais exercem poderes sobre os populares, dentre esses o poder de polícia administrativa que exerce sobre as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Todas as entidades citadas exercem poder de polícia referente à matéria que lhes cabe regular.

Neste quadro a Lei de Política Nacional do Meio ambiente prevê as sanções a serem aplicadas na esfera administrativa, a saber:

Art. 14 – Sem prejuízos das penalidades pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I – à multa simples ou diária nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN's agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicado pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II – à perda ou restrições de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder

Público;

III- à perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV – à suspensão de sua atividade.

Destarte, o processo administrativo tem como escopo observar irregularidades sempre em sintonia com o princípio do due process of law, possibilitando todas as garantias de um processo hígido.

Em se tratando das infrações administrativas e suas sanções, hão de ser previstas em lei, podendo ser especificadas em regulamentos de cunho Federal, Estadual e Municipal, definindo cada qual suas competências.

Na lei 9.605 de 1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, e no art. 70 expressamente no diz que a infração administrativa ambiental deriva de toda ação ou omissão que viole as normas jurídicas Brasileiras. Na mesma lei verifica-se punições, a saber, I - advertência, II – multa simples; III -multa diária; IV – apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e da flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados da infração; V – destruição e inutilização do produto; VI – suspensão de venda e fabricação do produto; VII – embargo de obra ou atividades; VIII – demolição de obra; IX – suspensão parcial ou total de atividades; X – restritivas de direito, observadas as normas especificadas no art. 1, e 7.

As formalizações administrativas sempre iniciaram com a instauração de um processo administrativo punitivo como nos mostra Jose Afonso da Silva:

A aplicação de sanções administrativas requer a instauração do respectivo processo administrativo punitivo, necessariamente com o respectivo contraditório, com a oportunidade de defesa e estrita observância do devido processo legal, sob pena de nulidade da punição imposta, nos estritos termos do art 5o, LV, da Constituição.

E ainda,

Instaura-se o processo administrativo punitivo com fundamento em auto de infração, representação ou peça informativa equivalente em que se indiquem o infrator, o fato constitutivo da infração e local, hora e data de sua ocorrência, a disposição legal ou regulamentar em que se fundamenta a autuação, a penalidade a ser aplicada e, quando for o caso, o prazo para a correção da irregularidade e a assinatura da autoridade que lavrou o auto de infração, ou peça equivalente, ou do autor da representação.

Após toda essa fase, chega-se a fase de instrução do processo administrativo para elucidar os fatos e produzir todas as provas da acusação e defesa, bem como a inquirição de testemunhas, perícias, depoimento do imputado e juntada de documentos etc. Encerrando a instrução do processo, a autoridade processante, que pode ser um só, ou um colegiado, confecciona um relatório circunstanciado, em que relata o apurado, e por fim aplica-se o direito como uma pena, ou

absolvição.

Todo esse trâmite administrativo, tem que ser observado sempre os seguintes prazos contidos no art. 71 da Lei 9.605:

I – 20 dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II – 30 dias para autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data de sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação.

III – 20 dias para o infrator recorrer de decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA ou à diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de infração.

IV – 5 dias para julgamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

Diante disso pode-se entender que a responsabilidade administrativa resulta em infrações a normas administrativas, sujeitando o infrator a uma punição também administrativa.

Ad concludendum, o que se analisou neste artigo, foi um apanhado geral no que se refere a legislação ambiental no Brasil, e conseqüentemente fazendo uma relação estabelecida entre as responsabilidades civis, criminais e administrativas aos danos ambientais, na qual é deveras importância que todos estes institutos sejam realmente aplicados hodiernamente, para que possamos ter um meio ambiente saluto e duradouro para as próximas gerações.



Allisson Acioli Soares - OAB/SC 28.138
allissonacioli@yahoo.com.br

Como citar este Artigo:

SOARES, Allisson Acioli. Legislação Ambiental e as Responsabilidades no âmbito Civil, Penal e Administrativo. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/47/legislacao-ambiental-e-as-responsabilidades-no-ambito-civil-penal-e-administrativo/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

NOVA LEI DE ESTÁGIO: Discussão a respeito do descumprimento da jornada de trabalho prevista ao estagiário e o pagamento de horas suplementares com seus possíveis efeitos e reflexos, bem como algumas ponderações sob a Lei 11.788 de 2008.

Espedito Antonio Padilha Júnior¹

SUMÁRIO

1 Introdução, p. 4. 2 Inovações Trazidas pela Lei 11.788 de 2008, p. 5. 3 O Risco de Caracterização de Vínculo empregatício do Estagiários com as Partes Concedentes, p. 8. 3. 1 Nova jornada de trabalho prevista aos estagiários, p. 9. 3.2 As horas laboradas de forma extraordinária pelos estagiários, p. 10. 4 O Vínculo Empregatício em razão do Desvirtuamento do Contrato de Estágio, p. 12. 5 A Responsabilidade das Partes Concedentes e dos Agentes de Integração, p. 13. 6 Conclusão, p. 14.

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de levantar algumas questões surgidas a partir do advento da lei 11.788 de 2008, a qual revogou a antiga lei de estágio nº 6.494 de 1977.

Sabe-se que a recente norma vem sofrendo severas críticas após sua entrada em vigor em 25 de setembro de 2008. Alguns dados estatísticos noticiam uma expressiva queda no número de estagiários em todo o Brasil, o que nos responde de plano o motivo pelo qual a alteração legal vem sofrendo tal represália.

Além disso, cumpre ressaltar que as mudanças implementadas pela nova lei do estágio visaram alcançar uma efetividade maior nesse campo de trabalho, sobretudo no que tange à redução da “mão-de-obra barata” aplicada em todas as áreas de atuação empresarial em todo o país.

¹ Advogado. Pós Graduando pela IMED – Faculdade Meridional. Endereço eletrônico: espedito_padilha@hotmail.com.

Um exemplo da modificação que sobreveio para reduzir os contratos de estágio realizados com o objetivo de acobertar uma relação de emprego, é no que se refere ao número máximo de estagiários, o qual contrapõem com o número de funcionários da empresa contratante. O artigo 17, e incisos da nova lei tratam dessa inovação, preceituando a possibilidade de contratação de estagiários de acordo com o número de funcionários.

Várias foram as alterações que regulamentam o contrato de estágio. Dentre essas alterações, cumpre destacar as que demarcam com maior intensidade no âmbito trabalhista:

- Responsabilização dos Agentes de Integração (art. 5º, §3º): A legislação inovou no que se refere à possibilidade de responsabilização civil dos Agentes de Integração, tudo isso buscando a redução das fraudes nos contratos de estágio.
- A possibilidade de contratação de estagiários pelos profissionais liberais (art. 9º): A facilitação implementada pela nova lei traz maiores benefícios aos estagiários, pois aumentou a possibilidade de contratações de estágio ampliando às partes concedentes aos profissionais liberais devidamente registrados nos respectivos conselhos de fiscalização profissional.
- A limitação da jornada de trabalho aos estagiários (art. 10): redução para 6 horas diárias e 30 horas semanais os estagiários estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.
- Limitação de tempo de estágio (art. 11): Excetuado os casos de contrato de estágio especial, na mesma parte concedente, não poderá o estágio exceder o período de dois anos.
- A concessão de recesso de trinta dias ao estagiário (art. 13): Após um ano de contrato de estágio, o estagiário terá direito a recesso de trinta dias, sem prejuízo de sua remuneração, observando ainda o direito de gozar do recesso de forma proporcional ao tempo trabalhado.
- A limitação da contratação de estagiários com relação ao número de funcionários (art. 17): A inovação legal vem no sentido de limitar às partes concedentes o número de contratações de estagiários, a fim de evitar possíveis abusos.

- Cota de 10% (dez por cento) reservada aos deficientes (art. 17, §5º): Previsão legal para que as partes concedentes reservem 10% das vagas de estágios aos portadores de necessidades especiais.

Em suma, essas são algumas das mais destacadas inovações trazidas pela lei 11.788 de 2008, e que estão sendo debatidas para sua melhor interpretação e aplicação.

Em que pese haver uma massa crítica atacando severamente as inovações legais, o presente trabalho apresentará de forma sintética as melhorias almejadas pelos legisladores. Note-se que é visível a atenção especial dada aos pretensos ingressantes no mercado de trabalho, que buscam na forma de estágio, inserir-se no mercado de trabalho.

A partir dessa necessidade, portanto, existem aqueles, sejam eles partes concedentes ou até mesmo agências de integração, que burlam os contratos de estágio visando mascarar uma relação de emprego.

Carregados dessa preocupação, os legisladores inclinaram-se na confecção de uma norma mais defensiva, acompanhando a legislação trabalhista na mesma proporção com relação à proteção incitada a partir da norma de defesa do consumidor (CDC).

A visão desta preocupação é bastante simples, pois no caso acima mencionado, o contrato realizado entre as partes já nasce de forma desproporcional, o que nos remete ao dito de Aristóteles, o qual menciona que se deve *“tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida em que se desigualam”*.

Certamente a inovação legal era mais que necessária em razão da crescente evolução no âmbito do trabalho/aprendizagem, pois até então éramos regidos por uma lei que contava com mais de trinta anos.

Por óbvio, entretanto, que vários aspectos contidos na nova lei de estágio deverão ser interpretados de acordo com a necessidade contemporânea, pois várias foram as omissões deixadas pelos legisladores. Exemplo disso, e mais especificamente ao ponto de abordagem principal deste presente trabalho, é no diz respeito às horas extras, onde o estagiário, em desempenhando suas atividades em horário superior ao previsto, fica a mercê de seu empregador no tocante ao pagamento das horas suplementares, e à aplicação dos termos expostos no contrato de estágio ou nos termos de compromisso.

Veja que a norma não prevê qualquer forma de resolução à problemática instaurada. Note-se que existem duas possibilidades para essa situação: A primeira vem no sentido de um pagamento suplementar ao estagiário, sendo bastante próximo ao recebimento de horas extras nos casos de contrato de trabalho tradicionais regidos pela CLT. A última forma de condução

para o caso, e um tanto quanto enérgica, seria na aplicação do artigo 3º, §2ª da nova lei, a qual reflete na caracterização de vínculo empregatício face o descumprimento dos termos de compromisso previstos na norma.

Em virtude disso, é que passaremos a destacar os pontos positivos e negativos das aplicabilidades surgidas face a omissão da norma.

Palavras-chave: Lei do estagiário, Visões e interpretações à nova norma, Horas extras, Obscuridade legal, Legalidade, Vínculo empregatício, Omissão.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em um mundo cujo mercado de trabalho é cada vez mais explorado, se tornando mais exigente em razão da grande massa competitiva. Dentre as questões abordadas no campo desta competição, encontramos as relações de emprego, as quais aumentam a passos largos, inclusive pelas exigências por profissionais cada vez mais capacitados para a inserção no mercado de trabalho.

Nessa ótica, portanto, carrega-se o propósito de esclarecer as questões suscitadas a partir das relações de estágio e de sua alteração legal, pois são várias as instituições de ensino que lançam anualmente um número incontável de profissionais ao mercado de trabalho em todo o Brasil.

Diante desse aspecto, é que a nova lei de estágio veio tardiamente, e com algumas omissões, sendo que se não forem dadas as devidas atenções e construções doutrinárias, os resultados poderão ser refletidos naqueles que, em tese, deveriam ser protegidos contra as diversas fraudes contratuais, resultando num expressivo prejuízo.

O foco a ser dado no presente trabalho diz respeito às horas laboradas extraordinariamente pelo estagiário. Todavia, é preciso ter uma visão mais ampla com relação ao resultado que os legisladores buscaram, principalmente a partir da conjuntura normativa, para assim, conseguir definir um entendimento ponderável sobre a matéria em comento.

A jornada de trabalho do estagiário está devidamente regulamentada pelo artigo 10 da nova lei, e seus incisos, entretanto, é sabido que alguns contratos de estágio não seguem à

risca as determinações e previsões legais, permitindo que o estagiário cumpra uma jornada superior àquela prevista em lei.

Nesse contexto, é que surge a dúvida. O pagamento das horas suplementares teria reflexo, por si só, na quebra contratual o que resultaria no reconhecimento de vínculo empregatício?

Ora, certamente o estagiário não será prejudicado com relação ao direito do recebimento das horas trabalhadas em período superior ao previsto por lei. O fundamento legal está arraigado nos princípios basilares do direito do trabalho.

A discussão, no entanto, recai sobre o fato do descumprimento do contrato de estágio e, por conseguinte, os reflexos decorrentes dessa conduta, pois, diante da omissão da norma, nos remetemos ao artigo 3º, III, §2ª da Lei 11.788/2008.

Portanto, deve-se ter observância à legislação trabalhista, juntamente com a nova lei do estágio, todavia, tendo maior apreço aos princípios norteadores das relações de emprego e trabalho, pois a obscuridade deixada pela atual lei do estágio merece especial atenção, principalmente para que as problemáticas sejam dirimidas com razoabilidade e ponderabilidade.

2 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.788 DE 2008

Inicialmente, cumpre destacar que antes de entrar em vigor a lei nº 11.788 de 2008, a norma que regulamentava os contratos de estágio, era a lei nº 6.494 de 1977. A referida norma era bastante sintetizada, deixando, no entanto, inúmeras obscuridades com relação aos contratos de estágio e as responsabilidades das partes concedentes.

A partir dessas deficiências, conquanto houvesse diversas alterações, a norma de 1977 foi substituída pela atual lei do estágio, que trouxe de forma mais completa a regulamentação dos contratos de estágio. Embora isso tenha ocorrido, da mesma forma, a atual norma encontra-se ainda com algumas obscuridades.

De outro lado, as inovações trazidas pela lei 11.788/2008 foram expressivas no campo dos contratos de estágio. Algumas das inovações de maiores destaques são:

- 1) Estágio passa a proporcionar ao estagiário o direito de recesso remunerado, e não férias, de 30 dias, sempre que o estágio tiver duração igual ou superior a um ano e,

na hipótese de o estágio ter duração inferior a um ano, terá o estagiário direito ao recesso proporcional;

- 2) Vínculo do estágio ao projeto pedagógico da instituição de ensino;
- 3) Responsabilização dos agentes de integração;
- 4) Duração máxima do contrato de estágio por até 02 anos;
- 5) Cota de vagas de estágio para portadores de deficiência física;
- 6) Limite de vagas de estágio na empresa;
- 7) Alteração nos limites da carga horária; e
- 8) Possibilidade de profissionais liberais contratarem estagiários.

Em vista disso, fica bastante evidente que as inovações da lei buscaram de uma forma ainda maior a proteção dos trabalhadores/estagiários, os quais, nos dias de hoje movimentam um número expressivo de, aproximadamente, 1 milhão em todo o Brasil, de acordo com os dados da Associação Brasileira de Estagiários.

Segundo Henrique Mencaci, atual presidente da ABRES – Associação Brasileira de Estágios, a atual lei de estágio foi muito mal recepcionada, pois, segundo relata que “o problema do desemprego estrutural brasileiro tem que ser resolvido com educação, para educar temos que manter o jovem nas escolas e mantê-lo em troca de renda é o mais eficiente método.”

Além disso, destacou:

“O Governo quer um pouco mais de carteiras de trabalho assinadas no curto prazo, mas estaremos solapando milhões de carteiras de jovens educados no médio prazo e com renda muito maior.”

(...)

“O estágio provê renda e viabiliza os estudos para um bom número de jovens pobres e tira das ruas milhares de adolescentes.” Acesso em: 28 fev 2009: Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/11052/>>.

Portanto, nas palavras do presidente da Abres, a atual legislação veio forte no aspecto da diminuição das contratações de estágio diante da limitação do número de estagiários, bem como nas garantias previstas, como recesso sem prejuízo na remuneração e redução da jornada.

Com relação ao número de contratações permitido pela norma, o advogado e professor Jorge Cavalcanti assevera alguns dos benefícios trazidos pela lei:

“A melhor de todas as medidas ajustadas para coibir a contratação de empregados como mão de obra barata foi, contudo, a instituída no artigo 17. Segundo ele o número de estagiários do ensino médio, educação especial e dos dois últimos anos do ensino fundamental em estabelecimento variará conforme o número de empregados contratados. Assim, empresas que disponham de um a cinco empregados poderão ter apenas um empregado. As que contem com número entre seis e dez empregados poderão contratar dois. As que tenham entre onze e vinte poderão contratar cinco estagiários. E, por fim, as que possuam mais que vinte e cinco estagiários poderão dispor de 20% de estagiários.

O legislador deixou claro que, para fins deste cálculo, levar-se-á em consideração o conjunto de trabalhadores empregados existentes no estabelecimento do estágio e não apenas os que exerçam a função idêntica ou similar à do estagiário. Quando o cálculo do percentual resultar em fração, poderá ser arredondado para o número inteiro imediatamente superior. Esta medida é extremamente interessante para evitar discussões futuras acerca do número máximo de estagiários em determinados estabelecimentos.” Acesso: 21 fev 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11848>>.

Outrossim, o professor suscita à questão da jornada de trabalho dos estagiários, da mesma forma inovada a partir da lei 11.788 de 2008.

A nova legislação criou diversas medidas destinadas a proteção dos estagiários. Uma das que merecem maior destaque é a que instituiu limitação de jornada conforme o nível de educação a que esteja se submetendo o estagiário. Para os estudantes de educação especial dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos, o limite passou a ser de 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais. Para os estudantes do ensino superior, educação profissional de nível médio e do ensino médio regular, o limite passou a ser de 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais.

O professor acima citado mencionou ainda sobre a importância da alteração legal no tocante à jornada de trabalho, pois a antiga norma que regulamentava o estágio apenas definia que os horários deveriam ser compatíveis com o horário escolar do estagiário, bem como com a disponibilização das partes concedentes.

Além disso, a preocupação do legislador com a saúde do estagiário caracteriza outra inovação, na qual poderá abrir diversas interpretações, até mesmo na possibilidade de recebimento dos adicionais, seja ele de insalubridade ou até mesmo de periculosidade.

Conclui-se, portanto, que o legislador buscou inovar, explorando alguns campos semelhantes a qualquer contrato de trabalho regido pela CLT. No entanto, esse fato alerta aos doutrinadores e interpretadores da lei, no sentido de facilitar, cada vez mais, a ocorrência de vínculo empregatício dos estagiários com as partes concedentes.

3 O RISCO DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS ESTAGIÁRIOS COM AS PARTES CONCEDENTES.

Note-se que a atual legislação que trata dos estagiários trouxe uma compreensão um tanto quanto ampla para interpretações no que diz respeito à caracterização de vínculo empregatício a partir do descumprimento de qualquer das cláusulas do contrato de estágio.

Interessante colacionar o artigo 3º da referida lei a fim de explorar com precisão o teor da norma.

O artigo 3º e seus incisos da nova lei de estágio são taxativos no seguinte sentido:

Art. 3º da lei 11.788/2008: O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, **não cria vínculo empregatício de qualquer natureza**, observados os seguintes requisitos:

- I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;
- II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;
- III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso. Grifou-se.

Em análise ao caput e aos incisos desse artigo, até então, nenhuma novidade com relação à alteração legal, entretanto, o Parágrafo Segundo do mesmo artigo deixa bastante dubitativa sua interpretação.

Senão vejamos:

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de **qualquer obrigação contida no termo de compromisso** caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Pode-se notar que o Parágrafo Segundo do artigo 3º da nova legislação do estagiário é bastante incisiva no tocante ao descumprimento das obrigações contidas no termo de compromisso entre estagiário e a parte concedente.

Se levarmos ao pé da letra, podemos concluir que qualquer descumprimento, seja ele o de menor potencial ofensivo, abre-se, desde já, a possibilidade para a interpretação de caracterização de vínculo empregatício.

No entanto, o campo da razoabilidade e ponderabilidade devem ser explorados para que os militantes do direito, bem como os julgadores encontrem um “meio termo”, pois se seguir estritamente a forma literária da lei, estar-se-ia fechando os olhos para a aplicação justa na norma.

Com relação ao atendimento da nova norma pelas partes concedentes, a estudiosa Larissa Baroni afirma que se “As empresas que não se adaptarem ficarão impedidas de receber estagiários por dois anos, além de caracterizar vínculo empregatício com estudante, tendo que arcar com todas as responsabilidades da legislação trabalhista e previdenciária.” Acesso em: 02 fev 2009. Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=16513>>.

Além disso, "a questão é que o projeto não prevê um tempo de adaptação para as empresas e instituições de ensino. O que pode dificultar o período de implantação da lei", ressalta o presidente da Abres. Acesso em: 02 fev 2009. Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.16513>>.

Por fim, o alerta é dado por todos os consultores da norma, pois o artigo 3º e seus parágrafos deixam uma lacuna na sua interpretação, a qual pode ser voltada contra a parte concedente, até mesmo se tenha sido mínimo o descumprimento do termo de compromisso entre as partes.

3. 1 Nova jornada de trabalho prevista aos estagiários

A partir da atual implementação normativa, a jornada de trabalho dos estagiários foi reduzida consideravelmente, objetivando uma compatibilidade com as atividades educacionais.

O artigo que inovou nesse sentido é o art. 10 da nova lei, que traz em seu teor os seguintes termos:

Art. 10. A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

I – 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos;

II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

(...)

§ 2º Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante.

Neste contexto, os estágios que comportavam o limite de oito horas diárias, atualmente, a partir da atual norma, passam ter a previsão de seis horas diárias.

Outra questão que causou dúvida na norma se deu a partir do Parágrafo Primeiro do artigo 10 do mesmo diploma legal. Veja:

§ 1º O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, **poderá ter jornada de até 40 (quarenta) horas semanais**, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino. Grifou-se.

Ora, são inúmeros os estágios que alternam a teoria e prática, além de haver previsão no projeto pedagógico do curso. Exemplo disso é o próprio estágio de direito. Portanto, os legisladores deixaram bastante ampla a possibilidade de extensão da jornada de trabalho do estagiário para oito horas diárias, ou seja, o que tinha previsão anteriormente.

3. 2 As horas laboradas de forma extraordinária pelos estagiários

Embora haja previsão da jornada de trabalho a partir da nova regra normativa, sabe-se que nem todos os contratos de estágio cumprem a forma literal da lei. Algumas áreas de atuação necessitam, esporadicamente, o cumprimento pelos estagiários de algumas horas suplementares.

Diante desse aspecto, os estagiários que cumprirem horários extraordinários, ficam sem uma resolução concreta, pois a atual legislação não prevê qualquer regulamentação ou até mesmo uma sanção para esses casos específicos.

Primeiramente, no tocante às horas extras, fica bastante claro que são direitos indisponíveis, e garantidos constitucionalmente aos trabalhadores.

Veja o teor da nossa Magna Carta que trata da matéria:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (...)”. Grifou-se.

Dessa forma, em não havendo a regulamentação por lei especial dos contratos de estágio, tem-se a aplicabilidade da Constituição Federal, bem como a Consolidação da Legislação Trabalhista.

Ainda assim, caso haja previsão de compensação de horário no termo de compromisso de estágio, entende-se também pela sua possibilidade.

No entanto, a título de conhecimento, em dezembro de 2008 o Tribunal de Minas Gerais publicou Portaria (Portaria conjunta nº133/2008) a fim de regulamentar as horas de seus estagiários, proibindo de plano, a extensão da jornada de trabalho, bem como sua compensação.

No TJMG, a adequação à nova lei causou impactos orçamentários. Atualmente, trabalham no Judiciário mineiro 3,4 mil estagiários. Além da bolsa no valor de R\$ 400, os estudantes vão receber também um auxílio-transporte no valor de 10% da bolsa, ou seja, R\$ 40. Todos os estagiários do Tribunal serão remunerados. A jornada de trabalho foi fixada em quatro horas diárias, sendo proibida a extensão de jornada e a compensação de horas de estágio não cumpridas. No período de avaliações acadêmicas, a jornada de trabalho do estagiário do TJMG será de duas horas diárias. Acesso em: 02 mar 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/437361/tjmg-publica-portaria-sobre-estagio>>

Outrossim, a Resolução nº188 de janeiro de 2009, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, trouxe a possibilidade de compensação das horas laboradas extraordinariamente pelos estagiários.

O parágrafo 2º do artigo 12 da Resolução 188/2009 é bastante elucidativo, Veja:

“A jornada de estágio é de quatro horas diárias, limitada ao máximo de vinte horas semanais, em horário a ser previamente estabelecido de comum acordo com o gestor da unidade onde se verificar o estágio, respeitado o turno escolar do estudante.

(...)

§ 2º A critério do gestor da unidade, é possível a compensação de horas de estágio não cumpridas na forma estabelecida no *caput*, desde que não haja prejuízo das atividades escolares do estudante.”

Acesso em 27 fev 2009. Disponível: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:W6lBVLQzZtUJ:www.jfsp.gov.br/pdf>

Dessa forma, fica bastante claro que, considerando a omissão na atual legislação do estágio, é plenamente aceitável a compensação de horas, desde que não haja prejuízo ao estagiário.

Outros casos, no entanto, entendem que a hora suplementar é passível de remuneração, nos termos previstos pela CLT, uma vez que a regulamentação atual deixa a desejar sob este aspecto.

4 O VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM RAZÃO DO DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Ficou evidenciado, inclusive a partir da atual norma que regulamenta os estágios em todo o Brasil, que o simples desvirtuamento do termo de compromisso de estágio, por si só, resulta em reconhecimento de vínculo empregatício da parte concedente. (art. 3º, III, §2º da lei 11.788/2008).

No entanto, da mesma forma pode-se concluir que o simples fato do estagiário exercer função superior àquela contratada, sem que tenha sido ajustado o contrário no termo de compromisso, ocorrer-se-á o desvirtuamento do contrato do estágio.

Em razão disso, portanto, o simples fato da parte concedente não atender os termos previstos na lei do estágio, entende-se o desvirtuando o contrato de estágio.

De plano, a parte concedente incorreria na sanção imposta pelo artigo 3º da lei do estágio, que prevê a caracterização de vínculo empregatício entre a concedente e o estagiário.

Sobre essa matéria, o julgado a seguir colacionado pondera alguns fundamentos que corroboram com o entendimento de que o simples fato de exigência de horário suplementar pela concedente, desvirtua o contrato de estágio, muito embora a decisão tenha sido proferida poucos meses antes da promulgação da nova lei do estágio.

Examinando o conjunto probatório dos autos, concluo que a relação jurídica havida entre as partes não teve a natureza de estágio profissional. Senão vejamos: Conforme se observa dos Termos de Compromisso de estágio colacionados aos autos (fls. 46/47), o reclamante, na condição de estudante do curso de Tecnologia em Gestão de Recurso Humanos na FTEC - Centro Superior de Tecnologia Tecbrasil, desenvolvendo suas tarefas na condição de estagiário no setor de almoxarifado. Consta no Termo de Compromisso de estágio a previsão das seguintes atividades: auxiliar em atendimento ao funcionário, organização de documentos, controle de entrada e saída de materiais. Com relação ao período em que o autor atuou junto à reclamada, em que pese os Termos de Compromisso de estágio revelem que o pacto foi firmado inicialmente para o período de 07/08/2006 a 06/02/2007 e de 07/02/2007 a 06/08/2007, houve rescisão do Termo de Compromisso de estágio em 31/05/2007 (fl. 48). Todavia, consoante denunciado na petição inicial, **houve verdadeiro desvirtuamento das atividades contratadas, porquanto seu efetivo conteúdo ocupacional não mantinha relação alguma com a finalidade do estágio em relação ao curso freqüentado pelo autor**. Sinalo que sequer foram juntados aos autos relatórios de acompanhamento de estágio, e as atividades desenvolvidas pelo estagiário indicadas pela prova oral, à toda evidência, não guardam relação alguma com o aprimoramento profissional do reclamante na área de rotina de setor de recursos humanos. Veja-se o depoimento da testemunha convidada pela reclamada, Fábio José da Silva Rocha, que trabalha na reclamada desde abril de 2002, sendo encarregado do setor de almoxarifado desde 2005, o qual robustece a tese de desvirtuamento do contrato de estágio. (...) **O desvirtuamento da finalidade do estágio prestado pelo autor é revelado também pela necessidade de trabalho em finais de semana em regime de plantão, em prejuízo da dedicação ao Curso freqüentado**. Além de confirmado pelo preposto e testemunha trazida pela reclamada, o trabalho em sábados é evidenciado pelos registros de horário (exemplo: 19.05.2007, fl. 59 verso). Acórdão do processo, 01128-2007-022-04-00-0 (ROPS), Redator: DENISE PACHECO, Participam: JOÃO PEDRO SILVESTRIN, MARIA BEATRIZ CONDESSA FERREIRA, Data: 23/04/2008, Origem: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Acesso em: 04 mar 2009. Disponível em: www.trt4.jus.com.br.

Conclui-se que, conquanto não haja previsão expressa na atual norma reguladora dos estágios, considerando, outrossim, que a confecção da norma teve enfoque, principalmente à resguardar os direitos dos estagiários, as partes concedentes deverão atender com maior zelo

os termos expostos na lei, sob pena de ver a mutação dos contratos de estágio em relação de emprego.

5 AS RESPONSABILIDADES DAS PARTES CONCEDENTES E DOS AGENTES DE INTEGRAÇÃO

A questão da responsabilidade contratual nos termos de compromisso de estágio é bastante obscura quando é reconhecida a fraude nas contratações.

Veja que uma inovação trazida na nova lei do estágio é no que se refere à responsabilização civil dos agentes de integração, prevista no artigo 5º, §3º da referida lei.

Analizando esse aspecto, no entanto, note-se que nos casos em que ocorre o desvirtuamento do contrato de estágio, o qual tenha sido realizado por intermédio dos agentes de integração, o reconhecimento de vínculo é evidenciado, todavia, a responsabilização para essa conduta é que deixa algumas dúvidas.

Afinal, embora haja a previsão da responsabilização dos agentes de integração, não se pode abster o tomador de serviços da responsabilidade solidária. Registre-se que apesar do agente de integração ter contribuído para uma possível fraude, como por exemplo, a compatibilidade das funções com o currículo do estagiário, a parte concedente é quem acompanha o estagiário, devendo, da mesma forma, atender as previsões estabelecidas pela lei de estágio.

O artigo 942 e § único do Código Civil deixa bastante claro com relação à responsabilização da violação do direito de outrem.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, **se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.**

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Portanto, é bastante plausível a responsabilização tanto dos agentes de integração quanto das partes concedentes nos casos em que ocorram fraudes nos contratos de estágio,

pois, como garantido na legislação trabalhista que prevê a proteção dos trabalhadores, a norma do estágio não pode se distanciar desse entendimento.

7 CONCLUSÃO

A partir do sintético estudo realizado sobre a lei nº 11.788/2008, que hoje conta com pouco mais de seis meses, pode-se concluir que embora haja diversas obscuridades na norma, pode-se dirimir eventuais conflitos caso os olhos estejam voltados à legislação trabalhista, face às peculiaridades da norma e a proteção que a mesma incita.

Além disso, dando enfoque especial no exercício da jornada dos estagiários, com relação às horas laboradas em período extraordinário, note-se que se pode chegar à conclusão de que o simples fato da parte concedente (tomadora de serviços) permitir que haja uma jornada suplementar, mesmo que haja o pagamento de tais horas, indubitavelmente, ocorrerá um desvirtuamento na jornada de trabalho.

O fundamento é bastante simples. Considerando que a norma do estágio tem o propósito de garantir os direitos dos trabalhadores/estudantes, a fim de instruí-los para o ingresso no mercado de trabalho, bem como, preservar os mesmos contra as abusividades das partes que buscam o aproveitamento dessa mão de obra, devemos encarar com olhos mais críticos, a fim de encontrar o preenchimento mais pleno para as lacunas deixadas pela nova norma.

REFERÊNCIAS

<http://www.administradores.com.br/noticias/11052/>: Disponível em: 28 de fev 2009.

<http://74.125.47.132/search?q=cache:W6IBVLQzZtUJ:www.jfsp.gov.br/pdf>: Disponível em: 27 de fev 2009.

<http://www.trt4.jus.gov.br>: Disponível em: 27 de fev 2009.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11848>: Disponível em: 21 de fev 2009.

<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=16513>: Disponível em: 02 de fev 2009.

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/437361/tjmg-publica-portaria-sobre-estagio>: Disponível em: 02 de mar 2009.

http://www.mte.gov.br/politicas_juventude/Cartilha_Lei_Estagio.pdf. Disponível em: 22 de fev 2009.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4773>: Disponível em: 21 de fev 2009.

OS LIMITES PARA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES POR DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA PESSOA JURÍDICA

Miguel Teixeira Filho
Advogado em Joinville/SC
www.teixeirafilho.com.br

1. Introdução

O tema em epígrafe já gerou intensa polêmica nos meios jurídicos, uma vez que tem se insistido numa responsabilização solidária que não encontra nenhum amparo no ordenamento jurídico vigente.

Diante da impossibilidade de cobrança de débitos tributários da pessoa jurídica, certos órgãos fazendários tentam redirecionar a execução fiscal contra a pessoa dos sócios ou administradores, alegando, para tanto, que o Código Tributário Nacional, em seus artigos 134 e 135, permitem a responsabilização solidária do sócio ou administrador da pessoa jurídica inadimplente.

No entanto, esta generalização é fruto de interpretação flagrantemente equivocada que tem sido feita pelos referidos agentes, que agem no óbvio interesse do incremento da arrecadação, e que chegou a confundir alguns julgadores de primeira instância, mas que, felizmente, vem sendo devidamente corrigida por parte das instâncias superiores do Judiciário.

Com efeito, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça colocou uma pá de cal na polêmica, firmando pacífica jurisprudência em torno do assunto, delimitando de forma muito clara as excepcionalíssimas hipóteses em que o sócio ou administrador pode ser responsabilizado solidariamente pelos débitos da pessoa jurídica.

E quando se faz referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é importante frisar que esta Corte, por determinação contida na Constituição Federal, é quem dá a palavra final em matéria de interpretação da legislação federal, vez que assume a função de uniformizadora do direito federal no país (Art. 105, III, Constituição Federal).

No tópico seguinte, portanto, procederemos à análise do direito aplicável ao caso, atualmente calcada na referida jurisprudência superior.

2. Do Direito aplicável

Antes de tudo, é importante frisar que em matéria de direito tributário há que se observar a estrita reserva da lei, consoante dispõe o art. 150, I, da Constituição Federal. Vale dizer, qualquer exigência tributária deve encontrar respaldo expresso em lei, sob pena de inconstitucionalidade.

Com efeito, ao mesmo tempo em que a sociedade conferiu ao Estado os poderes para cobrar tributos, sem os quais não se atingiriam os fins sociais, a

mesma sociedade estabeleceu limites para a atuação estatal. Um destes limites é que toda a exigência tributária seja feita de conformidade com a Lei.

Sabe-se que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do *fato gerador* descrito em lei. Assim, por exemplo, se a lei estipula que a saída de mercadoria de estabelecimento industrial, comercial ou produtor é fato gerador do ICMS, se o estabelecimento pratica tal fato (saída de mercadoria), nascerá a obrigação de se pagar o ICMS.

O *fato gerador* é, portanto, o primeiro dos elementos da obrigação tributária.

Na definição de qualquer obrigação tributária a lei ainda deve que prescrever quem é o respectivo *sujeito ativo* (a quem se paga o tributo) e quem é o *sujeito passivo* (quem deve pagar o tributo).

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 121, parágrafo único, classifica a figura do sujeito passivo da obrigação tributária em duas modalidades: o *contribuinte* e o *responsável*.

Vejamos:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Como se vê, a lei define como *contribuinte* (inciso I) aquele que tem relação *pessoal e direta* com a situação que constitua o fato gerador. Ou seja, pode-se dizer que contribuinte é aquele que pratica pessoal e diretamente o fato gerador. Por exemplo, contribuinte do ICMS será o estabelecimento que praticou a venda da mercadoria.

Já o *responsável* (inciso II) será aquele que, embora não praticando direta e pessoalmente o fato gerador, tem sobre si a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária em decorrência de *expressa disposição em lei*. É o caso, por exemplo, do substituto tributário.

À luz dessa teoria, é de se ver que, em princípio, a responsabilidade tributária pode ser transferida para terceiras pessoas, ou, como preleciona IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, pode surgir diretamente quanto a estes terceiros, desde que a lei assim determine.

No art. 128, o CTN faz nova referência à possibilidade de atribuição da responsabilidade a terceiro, desde que prevista em lei e desde que a terceira pessoa esteja de alguma forma “vinculada ao fato gerador”:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso 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.

Interessa-nos, neste estudo, a responsabilidade de terceiros que se apresenta como uma espécie de “responsabilidade por transferência”, ou seja, a obrigação de pagar o tributo nasce contra o contribuinte (aquele que praticou direta e pessoalmente o fato gerador), mas a responsabilidade pelo respectivo pagamento se *transfere* a terceira pessoa ou, até mesmo, surge originariamente contra essa terceira pessoa.

E aqui começará a se vislumbrar o equívoco de interpretação em que tem incorrido alguns agentes fazendários.

Nos artigos 129 a 133 o CTN regula a transferência da responsabilidade para terceira pessoa que tem vinculação com o fato gerador na condição de “sucessores” do contribuinte originário. É o caso do espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão. É o caso da pessoa jurídica que incorpora outra pessoa jurídica, etc.

No art. 134, o CTN prevê hipóteses de transferência da responsabilidade tributária para terceira pessoa, no entanto na condição de responsável solidário com o contribuinte originário, nos casos em que é impossível exigir do contribuinte principal o cumprimento da obrigação e em cujos atos houve intervenção ou omissão de responsabilidade desta terceira pessoa. É o caso, por exemplo, dos pais em relação aos tributos devidos por filhos menores; dos tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; dos administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; do inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio etc.

Veja-se:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

E, finalmente, no art. 135, o CTN contempla a possibilidade de transferência da responsabilidade tributária para terceiras pessoas que,

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Da figura da responsabilidade de terceira pessoa de que tratam os artigos 134 e 135 supra transcritos é que nos ocuparemos mais especificamente, pois é com base em tais dispositivos que o fisco tem pretendido atribuir aos sócios e administradores a responsabilidade solidária pelos tributos não pagos pela pessoa jurídica.

Pois bem.

Em primeira vista, especialmente se for feita uma leitura apressada do inciso III do art. 134 em conjugação com o inciso III do art. 135, pode parecer que o sócio ou administrador será sempre responsável solidário pelos débitos da pessoa jurídica contribuinte, caso seja impossível exigir desta pessoa jurídica o cumprimento da obrigação tributária.

No entanto, como já dito, esta conclusão decorre de apressada leitura do sentido dos referidos dispositivos legais.

Em primeiro lugar, há que salientar que no direito brasileiro impera o princípio da existência individualizada pessoa jurídica, o que significa dizer que a pessoa jurídica é reconhecida pelo direito como sujeito de direitos e obrigações, tendo existência distinta de seus membros.

Nessa linha, a civilista MARIA HELENA DINIZ conceitua a pessoa jurídica como sendo

a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Saraiva : São Paulo. 1997. Vol. 1. p. 142)

No que diz respeito à individualização da pessoa jurídica em relação a seus membros, MARIA HELENA DINIZ ainda preleciona:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. Realmente, seus componentes somente responderão por seus débitos dentro dos limites do capital social, ficando a saldo o patrimônio individual. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma consequência lógica de sua personalidade jurídica, constituindo uma de suas maiores vantagens. (*obra citada*. p. 170)

O Código Civil anterior era mais explícito quanto a este princípio, quando dispunha em seu artigo 20, *caput*, em redação mais feliz, que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

O Código de 2002 não reproduziu o princípio com as exatas palavras do Código antecessor. No entanto, a regra da personificação e individualização da pessoa jurídica em relação a seus membros está permeada na sistemática dispositiva do novel Código, extraíndo-se tal interpretação da leitura dos artigos 43, 45, 47 e, especialmente, do art. 50, que trata da hipótese de despersonalização da pessoa jurídica em hipótese de desvio de finalidade ou abuso patrimonial, que se constitui numa exceção à regra que, evidentemente, somente pode ser a da individualização da pessoa jurídica.

A despeito deste princípio geral, o direito não poderia, obviamente, ficar insensível diante dos casos em que a regra da individualização da personalidade da sociedade e dos seus sócios passa se constituir um mecanismo para prática de fraudes contra credores ou abuso do direito.

Assim é que o legislador previu hipóteses em que, excepcionalmente, poderá o juiz decretar a despersonalização da pessoa jurídica, de tal modo a fazer com que seus membros possam responder por obrigações não cumpridas pela sociedade.

Encontraremos uma das destas hipóteses na legislação de defesa do consumidor. O vigente Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28 permite a desconsideração da personalidade jurídica, por decisão judicial, quando, “*em detrimento do consumidor*”, forem praticados atos que configurem abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, atos de má administração que levem à insolvência, etc. Observa-se que nessa hipótese há que se caracterizar o prejuízo ao consumidor.

Outra circunstância admitida pelo direito é no caso de crimes de natureza ambiental.

Por fim, no campo do direito tributário, a hipótese de desconsideração está prevista nos artigos 134, III, e 135, III, do Código Tributário Nacional, já referidos.

De fato, da leitura dos referidos dispositivos pode se chegar à conclusão que os sócios e os administradores podem ser responsabilizados pelos débitos pagos da pessoa jurídica.

No entanto, como já dito, é equivocado se concluir que os sócios e administradores poderão ser responsabilizados *sempre* que a pessoa jurídica deixar de pagar seus débitos.

Se tomarmos os artigos 134, III, e 135, III, do CTN nesse sentido amplo, estaríamos reconhecendo que o princípio da individualização da pessoa jurídica não tem aplicação e nenhuma validade no campo das obrigações tributárias.

No entanto, obviamente que este raciocínio está incorreto.

Ora, em primeiro lugar, se o princípio da individualização da pessoa jurídica não tivesse efeito no campo das obrigações tributárias não teria sentido a existência dos próprios artigos 134, III, e 135, III, no Código Tributário Nacional, pois, à toda evidência, tais dispositivos consubstanciam uma exceção à regra geral inserta no próprio Código. Ou seja, a regra geral é a de que o contribuinte é o primeiro responsável pelo pagamento do tributo gerado por alguma ação que este praticou. A exceção é que tal responsabilidade pode ser transferida para terceiro, no caso o sócio e/ou administrador.

Se a regra geral fosse a da despersonalização da pessoa jurídica, bastaria, assim, o Código Tributário dizer, absurdamente, que “são contribuintes tanto a pessoa jurídica que praticar o fato gerador quanto seus sócios e administradores”.

Mas não é assim. O Código Tributário prevê a possibilidade de transferência da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária para o sócio ou administrador *como uma hipótese excepcional*.

Com efeito, a redação do art. 135 é clara quando diz que esta transferência de responsabilização somente terá lugar quando as obrigações tributárias devidas pela pessoa jurídica tiverem sido geradas a partir de atos praticados pelo administrador “*com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto*”.

Veja-se, novamente:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos *praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*:

.....

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.
(grifamos)

Nota-se que podemos subdividir em duas hipóteses a conduta do administrador que pode gerar responsabilidade pessoal tributária:

- a) atos praticados com *excesso ou abuso de poderes*, se infringido o contrato social ou estatutos;
- b) atos praticados com *infração de lei*

No primeiro caso, encontramos a hipótese em que o tributo foi gerado na pessoa jurídica por ato praticado com excesso de poderes ou abuso de poder. Por exemplo, a pessoa não detinha poderes para prática de determinado ato que gerou a obrigação tributária. Nesse caso, responde pessoalmente pelo débito tributário gerado.

No segundo caso, que o tributo foi gerado na pessoa jurídica por ato praticado com violação de lei. Por exemplo, determinada operação comercial realizada pelo administrador é proibida por lei (a importação de algum produto, poderíamos citar), mas, contudo, gera uma obrigação tributária, inclusive multas. O administrador responsável pela operação torna-se pessoalmente obrigado ao pagamento do tributo.

E é justamente esta hipótese (infração de lei) que vem sendo invocada por alguns agentes do fisco para tentar transferir, de forma generalizada e indiscriminada, a responsabilidade tributária aos sócios e administradores da pessoa jurídica que, por alguma razão, torna-se inadimplente quanto as suas obrigações tributárias.

No entanto, primeiramente, como está se falando em responsabilidade por conduta, é imprescindível se atentar que somente se poderia aventar de responsabilização pessoal contra a pessoa *que efetivamente praticou o ato* considerado como infração da lei (o mesmo vale para a hipótese de abuso de poderes). O *dolo* pessoal é requisito primário para a responsabilização.

E, assim sendo, somente se pode aventar em responsabilização de quem efetivamente detinha a condição de administrador *na época* dos fatos, não se podendo esquecer que esta transferência de responsabilidade assume contornos de penalização. É consabido que, constitucionalmente, nenhuma pena pode passar da pessoa que praticou o ato (Art. 5º, XLV, Constituição Federal).

De outro lado, a conduta dolosa de quem se pretende responsabilizar deverá ser apurada em prévio processo, em que deverá ser assegurado ao agente o contraditório e o exercício da ampla defesa, nos termos do que exige o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Somente após o regular processo de apuração da prática do ato doloso a que se refere o Código Tributário é que poderá se aventar em responsabilização pessoal do administrador da pessoa jurídica.

Nesse ponto da discussão, surge um questionamento:

- A simples omissão (simples inadimplemento) no recolhimento de tributos gerados pela pessoa jurídica em suas operações regulares e legais constitui-se em “infração à lei” por parte do administrador que era ou é responsável pelo recolhimento dos referidos tributos?

Em face de tudo que até aqui foi exposto resta evidente que a resposta somente pode ser negativa. A simples omissão no recolhimento de tributos gerados pela pessoa jurídica em suas operações normais regulares e legais não se constitui

em hipótese de “infração à lei”, para efeitos de se atribuir ao administrador a responsabilidade pessoal de que trata, tanto o art. 135 quanto o art. 134.

É evidente que o não pagamento do tributo no prazo se constitui numa violação à norma legal que estipula o prazo para pagamento de tributos. Mas contra o inadimplemento puro e simples as normas tributárias adequadas já estipulam respectivas sanções.

O que não se pode pretender é erigir o próprio inadimplemento do tributo como razão para aplicação da transferência da responsabilização tributária ao administrador, pretensão que se constituiria numa subversão do sentido da hipótese – excepcional – dos artigos 134 e 135 e, portanto, sempre haveria a responsabilização, como já se chamou a atenção.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão judiciário que, por disposição constitucional (art. 105, III), e como já dito, é quem dá a palavra final no país em matéria de interpretação de legislação federal, como pode se conferir da ementa do julgado abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de Divergência rejeitados.

Note-se que o precedente supra citado foi expedido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão que reúne as duas Turmas que, naquela Corte, têm a competência para julgar questões tributárias. Assim, trata-se de jurisprudência pacífica e unificada.

Portanto, a partir deste posicionamento jurisprudencial, não há mais espaço para nenhuma iniciativa fiscal em pretender responsabilizar os administradores (atuais e da época dos fatos) e, menos ainda, sócios não-administradores, por simples inadimplemento de tributos que foram gerados pela pessoa jurídica em suas operações regulares e legais.

Qualquer iniciativa nesse sentido deverá ser repelida de pronto pelos juízes e, mesmo que algum juiz, inadvertidamente, atenda a pretensão do fisco e defira o redirecionamento da cobrança fiscal para a pessoa do administrador, certamente a instância judicial superior, mediante o recurso próprio, de imediato sustará tal decisão judicial.

Para finalizar este estudo, não podemos deixar de examinar a hipótese de possibilidade de responsabilização pessoal do sócio decorrente da “liquidação” da sociedade, prevista no inciso VII, do art. 134, do CTN.

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

...

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Ao contrário da situação acima examinada, este dispositivo prevê uma hipótese em que o “sócio”, independentemente de ser ou não administrador, pode ser responsabilizado pessoalmente por débitos da pessoa jurídica.

No entanto, a hipótese de que trata o inciso VII do art. 134 diz respeito à *dissolução irregular* da pessoa jurídica, ou seja, não cuida a espécie do caso em que a empresa é liquidada sem que haja recursos para quitar todas as suas obrigações fiscais.

A dissolução irregular somente terá lugar quando os sócios encerram as atividades da empresa e partilham entre si patrimônio que serviria para liquidar débitos tributários. Neste caso, o sócio beneficiado pela partilha evidentemente será responsável pelo tributo não pago. Este é o sentido do inciso VII do art. 134.

E, logicamente, numa hipótese como essa somente será responsabilizado o sócio que procedeu à dissolução irregular. Em hipótese alguma poderá se pretender a responsabilização em desfavor daquele sócio que, anteriormente à dissolução irregular, já havia se retirado da sociedade. Mesmo que a dívida fiscal tenha sido

contraída e apurada no período em que a pessoa ainda fazia parte dos quadros sociais.

Pretender o contrário, mais uma vez, aqui, teríamos a ocorrência da responsabilização objetiva, o que é repudiado pelo direito pátrio.

Neste sentido, também, é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, unificada pela Primeira Seção daquela Corte, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, CTN. DIRETOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE INFRAÇÃO À LEI OU ESTATUTO.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III, CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, sem ocorrer extinção ilegal da empresa, nem ter sido provado que praticou atos com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

4. Empresa que continuou em atividade após a retirada do sócio.

Dívida fiscal, embora contraída no período em que o mesmo participava, de modo comum com os demais sócios, da administração da empresa, porém, só apurada e cobrada posteriormente.

5. Não ficou demonstrado que o embargado, embora sócio-administrado em conjunto com os demais sócios, tenha sido o responsável pelo não pagamento do tributo no vencimento. Não há como, hoje, após não integrar o quadro social da empresa, ser responsabilizado.

6. Embargos de divergência rejeitados.

(STJ - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 100739/SP – 1ª Seção - Min. JOSÉ DELGADO - Decisão de 06/12/1999 – Data 28/02/2000 – DJU 28/02/2000, p. 32 - RT 778:211)

Por fim, vale sempre lembrar que as normas jurídicas não podem ser interpretadas isoladamente, pois o Direito não é estanque, mas um sistema de vasos comunicantes de tal modo que para compreensão de um instituto jurídico não se pode olvidar das demais regras do sistema.

3. Conclusão

De todo o exposto, concluímos:

- a) O art. 134 e 135 do CTN permite a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos tributos da pessoa jurídica para os administradores da época dos fatos apenas no caso em que estes tenham agido com abuso dos poderes ou infração da lei, do contrato ou do estatuto social;
- b) A conduta dolosa de quem se pretende responsabilizar deverá ser apurada em prévio processo, em que deverá ser assegurado ao agente o contraditório e o exercício da ampla defesa;
- c) A simples omissão no recolhimento de tributos gerados pela pessoa jurídica em suas operações normais regulares e legais não se constitui em hipótese de “infração à lei” para efeitos de se atribuir ao administrador a responsabilidade pessoal de que tratam os art. 134 e 135 do CTN;
- d) O art. 134, VII permite a responsabilização do sócio que promover dissolução irregular da sociedade (partilha de patrimônio sem pagar antes os tributos). No entanto, em hipótese alguma poderá se pretender a responsabilização em desfavor daquele sócio que, anteriormente à dissolução irregular, já havia se retirado da sociedade. Mesmo que a dívida fiscal tenha sido contraída e apurada no período em que a pessoa ainda fazia parte dos quadros sociais.
- e) Qualquer iniciativa fiscal em contrário aos itens (3) e (4) acima deverá ser repelida de pronto pelos juízes e, mesmo que algum juiz, inadvertidamente, atenda a pretensão do fisco e defira o redirecionamento da cobrança fiscal para a pessoa do administrador, certamente a instância judicial superior, mediante o recurso próprio, de imediato sustará tal decisão judicial.

Mudança nas Regras da Aposentadoria

Está em discussão pelo Congresso Nacional, uma reforma futura do sistema previdenciário, com muitas propostas, dentre as quais, reaparece com bastante força, a de criação de uma idade mínima (60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres) para a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Pois bem, para os trabalhadores vinculados ao INSS, que se constituem a grande maioria de nossa população, aí incluídos os trabalhadores com carteira assinada e os que contribuem através de carnê, as grandes mudanças ocorreram com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998.

As principais alterações que ocorreram naquela época foram: a exigência do critério idade (53 anos para homem e 48 anos para mulher) para quem quer se aposentar proporcionalmente, ou seja, quem, após 15/12/1998, quiser se aposentar a partir dos 25 anos, se mulher, e a partir dos 30 anos de contribuição, se homem, exige-se a idade de 48 e 53 anos, respectivamente. Além disso, foi instituído um pedágio de 40% do tempo que faltava para se aposentar na época da promulgação da Emenda.

Importante frisar que, para quem for se aposentar integralmente (100%), ou seja, com 30 anos de contribuição, se mulher, e com 35 anos, se homem, não são necessários esse pedágio, muito menos uma idade mínima.

Por esse motivo, a resposta encontrada pelo governo, na época, foi a instituição do Fator Previdenciário, um redutor no valor das aposentadorias, criado pela Lei n.º 9.876 de 26/11/1999. Com essa lei, ao invés de se fazer uma média dos últimos 36 meses, para realizar o cálculo do quanto a pessoa iria receber de aposentadoria, leva-se em consideração todo o período contributivo da pessoa, mais precisamente, 80% dessas maiores contribuições, desde julho de 1994, multiplicado pelo fator previdenciário, o qual, por sua vez, leva em conta o tempo de contribuição e a idade do segurado na data da aposentadoria, sendo feita uma expectativa de sobrevida do cidadão, ou seja, faz-se uma projeção de quanto tempo o segurado ainda vai viver depois de aposentado, tendo como base uma tabela elaborada pelo IBGE, cuja expectativa de sobrevida vem sofrendo injustas e periódicas modificações.

Pois bem, a instituição de uma idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição constitui-se numa verdadeira punição para os trabalhadores que são obrigados a iniciar sua vida laboral na mais tenra idade. É, também, fechar os olhos para a realidade de um país em que a grande massa trabalhadora tem baixa qualificação e que cidadãos com 40, 50 anos de idade são considerados “velhos” para o mercado de trabalho, não conseguindo mais emprego formal.

Vale destacar que desde 1991 a aposentadoria não mais rescinde o contrato de trabalho, contudo, desde a criação do Fator Previdenciário, cuja extinção também está em discussão no Congresso, a aposentadoria não consegue representar o que diz o próprio nome, o retiro do trabalhador para os seus aposentos, abrindo vagas no mercado de trabalho para os mais jovens. O cidadão se vê obrigado a continuar trabalhando para manter seu nível de vida.

Importante destacar, por fim, que a Seguridade Social (previdência, assistência e saúde) é superavitária (Revista de Seguridade Social, ANFIP, n.º 91, Abr./Jun. de 2007) e que, infelizmente, para muitos, é difícil enxergá-la como uma política social de governo, na realidade, um importante investimento do Estado para a redução das desigualdades sociais. Infelizmente, em nosso país, já se foi o tempo em que se reformava a previdência para aumentar o rol de direitos dos sofridos segurados que, mesmo após anos de contribuição, ficam à mercê de sucessivos governos que consideram vital termos bancos saudáveis, mas consideram um desperdício os gastos com a Seguridade Social.



Rodrigo Coelho - OAB/SC 18.124
Advogado previdenciarista.
rodrigo@coelhoneto.adv.br

Como citar este Artigo:

COELHO, Rodrigo. Mudança nas Regras da Aposentadoria. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/57/mudanca-nas-regras-da-aposentadoria/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário e as Agências Reguladoras.

Muito questionável é a interferência do Poder Judiciário nos atos praticados pela Administração Pública (direta ou indireta) sob a alegação de que não é possível tal interferência quanto ao mérito do ato discricionário. Em razão disso, muitas decisões acolhem a tese de que a interferência do mérito do ato administrativo corresponderia a uma violação do princípio da separação dos poderes (CR, art. 2º). Mas, alguns esclarecimentos precisam ser feitos quanto à matéria.

Preambularmente, cabe destacar a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos, ainda que considerados sob o manto da discricionariedade, pois, conforme lição de Hely Lopes MEIRELLES, poder discricionário não se confunde com poder arbitrário, eis que são atitudes totalmente diversas. “Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.

Em outra passagem Hely Lopes MEIRELLES esclarece que “o ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto”.

Dessa distinção entre discricionariedade e ilegalidade é que surge a possibilidade de o Poder Judiciário anular os atos administrativos que, embora decorrentes do poder discricionário são, na realidade, arbitrários e, conseqüentemente, ilegais.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas em admitir a intervenção do Poder Judiciário em se tratando de atos administrativos discricionários. Com efeito, Diógenes GASPARINI salienta que “a submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito”. Hely Lopes MEIRELLES, com a sabedoria que lhe é peculiar, afirma que “erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração”. Por outro lado, a jurisprudência reconhece que “o reexame da decisão administrativa limitado aos aspectos da legalidade do ato administrativo não caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes”.

Alexandre de MORAES ressalta que “na caracterização da Separação de Poderes, como garantia do constitucionalismo, mais importantes que a rigidez clássica apontada por Locke, Kant e Montesquieu serão a inexistência de concentração do Poder em um único e onipotente órgão e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos”.

Segundo Nicola MATTEUCCI, “o princípio da separação dos poderes, tão

frequentemente proclamado e exaltado pela ciência jurídica, se não for aprofundados, corre o risco de se tornar um dogma ambíguo e misterioso por duas razões: de um lado, pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a exigência da divisão do poder e, do outro, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democráticos, partindo deste dogma, formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político. Não só isso: é um dogma perigoso, porque não garante eficazmente a liberdade do cidadão”.

Com isso é possível afirmar que o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário é algo que respeita o princípio da separação dos poderes, mormente em casos onde há ilegalidade na formação dos referidos atos.

O neoliberalismo econômico acabou interferindo na postura administrativa brasileira, havendo a famosa reforma administrativa, momento em que surgiram diversas agências reguladoras, dentre as quais a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), em 1998. Acreditamos que a criação de uma agência reguladora (Administração indireta), com atividade gerencial e fiscalizatória, não foi a melhor decisão administrativa, pois a saúde pública é um assunto que não guarda semelhanças com as questões econômicas, por exemplo, onde as vicissitudes inerentes à globalização exigem a prática de atos regulamentares mais ágeis e, por isso, a dinâmica das agências neste caso pareceria ser a melhor opção, embora tal afirmação seja de duvidosa procedência diante dos evidentes problemas demonstrados no Brasil. Mas, não se pode olvidar que a eficiência reivindicada pelo neoliberalismo não pode, jamais, suplantiar a legalidade dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários.

Essa ruptura completa do modelo hierárquico como módulo essencial do relacionamento entre si dos órgãos administrativos (descentralização administrativa) promovida pela reforma administrativa, com a transferência de uma atividade decisória para os órgãos administrativos periféricos, não lhes dá o direito de usurpar o poder discricionário atingindo as raízes da arbitrariedade e, conseqüentemente, da ilegalidade.

Dessa forma, para que as agências reguladoras não se tornem órgãos autárquicos com poderes concentrados e abusivos, é fundamental que o Poder Judiciário interfira em todo e qualquer ato administrativo que não esteja em consonância com a Constituição da República e leis infraconstitucionais, sem que isso consista em violação ao mecanismo de freios e contrapesos caracterizador da idéia de separação de poderes.

Como salienta Mauro Roberto Gomes de MATTOS, “é claro que as agências não possuem cheque em branco para agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade, eis que vinculada a este princípio por submissão aos comandos legais voltados para a administração pública direta e indireta”. Nos Estados Unidos, ampliou-se o controle judicial sobre os atos das agências reguladoras, permitindo-se ao Poder Judiciário, como lembra Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “não apenas procedimento, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei”.

Para finalizar, vale lembrar que “a moderna supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies de atos normativos impõe a necessidade de acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias constitucionalmente deferidas possibilitam maior independência e imparcialidade perante a Administração Pública, respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais”.

“Nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação”.

Referências:

Advogado, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Joinville, e Professor de Direito.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 6. ed. atual. São Paulo: RT, 1978. p. 90.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro..., p. 91.
GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 108.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro..., p. 92.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação civil n. 2000.38.00.015566-0/MG, relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. 3ª Turma. Diário da Justiça de 12 ago. 2005, p. 66.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p. 15.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v.1, p. 258.

ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) etc.

Nesse sentido: TÁCITO, Caio. Agências reguladoras na administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 221, p. 5, jul./set. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e suas características. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 218, p. 77, out./dez. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 137.

MORAES, Alexandre de. Agências..., p. 31.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 83.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário e as Agências Reguladoras.. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/27/o-controle-dos-atos-administrativos-pelo-poder-judiciario-e-as-agencias-reguladoras/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

O Criminalista

Antes de se dizer quem é o criminalista é necessário dizer quem não é o criminalista: o criminalista não é o “porta de cadeia”, não é aquele que faz conchavos ilegais com criminosos existentes dentro e fora do sistema de segurança pública, não é aquele que utiliza do processo penal para fins escusos. Enfim, ele não é corrupto.

O criminalista é o profissional da área jurídica que tem um caso de amor com a Constituição da República e luta para que ela seja respeitada e protegida, mormente em tempos de caos social quando as garantias individuais dos acusados passam a sofrer sérias restrições, motivadas pelo clima de pânico.

Acima de tudo, o criminalista tem na ética a sua referência para conduzir sua atividade profissional, respeitando as leis, o acusado, os acusadores, o magistrado, assim como os demais advogados, sem nunca colocar o lucro financeiro como razão das suas ações.

No imaginário social, o criminalista é visto como uma figura inimiga da Justiça, responsável pela absolvição de autores de crimes, de modo que colabora para a impunidade. Entretanto, é fundamental desmistificá-lo. Não há dúvida que essa concepção de um criminalista é um mito. Um mito forjado por aqueles que são os verdadeiros inimigos da Justiça: os justiceiros.

O papel do criminalista no processo penal é o de defender – e até mesmo acusar, conforme o caso – sem violar as regras estabelecidas na Constituição da República e nas demais leis penais (materiais ou instrumentais). Ele não julga, pois tal função é exclusiva do Estado. E, conforme as nossas leis, o criminalista deve defender os acusados da prática de crimes, inocentes ou não. Isso não é uma tarefa que mereça qualquer conotação injuriosa. Ao contrário, deve ser louvado, pois, se o messias católico tivesse um criminalista ao seu lado, provavelmente, não teria sido torturado, crucificado e morto por pessoas arrogantes e presunçosas que se julgavam conhecedoras de uma verdade que depois se revelou mentirosa.

Por isso, é fundamental que a classe dos criminalistas se fortaleça por meio do aprimoramento científico e da retidão na conduta profissional, visando afastar a incidência dos comentários maldosos sobre essa profissão tão indispensável ao Estado Democrático de Direito. Só assim, será possível conter o autoritarismo que muitas vezes permeia a instrução dos processos criminais, onde costumeiramente as garantias individuais acabam sendo vilipendiadas por autoridades públicas carentes de formação constitucional.

O criminalista não pode se curvar diante do autoritarismo. Para que isso não aconteça, é fundamental o fortalecimento de toda a classe. A elevação da imagem desse profissional é uma missão árdua e cujo caminho aparentemente é longo. Mesmo assim, não deve os criminalistas serem acometidos pelo ceticismo que tipicamente surge diante das grandes missões. Nesse momento em que vivemos é indispensável coragem para combater o desejo de punir (ou de matar) que permeia o senso comum, este vítima do terror midiático, desprendido de qualquer ética e interessado, exclusivamente, na aquisição de riquezas, independentemente do elevado preço que venhamos – todos – a pagar.

Ao longo dessa jornada, combater a corrupção é tarefa de todos os cidadãos, incluindo-se, portanto, os criminalistas, razão pela qual, todos os profissionais dessa área que tiverem conhecimento da prática de ações ilegais no âmbito do Poder Público, devem procurar as autoridades competentes e denunciar a situação. Jamais deve haver qualquer tipo de omissão.

Esse é o criminalista!



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. O Criminalista. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/35/o-criminalista/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

O Direito Ambiental em linhas gerais

As questões ambientais há algum tempo já são entendidas como uma das mais importantes de nossa época, seja pela relevância apresentada nos assuntos que tratam da necessidade de preservação e proteção do meio ambiente, seja pela necessidade de conservação e gerenciamento dos recursos naturais, que acabam tomando dimensões sociais e econômicas imensuráveis.

As diversas transformações sofridas pela sociedade contemporânea no transcorrer dos tempos acabaram gerando enormes alterações nas relações de produção de bens de consumo, o que denotou uma mudança radical no modo de vida das pessoas, e conseqüentemente acarretou numa interferência significativa no meio ambiente.

O meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, conforme ficou estabelecido na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938/81).

As relações advindas de situações fáticas que envolvam o Meio Ambiente somadas a correta aplicação da legislação ambiental objetivando a proteção ambiental constituem a base do Direito Ambiental. Essa área do direito é muito mais complexa do que imaginamos, tendo em vista que há de se considerar uma série de elementos e fundamentos da interdisciplinaridade que a norteia.

Atualmente pode se dividir o direito ambiental em 3 (três) áreas, quais sejam: a) administrativo, englobando toda a esfera do contencioso com os órgãos ambientais nas três esferas (municipal, estadual e federal); b) cível, através das ações civis públicas, ações populares etc; e a última e mais preocupante para o cidadão, c) criminal, onde encontramos a penalização da pessoa física e também da jurídica através da lei de crimes ambientais (lei 9.605/98).

A legislação ambiental brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo, tendo sua base na Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, caput, que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” e na legislação específica distribuída através de uma imensidade de leis.

As vésperas da semana do meio ambiente é importante pararmos e refletirmos a respeito do que já foi feito, o que está sendo feito e o que poderá ser feito daqui para frente no que diz respeito à problemática ambiental.

A cada dia nos deparamos com novas leis de proteção ao meio ambiente e com problemas a ele relacionados. É necessário que possamos saber lidar com esses problemas sem que tenhamos que infringir as leis. Hoje se fala muito em desenvolvimento sustentável, mas o que realmente é o desenvolvimento de forma sustentável? Como podemos alcançar esse desenvolvimento?

É preciso que tenhamos em nossas condutas do dia a dia cada vez mais a aplicação de procedimentos preventivos, evitando o ocasionamento de danos ao

meio ambiente. Não podemos esperar que o estrago aconteça para depois tentar repará-lo, pois a responsabilização na área ambiental tem acontecido cada vez mais de forma gravosa ao cidadão, seja pela aplicação de multas, seja pela responsabilização criminal, que atinge até os sócios de pessoas jurídicas, fazendo com que o empresário tenha muita cautela no gerenciamento ambiental de sua empresa.



Paolo Alessandro Farris

Advogado, Sócio da DIEHL & FARRIS ADVOCACIA E ASSESSORIA AMBIENTAL

Como citar este Artigo:

FARRIS, Paolo Alessandro. O Direito Ambiental em linhas gerais . **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/21/o-direito-ambiental-em-linhas-gerais-8232/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

O erro médico

Muito se fala em erro médico, quando na verdade pode-se estar cometendo uma injustiça. Há casos em que não há erro do médico em si, mas do próprio hospital e/ou do plano de saúde. Assim, não se trata de culpa exclusiva do médico, mas de toda uma equipe, um hospital, um plano de saúde ou até mesmo das circunstâncias – previstas ou não – de cada caso.

A maioria das pessoas não se atém a isso, mas quando um plano de saúde limita os gastos médico-hospitalares, ocorre uma ilegalidade: para salvar uma vida, um hospital ou um plano de saúde não podem simplesmente negar um tratamento, um remédio ou um exame, por ele ser caro demais, mesmo que isso esteja expresso no contrato, sendo considerada cláusula abusiva.

Contudo, o médico tem o poder-dever de diligenciar da melhor maneira possível. Isso porque pode ocorrer o que se chama de falta de previsibilidade: quando o médico não previu, ou não suspeitou, que determinado problema poderia ser outro que não o diagnosticado como “o mais provável”. Entende-se que seria dever do profissional prever ou suspeitar de seu próprio diagnóstico, averiguando todas as possibilidades sobre aquele caso.

Existem diversas jurisprudências sobre o assunto, muitas das quais relatam que “a ausência de diligência do médico para afastar a possibilidade de (...), já demonstra a imperícia do profissional que, em tese, deveria ter analisado todas as possibilidades com o fito de evitar erro no diagnóstico” (TJAM, AC 2007.003118-5, DJ 01.09.2008).

Há casos em que o diagnóstico feito em hospital foi equivocado e, posteriormente, foi contraposto por diagnóstico feito em clínica particular, desta vez diagnosticando corretamente o problema do paciente.

Infelizmente, muitos desses casos resultam em óbito, o que causa indignação à família da vítima, que culpa o médico por negligência, imprudência e/ou imperícia.

Como dito no início do texto, culpar o médico pode ser um erro, total ou parcial, pois há cada vez mais uma tendência em não se ingressar com a ação judicial contra o médico, mas somente contra o plano de saúde e o hospital – ou seu responsável, o Estado, em caso de hospital público.

Assim, ocorrida a imperícia, imprudência e/ou negligência, havendo ou não falecimento, o paciente – ou sua família – que se sentir lesado pode ingressar em Juízo para pleitear seus direitos, buscando uma indenização por danos morais.

Também pode ser objeto desta ação um pedido de danos estéticos, quando resultou-se em alguma seqüela física, bem como lucros cessantes, no caso de restar seqüelas que impossibilitem ou diminuam a capacidade de trabalho do paciente.

As próprias despesas tidas com o velório e o enterro do paciente que foi a óbito podem ser cobrados nesta ação, bem como todas as despesas que tiveram em

decorrência do ocorrido.

Por último, pode haver ainda um pedido de pensão vitalícia, geralmente quando há a impossibilidade de se trabalhar – por questões físicas ou pelo óbito do paciente –, situação esta em que há o pagamento de uma pensão para o paciente – ou seus familiares – pelo resto de suas vidas.

Frise-se que o hospital tem o dever de fornecer ao paciente – ou sua família, em caso de óbito – toda a documentação pertinente ao tratamento despendido, a fim de que se tenha ciência de qual foi o diagnóstico e qual o tratamento efetuado.

Tendo em vista que trata-se de uma relação de consumo – a do paciente com seu plano de saúde, do hospital e do próprio médico – é aplicável nestes casos o Código de Defesa do Consumidor, onde há a inversão do ônus da prova: em termos práticos, serão os Réus que deverão provar que não agiram com culpa.



George Willian Postai de Souza - OAB/SC 23.789

Advogado, sócio do escritório Souza Postai Advogados Associados. Pós-Graduado Direito Processual Civil e Pós Graduando Direito e Processo do Trabalho. Autor das obras jurídicas “Vícios Redibitórios nos Contratos Imobiliários” e “A Aplicação Prática do Rito Sumário Após o Advento do Rito Sumário”.
george@souzapostai.com.br

Como citar este Artigo:

SOUZA, George Willian Postai de. O erro médico. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/50/o-erro-medico/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

O DIREITO AMBIENTAL E O IDEAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Simone Brümmer (*)

RESUMO

O presente texto analisa a delicada porém indissociável relação entre o desenvolvimento econômico, a busca pela melhoria das condições sociais e a necessidade de preservação ambiental. Para essa análise, foi relevante também o registro da crítica doutrinária ao paradigma do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Desenvolvimento econômico; desenvolvimento sustentável; Intervenção no meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental tem como uma de suas finalidades, dentre outras, a regulação da apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, bem como padrões adequados de saúde e renda.¹

Há basicamente duas correntes doutrinárias que debatem a forma com que o meio ambiente e a economia devem se relacionar: (i) o chamado ambientalismo social ou socioambientalismo e (ii) o preservacionismo ou movimento ambiental tradicional.

A relevância do chamado socioambientalismo e a sua compreensão jurídica é que, efetivamente, ele busca localizar o Ser Humano no centro do Direito Ambiental, o que, em minha opinião, corresponde ao comando do nosso legislador constitucional ao definir o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico.²

Diversamente, para os integrantes do movimento ambientalista tradicional/preservacionista, as populações tradicionais – e os pobres de uma maneira geral – são uma ameaça à conservação ambiental, e as unidades de conservação deveriam ser permanentemente deles protegidas.

O movimento ambientalista tradicional tende a se inspirar e a seguir os modelos de preservação ambiental importados de países de primeiro mundo (...). Longe das pressões sociais típicas de países em desenvolvimento, com populações

¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11.

² Ibidem, p. 12.

pobres e excluídas, o modelo preservacionista tradicional funciona bem em países desenvolvidos, do norte, mas não se sustenta politicamente aqui.³

A simples análise das duas principais correntes doutrinárias sobre preservação ambiental já demonstra a importância do fator social e do fator econômico na relação com o meio ambiente.

Porém, a verdade é que não se pode estudar e implementar o Direito Ambiental sem a consideração de seus aspectos econômicos, bem como de suas implicações sociais, haja vista que ele disciplina e regula, justamente, a manutenção e a preservação dos recursos naturais que serão, em sua maioria, economicamente apropriados para a satisfação das necessidades humanas.

O presente texto analisará a conceituação de desenvolvimento sustentável e os entendimentos doutrinários sobre o tema.

2 A BUSCA PELO IDEAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Homem sempre se utilizou dos recursos naturais para suprir algumas de suas necessidades básicas e, ainda, como matéria prima a ser transformada. Porém, a partir da revolução industrial ocorrida ao final do séc. XIX, verificaram-se profundas mudanças no sistema produtivo que acarretaram o aumento da apropriação de recursos naturais, do consumo e da degradação das condições — tanto sociais como ambientais — de vida.

A partir de então, as sociedades humanas pautadas no desenvolvimento científico e no capital, adotaram um modelo de desenvolvimento baseado no aumento crescente da produção e, conseqüentemente, do consumo, aumentando a pressão na aquisição dos recursos naturais, gerando a degradação ambiental em todas as suas formas.

Com o advento da Revolução Industrial a concepção mecanicista e materialista de natureza se auto realiza. A idéia de progresso torna-se imperante. Todos os recursos naturais passam a ser visto como matéria prima geradora de novos produtos. (...) Paralelamente, uma perigosa e falsa idéia são difundidas, a de que a capacidade da natureza de fornecê-los é desmedida, inesgotável.⁴

³ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural*. apud ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 11.

⁴ SILVA, Odair Vieira da. Sistemas produtivos, desenvolvimento econômico e degradação ambiental. In: *Revista Científica Eletrônica Turismo*. Ano III. Edição Número 5. Junho de 2006. Disponível em: <http://www.revista.inf.br/turismo05/artigos/art05.pdf>. Acesso em: 29.04.2009.

Outrossim, tendo em vista, de um lado, a destruição causada por duas Grandes Guerras na Europa e a necessidade de reerguer os países e as economias que estavam destroçadas e, de outro, a aceleração do processo de industrialização, urbanização e migração da mão de obra do campo para a cidade — especialmente em países sub-desenvolvidos —, verificou-se a partir de 1950 uma fase de intensa busca pelo desenvolvimento econômico, realizado de forma alheia às conseqüências ambientais e desconsiderando-se os limites de exaustão dos recursos ambientais.

A deterioração dos ambientes urbanos e rurais é conseqüência de um modelo de desenvolvimento pautado no crescente aumento da produção, do consumismo, da opulência e do desperdício (...).

A sociedade industrial consolidada na era contemporânea pautada nos avanços técnico-científicos, e na expansão do capitalismo industrial, promove efetivamente uma dissociação entre sociedade e natureza, como resultado, temos o acirramento da degradação do ambiente natural.⁵

Em conseqüência, ZHOURI⁶ afirma que, no último terço do século XX, o desenvolvimento do sistema capitalista de produção atingiu um grau em que a intensa destruição global das condições naturais — em virtude de sua utilização para a produção de mercadorias, bem como para sustentar a vida humana —, levou os países a elaborar programas objetivando a gestão política racional das condições naturais de produção.

No âmbito internacional, conforme visto no item anterior, a ONU teve grande importância no sentido de direcionar, orientar e catalisar os interesses dos países em busca de uma solução que permitisse a continuidade da qualidade de vida no planeta.

Durante a Primeira Reunião do Conselho Administrativo do PNUMA, em Genebra, em 1973, Maurice Strong, diretor executivo desse programa fez referência ao termo *ECODESENVOLVIMENTO* para definir um estilo de desenvolvimento adaptado às áreas rurais do Terceiro Mundo, baseado na utilização dos recursos locais e na sabedoria tradicional, com o objetivo de não comprometer a natureza e satisfazer as necessidades das gerações futuras.⁷

O termo *ecodesenvolvimento* foi posteriormente aproveitado pelo economista IGNACY SACHS de maneira mais abrangente:

Segundo Sachs, o *ecodesenvolvimento* deve ser compreendido como a planificação do desenvolvimento que integra os seguintes aspectos de viabilidade: a) a viabilidade social, através da maior justiça na repartição das riquezas e das rendas; b) a viabilidade econômica, por uma repartição e uma gestão mais eficiente dos recursos bem como por um fluxo regular de investimentos públicos e privados; c) a viabilidade ecológica, considerando a

⁵ SILVA, Odair Vieira da. Op. cit.

⁶ ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). Op. cit., p. 38-39.

⁷ SILVA, Solange Teles da. Op. cit., p. 441-468.

capacidade de suporte do meio, o consumo de combustíveis fósseis e de bens materiais, incentivos às tecnologias limpas e regras para uma adequada proteção do meio ambiente; d) a viabilidade espacial pela manutenção do equilíbrio entre cidade e campo e, a repartição da população e da atividade econômica sob a integralidade do território; e) a viabilidade cultural fundada no respeito às tradições culturais e a pluralidade de soluções para cada ecossistema, assim como para cada cultura e para determinada situação.⁸

A partir de então, as principais declarações internacionais sobre o meio ambiente passaram a considerar a necessidade de que o desenvolvimento econômico fosse realizado com a preocupação de manter a qualidade do meio ambiente.⁹

Relata SILVA¹⁰ que, em 1987, a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, presidida pela Primeira Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, lançou o Relatório *Nosso Futuro Comum* — também denominado *Relatório Brundtland* — como um alerta contra a permanência dos modelos e padrões de produção e consumo. A fórmula enunciada no relatório tornou popular o termo *desenvolvimento sustentável*:

O desenvolvimento sustentável pretende atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos chave: o conceito de 'necessidades', sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe no meio ambiente, impedindo-o de atender as necessidades presentes e futuras.¹¹

Assim, a sustentabilidade ambiental refere-se à manutenção da diversidade e da integridade de todos os seres vivos:

(...) sustentabilidade, do ponto de vista ambiental e para a biodiversidade, refere-se ao conjunto de condições que permitem a mais ampla integridade possível e, portanto, a perenidade dos ecossistemas, das espécies vivas e de suas variedades, garantindo-se suas dinâmicas de funcionamento natural.¹²

DERANI destaca os dois pilares sobre os quais se assenta a teoria do desenvolvimento sustentável: um relativo à composição de valores materiais (proporcionalidade econômica) e outro voltado à coordenação de valores de ordem moral e ética (proporcionalidade axiológica, referente aos diversos valores existentes na

⁸ SILVA, Solange Teles da. Op. cit., p. 441-468.

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 24.

¹⁰ SILVA, Solange Teles da. Op. cit., p. 441-468.

¹¹ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

¹² Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/Caderno%20de%20Debates%209%20internet.pdf>. Acesso em: 25.04.2009.

sociedade).¹³

A repercussão do Relatório Brundtland fez com que a ONU convocasse a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 no Rio de Janeiro.

O início dos anos de 1990 marcou a emergência do conceito de desenvolvimento sustentável como promessa de solução dos graves problemas ambientais.

Desde então, o ideal de administração eficiente dos recursos foi incorporado à pauta desenvolvimentista, apagando possíveis tensões entre o crescimento econômico e meio ambiente. Nessa perspectiva, a superação da chamada crise ambiental passava a contar com o progresso tecnológico para a ampliação da eficiência no aproveitamento dos recursos e no gerenciamento dos riscos.¹⁴

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe a preocupação com a proteção de seus recursos naturais e da sadia qualidade de vida, bem como tentou equacionar sua sempre delicada relação com o desenvolvimento econômico.

SIRVINSKAS explica, com propriedade, o significado da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” constante do art. 225 da Constituição Federal — que nada mais é do que a afirmação da adoção do paradigma do desenvolvimento sustentável — e suas implicações na ordem econômica:

Essa expressão deve ser interpretada conciliando o binômio: desenvolvimento (art. 170, VI, da CF) versus meio ambiente (art. 225, caput, da CF). (...) isto implica dizer que **a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos**, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material. **O equilíbrio ecológico não significa a inalterabilidade das condições naturais.**¹⁵ (grifo nosso)

De fato, a teoria do desenvolvimento sustentável afirma a compatibilidade entre o crescimento, de forma regrada, das atividades econômicas com a proteção severa do meio ambiente.

Neste sentido, CARNEIRO explica que:

(...) para a ideologia do desenvolvimento sustentável, o ‘desenvolvimento’, inexorável como uma lei natural, pode e precisa continuar, mas (e aqui chega-se ao limite da ‘consciência ambientalista’ possível no horizonte da forma mercadoria) só pode continuar se for politicamente compatível com a

¹³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111-112.

¹⁴ ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). Op. cit., p. 61.

¹⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Op. cit., p. 74.

sustentabilidade ecológica e com a justiça social.¹⁶

Segundo RUSSEL, o que a maioria dos defensores do desenvolvimento sustentável preconizam é pouco mais do que um crescimento econômico eqüitativo e preocupado com o meio-ambiente, dificilmente desafiando o pressuposto de que o crescimento econômico é essencialmente benéfico.¹⁷

Enfim, segundo o paradigma do desenvolvimento sustentável, seria possível “conter” relativamente o modo de produção capitalista vigente e reeducar a sociedade, com o objetivo de reduzir e/ou corrigir a degradação ambiental e proteger os recursos naturais ainda existentes, de forma a permitir a continuidade da vida no planeta.

3 A CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Nas últimas décadas, a teoria do desenvolvimento sustentável foi amplamente difundida e repetida — e, de certa forma, banalizada —, que é tida por muitos, especialmente aqueles com menos acesso a informações, como a única e verdadeira forma de salvar o planeta de um futuro colapso ambiental.

Porém, há setores da comunidade especializada em meio ambiente — cientistas, políticos, economistas, juristas — que, talvez por serem mais céticos, talvez mais realistas, não acreditam na fórmula do sustentável desenvolvimento capitalista:

De maneira geral, os novos trabalhos compartilham, de forma mais ou menos explícita, a crítica ao pressuposto, essencial ao paradigma do ‘desenvolvimento sustentável’, de que a lógica estrutural da acumulação capitalista seja compatível com a construção de uma sociedade igualitária e ecologicamente sustentável, bastando, para tanto, que essa lógica seja ‘domada’ por meio de inovações tecnológicas e de políticas que, além de ‘cientificamente corretas’, devem resultar de ‘consensos’ produzidos pela operação de ‘tecnologias sociais’ e pelo ‘processamento institucional’ de conflitos.¹⁸

¹⁶ CARNEIRO, Eder Jurandir. Política Ambiental e a ideologia do desenvolvimento sustentável. In: ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005. p. 41.

¹⁷ RUSSEL, Peter. *Who is kidding Whom? Is Sustainable Development Compatible with Western Civilization?* Disponível em: < <http://www.peterrussell.com/Speaker/Talks/WBA.php> >. Acesso em: 28.04.2009. Tradução livre.

¹⁸ CARNEIRO, Eder Jurandir. Op. cit., p. 66.

Neste sentido, o matemático britânico RUSSEL questiona a compatibilidade do desenvolvimento sustentável com a civilização ocidental e alerta que:

Em seu recente livro, "The Growth Illusion", o economista Richar Douthwaite mostra que uma economia verdadeiramente sustentável exigiria crescimento zero. Ele demonstra como, apesar de todas as suas promessas, nos últimos anos o crescimento tem feito muito pouco para incrementar a qualidade de vida. A promessa de mais empregos foi desmentida pelo desemprego gerado pela crescente eficiência e produtividade das novas tecnologias que a busca pelo crescimento produziram. (...)

Herman Daly, do Banco Mundial, afirma em seu artigo no livro 'A Sociedade Sustentável' que:

'É óbvio que em um mundo finito nada físico pode crescer para sempre. Ainda assim, nossa atual política parecer ter como meta o indefinido aumento da produção material'.

Mas crescimento-zero é uma idéia desconfortável demais para a maioria dos economistas e políticos aceitar. (...)

Aqui, o conflito fundamental. Queremos assegurar o futuro da humanidade, e ao mesmo tempo nós também queremos assegurar o próprio sistema que a está conduzindo para o abismo.¹⁹ (grifo nosso)

Segundo HERCULANO, o "desenvolvimento sustentável" seria apenas um conjunto de medidas paliativas em prol de um capitalismo verde:

Buscando resgatar a funcionalidade capitalista, naturalizada como paradigma único da sociedade moderna, o "desenvolvimento sustentável" abarca os seguintes mecanismos: nova contabilização dos processos produtivos, incorporando externalidades; políticas mais brandas de financiamento; novos indicadores de desenvolvimento que incorporem o bem-estar humano e o equilíbrio ambiental; controle de emissões; parcimônia no manejo dos recursos naturais; controle demográfico; programas de monitoramento ambiental; estímulo à produção do conhecimento sobre o meio ambiente, etc..²⁰

Muitos ambientalistas alegam que a proposta de sustentabilidade foi invertida e reinventada como uma defesa da estratégia de expansão do mercado e do lucro, acabando por propor como solução para a crise ambiental o que em verdade seria a sua causa: o desenvolvimento do sistema capitalista.

HERCULANO sintetiza, então, os dois significados com que atualmente é utilizada a expressão 'desenvolvimento sustentável':

Segundo David Brooks, "desenvolvimento sustentável" pode ter dois sentidos - um radical e outro conservador. No sentido radical, significaria igualdade, justiça social, preservação da diversidade cultural, da autodeterminação e da integridade ecológica. Este seria, a nosso ver, o sentido que lhe dão os

¹⁹ RUSSEL, Peter. Op. cit.

²⁰ HERCULANO, Selene. Desenvolvimento Sustentável: como passar do insuportável ao sofrível. In: *Revista Tempo e Presença*. Rio de Janeiro: CEDI, nº 261, ano 14, jan/fev1992, pp. 12 – 15. Disponível em: <http://www.uff.br/lacta/publicacoes/desenvolvimentosustentavelcomopassar.htm>. Acesso em: 28.04.2009.

ambientalistas do Terceiro Mundo. No sentido conservador, dentro de um marco tradicional da teoria econômica, a expressão seria sinônimo de crescimento sustentável, uma contradição em termos, para o autor.

Assim, nesses termos, a segunda acepção seria ilógica em seus próprios termos, por pressupor a superação da degradação ambiental e humana por meio do crescimento econômico e de políticas de cooperação internacional — as quais apenas reafirmariam o atual modelo de desenvolvimento.²¹ Neste sentido, ZHOURI enfatiza:

O que parece de todo impossível é realizar, na prática, a abstrata contradição nos termos expressa na fórmula de um desenvolvimento capitalista ecologicamente sustentável.²²

Em recente artigo, VEIGA expõe seu entendimento sobre a viabilidade de se firmar, atualmente, um “Green New Deal”:

Por mais simpática que seja, é pouco realista a suposição de que desta crise [ambiental] possa surgir um Green New Deal (GND). Por uma razão muito simples: os *think tanks* das elites políticas dos países centrais e emergentes estão muito longe de qualquer rompimento mental com uma macroeconomia inteiramente centrada no ininterrupto aumento do consumo. (...)

Para que um New Deal pudesse ser realmente verde, seria necessária uma macroeconomia para sustentabilidade que, além de reconhecer que existem sérios limites naturais à expansão das atividades econômicas, rompesse com a lógica social do consumismo. Infelizmente, é forçoso constatar que nada de parecido surgiu até agora. (...)

Os economistas ecológicos tiveram êxito na crítica ao pensamento econômico convencional, no qual coexistem várias teorias que compartilham a mesmíssima visão de um sistema econômico fechado, que não depende da biosfera.²³

Destarte, para os críticos do desenvolvimento sustentável, a única forma “realista” de se alcançar uma “*civilização humana ecologicamente sustentável*” seria a formulação de um novo modo econômico de produção, consciente e conforme a natureza finita dos recursos naturais.

4 CONCLUSÃO

Com a evolução do pensamento ecológico no âmbito nacional e, especialmente, internacional, o processo de criação de normas regulamentadoras da

²¹ HERCULANO, Selene. Op. cit.

²² ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). Op. cit., p. 44.

²³ VEIGA, José Eli da. O que pode ser um Green New Deal?. *Página 22*. São Paulo, n. 30, p. 15, maio/2009.

utilização dos recursos naturais passou a ser caracterizado pela busca da compatibilidade entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

A compreensão do direito ambiental como um conjunto normativo intrinsecamente vinculado à produção econômica permite a visualização mais ampla das finalidades das prescrições normativas que agrupa. **A proteção dos recursos naturais não se esgota na 'vontade' de proteger a natureza, mas objetiva a manutenção de uma prática econômica socialmente desenvolvida.**²⁴ (grifo nosso)

De fato, conforme exposto, são indissociáveis os fatores ambientais, econômicos, sociais, trabalhistas, culturais, etc. Não há como, simplesmente, fazer com que a sociedade, o Poder Público²⁵, as forças produtivas, enfim, todos os atores passem a cuidar mais da natureza, deixem de utilizar recursos naturais, parem de consumir determinados produtos ou então reduzam suas necessidades ao extremo mínimo necessário, e, por outro lado, conseguir manter o *status quo* nas áreas social e econômica. Mais difícil ainda seria obter, nesse quadro, alguma evolução no campo socioeconômico.

Não há dúvida de que a preservação do meio ambiente é uma necessidade iminente, não apenas para a manutenção da qualidade de vida, mas para a própria sobrevivência humana no planeta.

Contudo, em virtude das sérias conseqüências para a economia, para o modo de produção, para as forças de trabalho e para as condições sociais da população, a preservação de alguns bens ambientais não pode ser feita de maneira cega e inflexível.

²⁴ Ibidem., p. 137.

²⁵ "Poder Público é fruto do Estado de Direito, aquele Estado constitucionalmente organizado, respeitador de uma determinada ordem jurídica, que garante um mínimo de previsibilidade aos seus atos e generaliza o campo de ação de todos os cidadãos. É o *modus agendi* deste Estado, uma vez que não há nem pode haver Estado sem poder. (...)

Embora o poder do Estado seja único, o seu exercício se dilui na atividade administrativa, de acordo com suas competências constitucionalmente estabelecidas visando a impedir abuso próprio da concentração do poder. Assim, as atividades legislativa, judiciária e executiva são manifestações de um único poder, o Poder Público. Em suma, quando o art. 225 da Constituição se refere ao dever do Poder Público, está determinando o dever do Estado para a efetivação dos preceitos enunciados nos incisos deste artigo, a qual terá lugar no âmbito de cada poder estatal, segundo competência previamente definida no ordenamento jurídico". (Ibidem, p. 254).

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro, in *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente e legislação ambiental*. 2. ed. São Paulo: IMESP, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONPAM, Fernanda. Ecoideologia prejudica o progresso brasileiro. *Gazeta Mercantil*. São Paulo. Disponível em:
http://www.gazetamercantil.com.br/gazeta/GZM_News.aspx?parms=2107491,813,1,1. Publicado em 03.10.2008. Acesso em: 07.05.2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm . Acesso em: 01.05.2009.
- _____. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934 . Approva o código florestal que com este baixa. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D23793.htm >. Acesso em: 01.05.2009.
- _____. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo código florestal. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771compilado.htm >. Acesso em: 01.05.2009.
- _____. Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6902.htm >. Acesso em: 01.05.2009.
- _____. Lei nº 938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm >. Acesso em: 02.05.2009.
- _____. Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7735.htm>. Acesso em 02.05.2009.

_____. Lei nº 9.605/98. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 03.05.2009.

_____. Lei 9.985/2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 03.05.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Eder Jurandir. Política Ambiental e a ideologia do desenvolvimento sustentável. In: ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

_____. A oligarquização da 'política ambiental' mineira. In: ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

COIMBRA, Ávila. O outro lado do meio ambiente. *apud* SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

Código ambiental de Santa Catarina recebe apoio de outros estados em ato no Oeste. *Jornal A Notícia*. Joinville/SC. Publicado em: 08.05.2009. Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/anoticia/jsp/default.jsp?newsID=a2503591.xml&tab=00085&uf=2>. Acesso em: 10.05.2009.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LAGO, André Aranha Corrêa do. Estocolmo, Rio, Joanesburgo: *O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Ministério do Meio Ambiente. *Caderno de debates*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/Caderno%20de%20Debates>

[%209%20internet.pdf](#). Acesso em: 29.04.2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Organização das Nações Unidas. *Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_quioto.php. Acesso em: 25.04.2009.

_____. 1992. Agenda 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575>. Acesso em: 25.04.2009.

_____. 1992. Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/4069.html>. Acesso em: 25.04.2009.

_____. 1992. Convenção sobre a Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/capa/index.html>. Acesso em: 25.04.2009.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SILVA, Solange Teles da. A ONU e a proteção do meio ambiente. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de (orgs.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Unijuí, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEIGA, José Eli da. O que pode ser um Green New Deal?. *Página 22*. São Paulo, n. 30, p. 15, maio/2009.

ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

(*) SIMONE BRÜMMER é sócia do escritório Brümmer Advocacia Ambiental, em Joinville, e Professora de Direito Processual Civil na FCJ. Especialista em direito ambiental e urbanístico pela Universidade Anhanguera. Especialista Função Social do Direito pela Unisul. Secretária-Geral Comissão Mulher Advogada OAB Joinville.

O INQUÉRITO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Miguel Teixeira Filho
Advogado em Joinville/SC
www.teixeirafilho.com.br

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma breve análise dos requisitos para instauração e processamento do procedimento administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública Indireta.

2. DEFINIÇÕES

O “inquérito administrativo”, na verdade, é um procedimento que se inclui no *processo administrativo disciplinar*, com ele se confundindo.

Na conceituação do administrativista e professor Hely Lopes Meirelles, *processo administrativo disciplinar* é “o meio de apuração e *punição* de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”. (*Curso de Direito Administrativo*, Editora RT, 1998, p. 559).

Cumprе esclarecer que o *processo administrativo disciplinar* não se confunde com *sindicância*, que é apenas um meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator.

É possível ainda dizer que, numa primeira espécie, a *sindicância* caracteriza-se como peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar, ou seja, é meio de apuração prévia.

A *sindicância* dispensa maiores formalidades, de tão sumária que deve ser. Em princípio, não serve de base para aplicação de penalidades. É, por tal razão, até mesmo desnecessária a participação do acusado no procedimento, posto que não visa, em princípio, a aplicação de qualquer medida, a não ser a eventual instauração do processo administrativo disciplinar, ocasião em que, aí sim, se fará necessária a observância de formalidades, como adiante se verá.

O vocábulo “*processo*” induz a existência de uma série de procedimentos, encadeados e ordenados, que resultam numa conclusão.

No caso do processo administrativo disciplinar, que diz respeito a uma relação funcional ou empregatícia, a conclusão que se busca atingir é a verificação da existência ou não de conduta passível de punição disciplinar.

No caso dos servidores da Administração Pública Direta Federal o processo administrativo disciplinar está regulamentado no Estatuto dos

Servidores Federais, baixado pela Lei Federal 8.112, de 11/12/1990, em seus artigos 143 a 182.

Encontramos semelhantes disposições no âmbito da Administração Municipal *Direta* dos Estados e dos Municípios.

No entanto, é de ser observar que as disposições dos Estatutos de Servidores da Administração Direta, em geral, *não se aplicam* para as empresas públicas e sociedades de economia mista das respectivas esferas federativas, o que ocorre, frequentemente, por disposição destes próprios diplomas.

Tal exclusão se explica porque os empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista não mantêm relação funcional com a Administração, mas estão ligados a tais entidades por liame de natureza trabalhista, regido que são pelas normas da Legislação Trabalhista Privada (CLT), consoante expressamente dispõe o art. 173, art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a *sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas*, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, *trabalhistas* e tributários; (grifou-se)

Deste modo, os empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, diferentemente dos servidores da Administração Pública Direta, não dispõem de um estatuto disciplinar, tal qual o contido nos Estatutos de Servidores.

Assim sendo, as empresas públicas e das sociedades de economia mista devem produzir suas normas internas, para disciplinar a apuração de irregularidades de cunho disciplinar.

Saliente-se, no entanto, que para efeitos de aplicação de medidas disciplinares, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, e dado o regime jurídico privatístico que informa a relação laboral, seria despicienda a instauração de processo administrativo disciplinar, para aplicação de qualquer medida, inclusive desligamento, conforme Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs

229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (Súmula 390 TST - ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

De qualquer modo, independentemente da desnecessidade de tais procedimentos, e no caso de não haver disciplina interna a respeito, o mais *recomendável* é que qualquer aplicação de medida disciplinar, ao menos a que importe em desligamento do quadro funcional, seja precedida de prévio procedimento administrativo disciplinar.

E esta recomendação cabe para que não haja risco que o empregado público, mesmo sabendo-se não detentor da estabilidade empregatícia, típica do funcionário estatutário, venha ficar ao sabor de desligamento do quadro laboral em decorrência de eventuais perseguições pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário, como bem adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo* (Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 205).

Ou seja, bem fará o administrador que, por meio dos mecanismos estatutários próprios, promova o estabelecimento, no âmbito da empresa pública e da sociedade de economia mista, das referidas regras, que disciplinariam as hipóteses e os casos em que caberia a instauração do processo administrativo disciplinar, bem como seu procedimento.

E, uma vez adotado este caminho, para que a opção tenha razão de ser, impõe-se que sejam observados determinados princípios.

3. DOS PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Como é óbvio, na elaboração das normas procedimentais para o processo administrativo disciplinar devem ser observados os mandamentos do ordenamento jurídico vigente, especialmente os princípios constitucionais.

Em outras palavras:

Quem elaborar tais normas não pode ignorar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, apesar de submetidas ao regime jurídico das empresas privadas, no campo trabalhista, por força das disposições constitucionais sofrem influxos do direito público, dada a sua natureza mista.

Assim é necessário que os princípios constitucionais, que regem a ação da administração pública em geral e especialmente aqueles voltados para a atividade sancionadora, sejam rigorosamente observados.

Dentre estes princípios, destacam-se:

3.1 Princípio da *ampla defesa e contraditório*,

O princípio da ampla defesa e contraditório consta como garantia pétrea no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Segundo este princípio, deve ser assegurado, no processo, a ampla produção de prova e contraposição a todas as acusações lançadas contra o acusado.

Vale dizer, exemplificativamente, o processado tem o direito de saber que tipo de acusação pesa contra si; tem o direito de se defender, de acompanhar toda a apuração, inclusive dos depoimentos; direito de apresentar suas provas e de conhecer as provas que estão sendo produzidas contra si;

3.2 princípio da *acessibilidade aos elementos do processo*.

O interessado deve ter acesso a toda a documentação, dela podendo requerer cópia parcial ou completa; (art. 5º, XXIV, b, da Constituição Federal);

3.3 princípio da *gratuidade*.

Por tal princípio, em nada o procedimento administrativo disciplinar pode implicar ônus para o administrativo. Por exemplo, nada pode lhe ser cobrado para interpor recursos, obter cópia de documentos etc; (art. 5º, XXIV, b, da Constituição Federal);

3.4 direito a ser *assessorado e representado*.

O administrado tem o direito de ser assessorado e representado por advogado, em todas as fases do procedimento, comprovando-se mediante procuração (art. 5º, Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB);

3.5 princípio da *equivalência ou superioridade funcional*:

O processo disciplinar deve ser conduzido por comissão composta de servidores ou empregados públicos estáveis designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente.

Os membros da Comissão devem ser ocupantes de cargo superior ou de mesmo nível ao do processado, para não ocorrer ofensa ao princípio da equivalência de cargos e ao da competência de autoridade processante.

É o que deflui do art. 5º, LIII, Constituição Feder al.

3.6 princípio da vedação ao juízo de exceção (*garantia do juízo natural*)

O art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal diz que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Juízo ou tribunal de exceção são aqueles constituídos *ex post facto* ou *ad personam*, ou seja, depois de constituído o fato ou exclusivamente para processar determinada pessoa.

Salvo hipóteses constitucionalmente previstas, ninguém pode ser processado e julgado por juízo ou tribunal constituído depois de ocorrido o fato ou constituído exclusivamente para sua pessoa.

Este princípio se aplica tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo disciplinar (NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Editora RT, 2ª edição, 1995, p. 64)).

Assim sendo, é proibido que se instaurem Comissões de Inquérito ou Comissões de Processos Disciplinares *depois de ocorrido o fato* e para processar *apenas determinado fato*.

Vale dizer, a Administração deve instituir Comissões de Inquérito ou Comissões de Processos Disciplinares de forma permanente, observando-se o prazo de mandato de seus membros, que não poderão ser substituídos casuisticamente.

Segundo ensina o professor MARCUS VINICIUS CORRÊA BITTENCOURT “a determinação prévia dos servidores que poderão compor a Comissão de inquérito administrativo garante a imparcialidade do processamento do feito, bem como a independência do juízo em relação às partes envolvidas, para se alcançar um julgamento objetivo e sem qualquer prejulgamento” (*Considerações sobre o processo administrativo disciplinar*. Artigo, in <http://www.escriptorioonline.com>)

No mesmo sentido é o entendimento de ROMEU BACELLAR FILHO para quem, “a comissão deve ser permanente, para evitar que o administrador, ao seu talante, selecione os membros integrantes com o intuito preconcebido de absolver ou punir” (BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.88.)

Esta orientação tem sido adotada pelo Judiciário, conforme se vê da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUÍZO DESIGNADO. DISTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

I – Segundo o Princípio do Juiz Natural, não pode um tribunal ou um juízo ser criado ou designado para o julgamento de um caso concreto (art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Lex Fundamental).

II – A inobservância do critério normativo de distribuição aleatória ofende o princípio do juiz natural, tornando nulo todos os atos praticados após a designação do juízo.

Habeas Corpus concedido, para anular o processo ab initio, incluindo a denúncia.

(HC 12403/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07.08.2001, DJ 10.09.2001 p. 402)

Em resumo, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, quando existentes, as Comissões de Inquérito ou Comissões de Processo Administrativo Disciplinar deverão ser nomeada de *forma permanente*, por meio de Portaria assinada pela Direção, devidamente publicada na imprensa oficial (para se atender ao princípio da publicidade), com mandato pré-fixado, sendo que seus membros somente serão substituídos em caso de desligamento da empresa ou motivo de força maior, devidamente justificado.

Deverá se atentar ainda ao princípio da equivalência ou superioridade funcional, como acima explicitado.

4. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar deve ser dividido três fases, a instauração, o inquérito administrativo dividido em *instrução, defesa e relatório*, e o julgamento.

Se a Autoridade Administrativa não tiver elementos suficientes para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, quer por dúvidas quanto a autoria do fato ou por quanto a irregularidade ou não no serviço público procederá à *sindicância*, que de toda forma estará inclusa nos autos do processo administrativo disciplinar.

Para melhor compreensão, explicitamos uma a uma as fases:

4.1 Instauração

Ocorre com a publicação do ato que constitui a comissão que vai julgar o indigitado servidor. É de suma importância que a peça de início determine de forma clara e precisa o objeto da lide de forma a possibilitar a justificação plena do apontado;

4.2 Inquérito Administrativo

É dividido em três sub-fases: Instrução, Defesa e Relatório.

4.2.1 Instrução

Na instrução são apurados de forma precisa os fatos que deram origem ao Processo Administrativo Disciplinar. A Autoridade Administrativa tem nesta sub-fase do processo a oportunidade de produzir as provas de acusação;

4.2.2 Defesa

Garantida de forma expressa na nossa Constituição como princípio que deve reger todos os processos, quer em área federal, quer em área administrativa (CF/88, art. 5º, LV), como já foi ressaltado, o *devido processo legal* também deve ser seguido, sob pena de anulação do ato;

4.2.3. Relatório

É a apreciação célere e sucinta do que ocorreu no processo, não carrega efeito vinculativo para a Administração Pública, que pode não seguir as conclusões da comissão processante, desde que informe os motivos que levaram a tomar decisão divergente;

4.4 Julgamento

Com a decisão da Autoridade Administrativa acerca do objeto da lide em questão. Sobre dita fase é vinculativa devendo se basear em elementos probatórios existentes, necessariamente, no processo administrativo disciplinar (acusação ou defesa e provas).

Independentemente do resultado, em se tratando de empresa pública ou sociedade de economia mista, cópia do processo administrativo deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas respectivo. E se o ilícito hipoteticamente praticado pelo servidor configurar crime será enviada cópia dos autos ao representante do Ministério Público.

5. CONCLUSÃO

Por último deve se lembrar, como bem aponta MARCUS VINICIUS CORRÊA BITTENCOURT (obra já citada) que o fim do procedimento administrativo disciplinar não é a punição, e sim permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração Pública, esclarecimentos de fatos e, *eventualmente*, a aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente.

Os crimes contra o meio ambiente

A preocupação com a proteção do meio ambiente não é matéria recente, não se restringindo aos séculos que seguiram a Revolução Industrial, pois desde o descobrimento do Brasil em 1500, já vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, onde já existiam disposições ambientais demonstrando preocupação nas questões relativas a devastação do meio ambiente, mais precisamente deliberando acerca da proibição do corte de árvores frutíferas, cujo descumprimento, inclusive, caracterizava crime de injúria ao rei.

A lei dos crimes contra o meio ambiente surgiu no ano de 1998, ou seja, dez anos após a edição da Constituição da República de 1988, que previu como um de seus direitos fundamentais a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A respeito de sua esfera de abrangência, destacamos que referido diploma legal não engloba apenas dispositivos de ordem penal, pois possui também dispositivos de ordem administrativa, civil, processual penal e, ainda, trata da cooperação internacional para preservação ambiental.

Referida lei foi responsável pela introdução de inovações marcantes em nosso ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo, a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a valorização da intervenção da Administração Pública, através de autorizações, licenças e permissões.

Passando a análise do teor das penas arroladas aos ilícitos ambientais, concluímos que a maioria delas não ultrapassa a pena máxima superior a quatro anos, o que acarreta a substituição por penas restritivas de direito, as quais se apresentam em nosso sistema penal da seguinte forma: prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar.

Além deste direito de substituição de pena concernente ao réu condenado, existe ainda a possibilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para os casos dos delitos de menor potencial ofensivo, entendidos como aqueles em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

A transação penal ora aludida refere-se a uma proposta formulada pelo representante do Ministério Público de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes do oferecimento da respectiva denúncia acerca do ilícito penal cometido. A suspensão condicional do processo tem cabimento nos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, visando evitar a instrução judicial e o julgamento da ação penal após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

É importante frisarmos que a extinção da punibilidade nos casos de transação penal e de suspensão condicional do processo está condicionada a reparação do dano, e ao cumprimento das condicionantes impostas a cada um dos institutos acima transcritos.



Juliana Ferreira de Moraes Farris

Advogada especialista em direito penal e processual penal, sócia da DIEHL & FARRIS Advocacia e Assessoria Ambiental.

Como citar este Artigo:

FARRIS, Juliana Ferreira de Moraes. Os crimes contra o meio ambiente. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/22/os-crimes-contra-o-meio-ambiente/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Pós-inquisitorialismo e a (in)conveniente presença do réu em audiência

1. Introdução. É urgente a necessidade de se dar interpretação constitucional substancialista ao art. 217, do Código de Processo Penal, garantindo-se um sistema processual penal acusatório 1, pois o pós-inquisitorialismo está se enraizando com maior força na praxe forense, impedindo a efetiva constitucionalização do processo penal brasileiro.

Em tempos de pânico social, tornou-se regra – inconstitucional – no processo penal impedir o acusado de participar pessoalmente da produção da prova testemunhal, mormente em casos relacionados a crimes violentos, sob o fundamento de que a sua simples presença na sala de audiência poderá influir no ânimo da testemunha, de modo a prejudicar a verdade do depoimento. Segundo os seguidores dessa corrente, “o direito de presença do acusado na sala de audiência não é absoluto e a lei, ela mesma, confere ao Juiz, em obséquio primariamente do conhecimento da verdade real, o poder-dever de fazer retirar o réu sempre que pela sua atitude possa influir no ânimo da testemunha” 2. Porém, tal postura não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito.

2. A Constituição, o Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa. Inicialmente, cumpre destacar que a simples previsão legal de retirada do réu da sala de audiências não autoriza a violação ao texto constitucional. Por isso, não prospera o argumento de que, havendo tal previsão no Código de Processo Penal, ausente estará qualquer nulidade processual. Desde Kelsen, todos sabem que a Constituição é o topo do ordenamento jurídico e que as leis infraconstitucionais – para existirem como tal – devem estar em estrita consonância com ela. A partir daí, é fundamental se ter uma concepção constitucional garantista para que o processo penal não seja instrumento de políticas inquisitoriais. Com isso se quer dizer que as regras previstas no Código de Processo Penal devem ser interpretadas à luz da Constituição da República. Com efeito, Alexandre Morais da ROSA afirma acertadamente que “a norma somente é válida se, argumentada no contexto Constitucional, for compatível materialmente, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido” 3.

Em um Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º), o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) exige que sejam assegurados aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa (CR, art. 5º, LV). Em respeito a todas essas normas constitucionais é indispensável que ao acusado seja permitido o acompanhamento do processo penal, inclusive, em relação a produção das provas. Segundo Antônio Scarance FERNANDES, “a presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa” 4. Em caso de descumprimento dessa norma constitucional, o sistema processual penal acusatório encartado na Constituição acaba desconsiderado e os pós-inquisitorialistas acabam por convalidar – via fórceps – um sistema processual penal inquisitório, ou, melhor dizendo, pós-inquisitório.

3. A (im)possibilidade de retirada do réu da sala de audiências. Segundo o

art. 217, do Código de Processo Penal, “se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”. Sabe-se que o Código de Processo Penal brasileiro foi consubstanciado no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, cuja matriz principiológica está sustentada sobre o sistema processual penal inquisitório, onde o julgador, apesar de separado (fisicamente) 5 da figura do acusador – e isso não torna o nosso sistema processual penal muito diferente daquele adotado no ancien regime com as *Ordonnance criminelle* (1670), de Luís XIV –, é o gestor da prova. Ocorre que o momento que estamos vivendo no país (cunhado pela cultura do medo) está levando inúmeros magistrados a adotar uma postura que denominamos de pós-inquisitorialismo, ou seja, uma ampliação do inquisitorialismo, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 que estabelece um sistema processual penal acusatório. No pós-inquisitorialismo as decisões sequer respeitam os ditames da lei processual penal inquisitorialista. Quer dizer: nem mesmo o Código de Processo Penal (de matriz inquisitorial) é respeitado pelo “movimento pós-inquisitorialista”.

Assim é que o Código de Processo Penal jamais autorizou a prática que está arraigada em inúmeros foros do país. O que se tem visto na prática forense é uma atitude lamentável por parte de muitos magistrados que, antes mesmo de qualquer manifestação da testemunha, indagam se a presença do réu na sala de audiência causará algum constrangimento.

As justificativas para a adoção desse expediente, normalmente, giram em torno do “receio de represálias futuras”, do “constrangimento da lembrança” (esta muito usada em crimes contra a liberdade sexual), do “visível receio da testemunha” etc. Sobre as justificativas, é possível afirmar que não será a retirada do réu da sala de audiências a solução para o problema. Por exemplo, se a testemunha souber que ao réu poderá ser concedida uma cópia do seu depoimento – e isso não lhe pode ser negado! – o “receio de represálias futuras” não será afastado. Vale frisar que, se a testemunha não for informada a respeito da possibilidade de o réu ter acesso ao conteúdo do seu depoimento, estar-se-á agindo sem ética processual, eis que estará ela sendo iludida quanto ao sigilo do seu depoimento em relação ao réu. A respeito do “constrangimento da lembrança”, muito invocado em casos de crimes contra a liberdade sexual, igualmente vale lembrar que o trauma causado pela violência sexual acompanhará a vítima, provavelmente, por toda a sua vida, de modo que a ausência do réu na sala de audiência não terá qualquer efeito profilático ou terapêutico. Por fim, o “visível receio da testemunha” deve ser fruto de alguma atitude ameaçadora concretamente praticada pelo réu, conforme determina o art. 217, do Código de Processo Penal.

A providência que vem sendo adotada não é correta – sob o prisma de um processo penal embebido nas garantias previstas na Constituição – porque, na maioria dos casos, as testemunhas ao serem indagadas sobre a conveniência da retirada do réu da sala de audiências responderão “sim”. É altamente presumível que estar em juízo para prestar depoimento na condição de testemunha seja causa de constrangimento. É algo inerente à situação.

Sobre o procedimento adotado pelos pós-inquisitorialistas, deve-se alertar para a redação do art. 217, do Código de Processo Penal, que prevê a hipótese de retirada do réu da sala de audiência, ou seja, o réu deve, primeiramente, estar presente no recinto para, após, ser retirado. Tal forma de proceder é fundamental para que o acusado possa, ao menos, participar da decisão e compreender as razões da sua retirada da sala de audiências, e, dessa forma, não ficar desconfiado, imaginando uma série de circunstâncias, como, por exemplo, perseguição do julgador, debilidade técnica do defensor etc. Em segundo lugar, é necessário atentar para o que diz a lei processual penal: somente quando o réu tiver alguma atitude capaz de influir no ânimo da testemunha é que caberá ao juiz indagar a testemunha se quer prosseguir na produção da prova com a presença do acusado. Ao contrário do que defende importante parcela da doutrina processual penal⁶, jamais a simples presença do réu pode ser presumida como fato que influenciará o ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento.

O Código de Processo Penal não prevê a possibilidade de retirada do réu da sala de audiências em razão do simples constrangimento. A lei processual exige mais. Para incidir o comando previsto no art. 217, do CPP, é necessário que o réu tenha alguma atitude capaz de prejudicar a verdade do depoimento. Se nada disso aconteceu, a produção de prova testemunhal sem a presença do réu, além de ferir o art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, afronta o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República. Segundo o escólio doutrinário, “inválida é, ainda a prova produzida sem a presença das partes. Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas”⁷.

A forma é garantia de direito! “Máxime no juízo criminal, a observância da forma é de rigor, pois estão em jogo interesses de sumo relevo, dentre os quais sobressai o da liberdade do indivíduo”⁸. Segundo TOURINHO FILHO, “o processo para ser válido precisa estar conforme aos preceitos legais. Se houver inobservância de preceitos da lei processual penal, de molde a produzir a inidoneidade da relação processual ou do procedimento, surgirá a nulidade”⁹. Nos casos de retirada injustificada do réu da sala de audiências a sua desvalorização jurídica resta evidente, uma vez que, mesmo sem ter qualquer atitude capaz de prejudicar o depoimento das testemunhas, a ele é negado o direito de presenciar o ato processual. Dessarte, na condição de sujeito passivo da relação processual, ficou desprestigiado em relação ao tratamento dado à acusação. Com efeito, “o processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente”¹⁰.

E não se alegue que o acusado estará devidamente representado na audiência pelo seu defensor. Muito embora o advogado esteja presente na

sala de audiências durante a inquirição das testemunhas, a ausência do réu é fator altamente prejudicial à sua defesa, porque, seguramente, teria ele o interesse de formular (re)perguntas indispensáveis à concretização da sua defesa e, quiçá, o afastamento da responsabilidade penal.

Não se pode olvidar que há, na hipótese em estudo, presunção constitucional de prejuízo à defesa, não sendo exigível do réu a comprovação de prejuízo, ante o fato de, em muitos casos, tratar-se de prova impossível 11. Afasta-se, assim, a incidência do brocardo *pas de nullité sans grief*, constantemente invocado pelo senso comum teórico dos juristas para retoricamente colocar as inconstitucionalidades debaixo do tapete. O caso é de nulidade absoluta, em face da flagrante inconstitucionalidade.

4. O mito da “verdade real” como justificativa do pós-inquisitorialismo. Os pós-inquisitorialistas defendem a retirada do réu da sala de audiências sempre que pela sua atitude possa influir no ânimo da testemunha, em “obséquio primariamente do conhecimento da verdade real”. Neste ponto, colhe-se das lições de Francesco CARNELUTTI, que “a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. [...] Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós” 12. A partir desse desvelar é possível afirmar categoricamente que o julgador – assim como qualquer outro ator jurídico – jamais chegará à verdade primeva ou fundante no âmbito da linguagem e, principalmente, no âmbito da prova processual. É possível concluir, portanto, que a mitológica “verdade real”, difundida nos manuais mais consumidos de processo penal no Brasil e ilusoriamente buscada por meio do processo, jamais será atingida, de modo que a presença do réu no recinto onde se faz a inquirição das testemunhas não alterará essa realidade. Em outras palavras, com ou sem o réu na sala de audiências, não é possível se chegar a “a verdade real”, mas, tão-somente, a “uma verdade”, que não é verdade, pois, “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. Estamos convencidos que, ao invés da verdade, o juiz pode chegar apenas próximo de uma versão mais verossímil do fato punível. Entretanto, privando-se o réu de exercer o seu direito de defesa da forma como vem sendo feita, para reforçar esse juízo de verossimilhança – inquisitorial, na maioria das vezes, diga-se de passagem – o juiz passa a atuar como um “cineasta” ou um “cinegrafista”, conforme denunciado por Guilherme Roman BORGES: “se o processo era um jogo em 1950 para Piero Calamandrei, em tempos modernos certamente ele diria que o processo é um filme, que o juiz dirige, escreve o roteiro, faz seu olhar girar numa panorâmica, aproxima a sua objetiva dos fatos, corta e reinicia perícias, trabalha com tempos, prazos e espaços, dá o ritmo narrativo da conclusão que deseja violentar ao final com o seu dispositivo, ou pior ainda, é muitas vezes o protagonista, que expõe de modo dramático, mas técnico-legal, a montagem incontrolável de seus planos, a satisfação incontrolável de seu ego, e a sua desvairada subjetividade em busca do riso ou da lágrima dos expectadores” 13.

5. Conclusão. A condenação penal para ser justa e legítima depende da garantia ao devido processo legal, com contraditório e ampla defesa.

Assim, outra solução não há senão a decretação da nulidade processual quando a prova testemunhal é produzida sem a presença do réu, ressalvados os casos em que efetivamente há atitude ameaçadora por parte deste, conforme preconiza o art. 217, do Código de Processo Penal. O medo nosso de cada dia – que nos embrutece – não pode servir de justificativa para a violação da Constituição da República.

A partir daí, tudo é retórica em prol do pós-inquisitorialismo.

Referências:

- 1 Sobre a idéia de sistemas processuais penais, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. a. 30. n. 30. p. 163, maio/1998.
- 2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n. 41.233/SP. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. j. 30 jun. 2005. Diário da Justiça de 06 fev. 2006. p. 346. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus n. 46.291/PE. Relator: Min. Gilson Dipp. J. 03 nov. 2005. Diário da Justiça de 21 nov. 2005. p. 270.
- 3 ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.
- 4 FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 82.
- 5 “È falso che mètodo inquisitòrio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopoli dell’azione spetta agli hommes du roi (“les procès seront poursuivis à la diligence et sous lê nom de nos procureurs: Tit. III, art. 8)”. CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986. p. 47.
- 6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 570.
- 7 GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. As nulidades no processo penal. 6. ed. São Paulo: RT. 1997, p. 121-122.
- 8 NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 1981, p. 335.
- 9 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 5. ed. Bauru: Jalovi. 1979, v. III. p. 119.
- 10 LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 40.
- 11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.142/SP; Recurso em Habeas Corpus n. 85.443/SP; e Habeas Corpus n. 84.834/SP.

12 CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certeza. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1965, v. XX. P. 4-9.

13 BORGES, Guilherme Roman. O direito em 24 quadros-por-segundo: o processo constituído em fotogramas. O Estado do Paraná. Curitiba, 24 jul. 2005, Direito e Justiça, p. 5.

2.



Leandro Gornicki Nunes - OAB/SC 13.825

Advogado e professor de Direito da Faculdade de Direito de Joinville e da Universidade da Região de Joinville - Univille

Como citar este Artigo:

NUNES, Leandro Gornicki. Pós-inquisitorialismo e a (in)conveniente presença do réu em audiência. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/34/pos-inquisitorialismo-e-a-in-conveniente-presenca-do-reu-em-audiencia/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

PRISÃO CAUTELAR – MODALIDADE PREVENTIVA – ASPECTOS RELEVANTES

EDEMILSON MENDES DA SILVA

OAB/SC 24.541 – Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina em parceria com a Rede de ensino Luiz Flávio Gomes; Pós-Graduando em Direito Socioambiental pela PUC/PR. edemilson@martinelli.adv.br; silva.edemilsonmendes@gmail.com

A Carta da Republica de 1988, consagra a escolha de um estado de direito, sendo que, o conceito material traz como alicerce a garantia dos direitos individuais naturais, ou seja, a fonte de toda ordem jurídica, assim o valor supremo desta sociedade é a liberdade, sendo o cárcere a exceção.

A prisão cautelar¹, medida odiosa tem como desiderato resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando a individuo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível aplicação da lei penal.

Todavia, para que esta possa ser decretada é necessário que estejam presentes os pressupostos capazes de tornar legitima tal medida, pois como bem se sabe, a regra é a liberdade, a prisão é exceção.

Assim, só é cabível a decretação da preventiva em crimes dolosos, punidos com reclusão. Quanto aos punidos com detenção, em que pese estarem previstos no inciso II, do art. 313, do CPP, Guilherme de Souza Nucci² esclarece que sendo eles considerados menos graves do que os apenados com reclusão, indica a lei que não cabe é admissível a decretação da prisão preventiva, nestes casos, até porque as penas a eles impostas serão brandas, passíveis de substituição por penas alternativas, tornando eventual segregação cautelar uma medida excessiva.

¹ São espécies de prisão provisória: prisão preventiva, temporária e decorrente de flagrante. As prisões provisórias decorrentes de sentença de pronúncia ou sentença condenatória recorrível devem ser fundamentadas, ou seja, só serão decretadas se houverem motivos que autorizem a prisão preventiva. GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa Maria. **Presunção de inocência e dignidade humana como limitadores da prisão cautelar.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de março de 2009.

² **Código de processo penal.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 616.

É bem verdade que, nos termos, do inciso II do art. 313 do CPP, a fim de que seja admitida a decretação da prisão preventiva, este "leva em conta a personalidade do agente"³ reunindo à prática de crime doloso punido com detenção, a condição de vadio do indiciado ou o fato de este não fornecer dados que dirimam dúvidas sobre sua verdadeira identidade.

Por sua vez, não se pode esquecer que, diante do princípio constitucional da não culpabilidade (presunção de inocência -"Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"), bem como do disposto no artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica ("Artigo 8º, 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."), a prisão não é mais considerada um efeito automático da sentença condenatória ou da pronúncia⁴.

A demais a moderna posição do direito processual penal traz como pressuposto para a decretação e manutenção da prisão cautelar o *periculum libertatis*, ou seja, é necessário que haja um perigo na liberdade do Imputado a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Neste caso, deve restar provado que há perigo social se o Imputado permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo, e, ainda, que há provas do cometimento do delito.

Demais disso, será necessária a presença do *fumus comissi delicti*, traduzido na fumaça do cometimento de delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o Imputado, ou ainda para declarar extinta a punibilidade. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito. Direito por si só, já é bom, incluindo aqui o conceito de direito justo.

Em outras palavras, para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o Imputado cometido o delito doloso punido com reclusão, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a liberdade realmente representa ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento do caso penal, que lhe é movido, ou à fatura e eventual execução penal.

³ NORONHA, 2002, p. 226.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa Maria. **Presunção de inocência e dignidade humana como limitadores da prisão cautelar**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de março de 2009.

Como já dissemos a prisão cautelar é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados ou processados (CF, art.93, X e art. 5º, XLVI), demonstrando de forma concreta a necessidade da cautelar pessoal.

Nesse sentido, observe-se o trecho da ementa do HC no 74.666, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] A privação cautelar da liberdade individual – por revestir-se de caráter excepcional – somente deve ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciam, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. [...] (DJ de 11.10.2002)

Da mesma forma, vale ressaltar os argumentos apresentados pelo Min. Gilmar Mendes, nos autos da Medida Cautelar em HC 95.009-4/SP, onde se registrou que o provimento cautelar vincula-se à demonstração prévia de seus pressupostos, quais sejam, a plausibilidade do direito subjetivo invocado e a urgência da pretensão cautelar.

E, continua, abre-se, portanto, a esta Corte, a via para o deferimento da medida liminar reparadora do estado de constrangimento ilegal causado pelas decisões das instâncias inferiores, ainda que essas tenham sido proferidas monocraticamente (não conhecimento da causa ou indeferimento de liminar, casos em que se possibilita o afastamento da Súmula nº 691 do STF). Grifei

No que toca à conveniência da instrução criminal, o supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidiu no sentido de não poder o decreto de prisão preventiva se basear em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado, que comprovem atitudes contrárias aos interesses da instrução.

Para Luiz Flavio Gomes⁵ a específica adoção de uma medida cautelar, sobretudo pessoal, devem primordialmente ser analisados em cada caso concreto: (a) as conseqüências jurídicas esperadas, isto é, a gravidade da pena ou medida esperada, a natureza da ação penal, possíveis causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade etc.; (b) a importância da causa (*bedeutsam der Sache*), é dizer, a gravidade dos fatos, o interesse público no êxito do processo e o perigo de reiteração de fatos análogos; (c) o grau da imputação (de certeza sobre o resultado) e, por conseguinte, (d) o êxito previsível da medida.

De outro lado, não se pode esquecer que o direito de liberdade é inarredável, e nas palavras de Luiz Flavio Gomes⁶, configura um dos mais sagrados direitos fundamentais. Só pode ser atingido, assim, em casos extremos, de absoluta necessidade, é dizer, quando há sério e fundamentado risco para a sociedade. A prisão preventiva, justamente porque afeta esse direito fundamental, só tem pertinência em casos absolutamente anormais, excepcionais, ressaltando-se os crimes violentos.

E, continua o autor, assim, o magistrado terá de ponderar particularmente os seguintes interesses do cidadão: (a) a preservação do *ius libertatis*; (b) os inafastáveis prejuízos que a medida proporciona (para a saúde, para a vida familiar, profissional e social); (c) o respeito aos seus direitos fundamentais (separação prisional, processo rápido e seguro, além de justo – "fair trial" – etc.).

Isto porque são seríssimos os prejuízos que toda prisão (primordialmente a ante tempus) lhe causa: risco de aids (quase um terço da população carcerária é portadora do vírus respectivo), graves prejuízos físicos e psíquicos, risco de rompimento familiar, de estrangulamento profissional, de rejeição social. Não se pode imaginar, ademais, que no nosso país haja presídios decentes, ainda quando "especiais". E os processos são, em geral, morosos⁷.

Por isso para a decretação da prisão preventiva o magistrado terá que demonstrar de forma concreta que estão presentes os requisitos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

⁵ **Critérios para a aferição da razoabilidade da prisão preventiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7769>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

⁶ **Idem.**

⁷ **Idem.**

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) do art. 312, do Código de Processo Penal.

De antemão cabe adiantar que somente tutelam o processo de conhecimento os requisitos que versam sobre a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, pois os demais como será demonstrado são requisitos indeterminados, ou seja, vagos que por isso mesmo ofendem o princípio da taxatividade.

a) Garantia da ordem pública

Helena Klautau Moreira⁸ citando Fauzi Hassan Choukr assevera que são utilizados como fundamentos da prisão preventiva para garantia da ordem pública: a “confiança” na justiça; a mera repetição da fórmula legal; a lei penal; a periculosidade do agente; o clamor público e a mídia; e a segurança do acusado. Destacamos que todos os conceitos formulados nada têm a ver com a finalidade cautelar da prisão preventiva.

Em verdade a expressão “garantia da ordem pública” é genérica, prestando-se a diversas interpretações, razão pela qual permite ao Estado decretar a prisão preventiva nos mais variados casos. O que por sua vez, afronta em muito o princípio da legalidade estrita, isto porque não tem espaço na lei penal termos vagos ou abertos ante o princípio da taxatividade da lei penal.

Com efeito, o rol do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, que como norma processual penal deveria ser taxativo, acaba comportando inúmeros significados não contemplados na lei, permitindo prisões arbitrárias que desrespeitam os direitos e as garantias fundamentais.

Mais uma vez Helena Klautau Moreira⁹ aduz que após um estudo do conceito de garantia da ordem pública, em que comparou doutrina e jurisprudência, identificou “um cenário marcado pelo profundo descompasso entre o Código de Processo Penal e a CR e a CADH”, assim arrimada na lição de Fauzi Hassan Choukr, acaba concluindo que:

⁸ **A problemática da prisão preventiva fundamentada na garantia da Ordem Pública.** Artigo publicado na Revista *Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28605>>. Acesso em 26.03.2009.

⁹ **Idem.**

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor arbitrário do julgador (vez que inexitem parâmetros) no caso concreto entender o que é ou não ordem pública. A ausência de parâmetro faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.

Ademais boa parte da jurisprudência com certa freqüência, utiliza-se da falácia da ordem pública para justificar a prisão preventiva, sendo que não rara as vezes tais decisões tem sua justificativa assentada na periculosidade do réu , o qual, em liberdade, poderá voltar a delinquir, perturbando a paz e a tranquilidade social.

O que é inadmissível, pois afronta duplamente a Carta da República, porque, além de se presumir que o imputado realmente cometeu um delito, presume-se também que ele, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.

b) Garantia da ordem econômica

Este requisito garantia da ordem econômica (de conteúdo indeterminado) deveria ser suprimido da legislação processual penal, exigindo-se a existência de fundadas (concretas) razões de que o indiciado ou Imputado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira considerada grave, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa¹⁰.

Segundo a lição de Eros Roberto Grau, a ordem econômica, prevista no Título VII da Constituição de 1988, tem uma função mais topográfica (indicar onde estão os dispositivos pertinentes à matéria) que material (definir o que vem a ser "ordem econômica").

Da mesma forma torna-se extremamente difícil entender quais seriam os limites que poderiam ensejar a decretação da prisão preventiva nos termos do que

¹⁰ GOMES, Luiz Flavio. **A prisão preventiva e as medidas cautelares na ação penal.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 26.03.2009.

singelamente dispõe o art. 312 do Código Processual Penal, no que tange a ordem econômica.

Por sua vez, isso acarreta um problema de imensas proporções se considerarmos a sistemática constitucional, vigente, ou seja, sendo a liberdade é a regra na Carta da República de 1988, à liberdade só pode ser admitida em casos excepcionais, quando não houverem outras alternativas para a manutenção da vida social.

Neste contexto, o art. 5º, LIV, da Carta da República, assevera que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Com efeito, devemos entender que a regra é que alguém somente possa sofrer restrições em sua liberdade havendo contra si um título executivo penal transitado em julgado.

Ou seja, considerando que a prisão preventiva é uma prisão cautelar e exceção a esta regra, ou restrição a este princípio, só pode ser admitida em hipóteses excepcionalíssimas, tendo em vista que irá restringir a liberdade de uma pessoa sem que para tanto haja um juízo de certeza, juízo este que só virá quando do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Resumindo a justificativa da prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica não há como subsistir, exceto se fundamentada em fundadas (concretas) razões de que o indiciado ou Imputado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira considerada grave, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

c) Por conveniência da instrução criminal

Este sim é um requisito que visa resguardar a instrução criminal, ou seja, o processo penal de conhecimento, todavia, não é absoluta e sempre necessitará de fatos concretos a ensejar a decretação da preventiva, que deverá ser fundamentada (art. 93, X, da CF/88), sob pena de ser considerada ilegal. Nesse sentido existe inúmeras decisões do STF "tem afirmado, reiteradamente, que é ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de resguardo da instrução criminal, não indica fatos capazes de justificar temor desse risco". Concluiu, assim, não existir motivo para a prisão preventiva.

O mesmo Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não basta a gravidade do crime e o clamor público por este gerado para justificar a manutenção da prisão cautelar.

Desta forma, os dados a motivarem à decretação da prisão preventiva tendo como justificativa a conveniência da instrução criminal, devem ser dados concretos, e, que de fato demonstrem que o Imputado está tomando ações que visam obstruir a instrução, tais como: ameaçando testemunhas¹¹, destruindo provas etc.

d) Garantia da aplicação da lei penal

Veja que o simples fato da acusação narrar que o Imputado esta prestes a fugir, sem, entretanto indicar os fatos concretos que apontam para isto, ou seja, sem dados reais não se pode utilizar como argumento a aplicação da lei penal, impondo ao magistrado o indeferimento da preventiva.

Assim, para a decretação da prisão preventiva tendo como supedâneo assegurar a aplicação da lei penal, esta só se justifica como bem acentuou o eminente Min. Cezar Peluso¹² do Supremo Tribunal Federal, se presentes dados concretos da causa, ou seja, “fuga do réu e garantia de aplicação da lei penal, sobretudo quando invocadas em decisão genérica, sem alusão a dados específicos da causa, não constituem causas legais para decreto de prisão preventiva”

A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

¹¹ Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Alegação de ausência de fundamentos concretos que justifiquem a decretação da prisão cautelar do paciente. Não-ocorrência. Fundamentação idônea (art. 312 do CPP). A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar. Ordem denegada. Precedentes. 1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente diante da notícia de ameaças às testemunhas, não se evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do habeas corpus. 2. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. 3. Habeas corpus denegado. (STF - HC 94615, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-02 PP-00346)

¹² STF. HC 87.343/SP, DJ de 22.06.2007.

Da mesma forma, a mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do Imputado¹³.

Por fim registre-se que é da confluência da ponderação de todos os mencionados interesses que exsurgirá a medida mais adequada em cada situação concreta. Assim, competirá ao juiz natural, não só fazer o devido sopesamento, como também e sobretudo fundamentar (justificar art. 93, X, da CF) a necessidade concreta da medida odiosa adotada, apontando fatos reais (não imaginários ou supostos) reveladores dessa imprescindibilidade. Do contrário, afigurar-se-á patente situação de constrangimento ilegal combatida nos termos das normas em vigor.

¹³ [...] A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão decorrente de decisão de pronúncia - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão meramente processual. PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. [...]. (STF - HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

Receio de desagradar juiz?

O advogado criminalista Luiz Riccetto Neto (SP) teve contra a sua pessoa manifestos oficiais (impropriamente denominados "desagravos") promovidos pelas Associações Nacionais dos Procuradores da República e dos Juízes Federais.

Encaminhou pleito com documentos para a Abrac, postulando análise e pronunciamento público. Eis partes da nota que lançamos: "A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, a fim de restabelecer o senso de cidadania que deve sempre prevalecer no estado democrático de direito, vem cumprir o seu dever institucional de rechaçar com veemência e, publicamente, repelir o conteúdo dos ilegítimos, infundados e precipitados "desagravos" promovidos pela Anpr e Ajufe contra o insigne advogado criminalista, Luiz Riccetto Neto. O referido causídico, agindo no estrito cumprimento do dever legal (Lei Federal nº 8906/94 arts 31, 2º e 33), do dever ético (Cód de Ética dos Advogados, art 2º par. único, incs II e V) e no exercício regular de direito (Lei Federal nº 7.209/84, art. 23 inc III), visando bem defender seus constituintes e a harmonia dos Poderes da União, representou às instâncias legitimadas para que proponham ação direta de inconstitucionalidade no STF contra o artigo 2º, 2º do regimento interno do TRF da 3ª região por violar o inciso XI do artigo 93 da CF, apresentou no CNJ reclamação sustentando eventuais infrações disciplinares e requereu no STJ a averiguação de possível ocorrência de improbidade administrativa por omissão no exercício de funções públicas.

As referidas Entidades de âmbito nacional, sem possuírem legitimidade para desagravar (instituto próprio da OAB), partiram açodadamente na defesa das juízas (TRF) e do procurador chefe da 3º região, afirmando a Ajufe que: "são despropositadas as ações e as iniciativas adotadas pelo advogado perante o CNJ e o STJ" e a Anpr que: "a composição do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3º Região está e sempre esteve em perfeita consonância com o que determina a Emenda Constitucional 45/04".

Não podem ser despropositadas e por certo serão julgadas as medidas adotadas pelo combativo advogado, já que previstas no ordenamento jurídico pátrio e a elas não se excluem os averiguados somente porque são desembargadores ou procuradores regionais, "concessa máxima venia", se há perfeita consonância na composição do aludido órgão fracionário do TRF-3 com o que se estabelece na Emenda 45/2004, deveriam os representantes dos imparciais (Ajufe) e dos fiscais da lei (Anpr) demonstrar em consideração à sociedade brasileira a data em que foi publicada na imprensa oficial a sessão do Tribunal Pleno que supostamente elegeu a metade dos integrantes do Órgão Especial daquela Corte, nominando-os.

Todavia, é dever da Abrac enfatizar que em nosso Estado democrático de direito (art. 1º "caput" da CF) não se pode sumariamente condenar e nem absolver alguém, sem o devido processo legal (art. 5º, inc LIV da CF) e até mesmo aos magistrados e procuradores, deve ser garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CF), sendo-lhes assegurado inclusive o direito a um advogado, indispensável à administração da justiça (art 133 da CF).

Finalmente, vem manifestar apoio e solidariedade ao insigne advogado criminalista, Luiz Riccetto Neto que está no manejo de uma postulação que não é só sua (art. 93, inc XI da CF). Matéria que envolve composição de um dos órgãos

do Judiciário é de interesse da sociedade brasileira ..." Nosso Código de Ética enuncia: "Nenhum receio de desagradar a juiz ou de incorrerem impopularidade, deterá o advogado no cumprimento de seus deveres". Quem tiver tal receio, poderá ser tudo, menos advogado...



Elias Mattar Assad

Elias Mattar Assad é presidente da associação Brasileira dos Advogados.
eliasmattarassad@sulbbs.com.br

Como citar este Artigo:

ASSAD, Elias Mattar. Receio de desagradar juiz?. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em:
<<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/37/receio-de-desagradar-juiz/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Rio Cachoeira e Administração Pública

O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil traz noção exata de quais os princípios explícitos deve a Administração Pública obedecer, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No entanto, além de princípios explícitos, existem outros que são denominados de Princípios implícitos e que, igualmente, devem nortear os atos administrativos.

Dentre estes, importante destacar os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, onde se aprende que no exercício do poder discricional do estado, haverá este que se pautar em critérios aceitáveis sob o ponto de vista racional de uma pessoa equilibrada - Razoabilidade, e, que as atividades estatais devem pautar pela lógica existente entre o que se parece razoável e o fim a que se destina determinado ato no caso concreto - Proporcionalidade.

Não parece razoável a idéia de que o Rio Cachoeira esteja sendo enfeitado em seu entorno enquanto o seu leito literalmente apodrece; muito menos, parece ser proporcional o volume de recursos públicos que vêm sendo despendidos na obra, quando todos sabem, antes de enfeitá-lo, dever-se-ia, despoluí-lo, acabando com a chaga que tanto envergonha a população joinvilense.

Melhor seria se o Governo Municipal tivesse investido recursos públicos, tempo, logística e mão de obra na recuperação de esgotos que correm a céu aberto em diversos bairros da cidade, em ruas sem pavimentação e esburacadas, na recuperação do próprio Rio Cachoeira, tendo em vista que a implantação do sistema “flot flux” não foi autorizada - e até agora não se sabe se seria, ou não, a solução para o problema - , e, porque não dizer, na criação de vagas para estacionamento de veículos em frente aos prédios do Fórum, Justiça Federal e Câmara de Vereadores – estas prometidas pela Municipalidade -, cujas obras e melhorias certamente atenderiam muito mais aos reclamos da população do que este deleite da Administração Municipal em ver, do alto de suas salas confortáveis, uma bela calçada circundando um Rio imundo e irrespirável.



Édelos Fröhstück

Como citar este Artigo:

FRÜHSTÜCK, Édelos. Rio Cachoeira e Administração Pública. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/30/rio-cachoeira-e-administracao-publica/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Segurados Ex-combatentes e a Revisão dos seus Proventos

Milhares de segurados da Previdência Social estão sendo surpreendidos com o comunicado emitido pelo INSS informando que teria sido identificado indício de irregularidade no ato de concessão e manutenção dos seus benefícios previdenciários. Com essa justificativa, o governo pretende revisar os benefícios de aposentadorias e pensões que atualmente são pagos aos segurados ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes, reduzindo radicalmente o valor dos seus proventos.

A suposta irregularidade constatada se baseia no Parecer CJ/MPS nº 3.052/2003 e gira em torno de uma mudança de interpretação da lei promovida pelo INSS sobre os benefícios de aposentadoria concedidos em data anterior à edição da Lei nº 5.698, de 31 de agosto de 1971. A revisão promovida pelo INSS atinge justamente os benefícios de aposentadoria, e as pensões deles decorrentes, concedidos aos bravos brasileiros que, durante a 2ª Grande Guerra, arriscaram as suas vidas servindo à Força Expedicionária Brasileira (FEB) nos campos de batalha na Itália, ou em operações de patrulhamento e defesa do litoral brasileiro.

Todos os ex-combatentes vivos contam hoje com mais de 80 anos de idade, sendo que a maioria das aposentadorias inicialmente concedidas já foram transformadas em pensões atualmente pagas aos seus dependentes. Isso porque os proventos dessas aposentadorias e pensões eram reajustados de acordo com o piso da categoria a que pertencia o segurado no ato de concessão, conforme determinava a lei da época, não seguindo o índice de reajuste oficial aplicado pela Previdência Social para os demais benefícios pagos pelo RGPS. Com isso, essas aposentadorias e pensões sofreram, ao longo do tempo, reajustes maiores que os demais benefícios pagos pelo INSS. O critério de atualização monetária que era aplicado não apresentava qualquer irregularidade, eis que se apoiava na lei posta vigente, sendo mantida por mais de 35 anos pelo INSS.

Contudo, apoiando-se numa mudança de interpretação da lei, agora o INSS está entendendo que desde o dia 31 de setembro de 1971, quando entrou em vigor a Lei nº 5.598, estes benefícios previdenciários deveriam ter sido reajustados considerando-se os índices de reajuste oficial aplicados pela Previdência Social. Ocorre que ao rever os índices de reajuste aplicados a esses benefícios no passado, o INSS está promovendo a diminuição abissal do valor dos seus proventos, redução que em alguns casos chega a 1/7 do valor que até então vinha sendo pago.

Com a revisão dos benefícios, o INSS está exigindo, ainda, a devolução dos valores pagos a maior. Essas medidas implementadas, além de ilegais e imorais, estão provocando forte abalo na vida dos segurados que dependem desses proventos, principalmente por se tratarem, na sua grande maioria, de pessoas de idade avançada e que possuem despesas correntes com tratamento de saúde que absorvem grande parte de seus rendimentos.

Inconformados com a revisão dos seus proventos, muitos ex-combatentes

aposentados e pensionistas já se dirigiram ao Poder Judiciário, o qual vem dando acolhimento as suas pretensões para determinar ao INSS que cancele o ato de revisão dos seus benefícios. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que o ato de revisão de benefícios pretendido pelo INSS é ilegal e inconstitucional, pois gera instabilidade nas relações jurídicas, violando ainda os princípios da eficiência e da moralidade erigidos pela Constituição da República. É que a Lei nº 9.784, publicada em 29 de janeiro de 1999, previu o prazo fatal de 5 (cinco) anos a contar de sua publicação, ocorrida em 29 de janeiro de 1999, para que o INSS pudesse rever os benefícios de aposentadoria concedidos em data anterior do qual decorressem efeitos favoráveis ao beneficiário.

Como os benefícios de aposentadoria de ex-combatente questionados foram concedidos em data anterior ao advento da Lei nº 9.784, o INSS decaiu do direito de revisá-los em 29 de janeiro de 2004, quando completou cinco anos que a referida lei foi publicada. Assim, praticamente todos os benefícios de aposentadorias e de pensões de ex-combatente já não podem mais ser revistos pelo INSS, o que torna o ato de revisão promovido pela referida instituição abusivo e ilegal.

Servidor Público e Aposentadoria Especial

A partir de agora, servidores públicos (municipais, estaduais e federais) que exercem atividades especiais (insalubres, perigosas ou penosas) podem conseguir mais facilmente a concessão do benefício de aposentadoria especial ou mesmo, a conversão de especial para comum.

O benefício de aposentadoria especial a servidores públicos não está previsto em lei, mais precisamente, e uma Lei Complementar, conforme prevê o art. 40, § 4º da CF/88). Mas, o STF entendeu, “ante a inércia do Congresso Nacional” em legislar sobre o tema, que funcionários públicos em atividades insalubres devem se aposentar seguindo a mesma regra para concessão aplicada pelo INSS aos celetistas, ou seja, aos trabalhadores em geral, previsto no art. 57, § 1º da Lei de Benefícios.

A decisão do STF foi dada no Mandado de Injunção n.º 721 e em mais três outros. Pois bem, apenas para esclarecer, Mandado de Injunção, é um instrumento constitucional usado para solicitar um direito que não está previsto em lei. E, no presente caso, apesar de garantido constitucionalmente desde a promulgação da CF/88, em 05/10/1988, até o presente momento, ainda não existe uma lei garantindo, efetivamente, esse direito.

No Congresso Nacional, tramita o Projeto de Lei n.º 68/2003, que concede aposentadoria especial a servidores. Atualmente, esse projeto já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, aguardando pauta para ser votado no plenário. A esperança é que seja votado ainda esse ano.

E, para usufruir desse direito, o servidor deve, primeiro, requerer o benefício no órgão ao qual está filiado (IPREVILLE ou IPESC, p. ex.). Negado esse pedido administrativo, ele deverá contratar um advogado para propor uma demanda judicial, na qual se provará a exposição aos agentes nocivos, através do famigerado PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário).



Rodrigo Coelho - OAB/SC 18.124

Advogado previdenciarista.

rodrigo@coelhoneto.adv.br

Como citar este Artigo:

COELHO, Rodrigo. Servidor Público e Aposentadoria Especial. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/56/servidor-publico-e-aposentadoria-especial/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

LEI 12.234/2010: ALTERAÇÕES AO § 1º, E REVOGAÇÃO DO § 2º, DO ART. 110, DO CÓDIGO PENAL - SUBSISTÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

EDEMILSON MENDES DA SILVA

é advogado em Joinville, Presidente da Comissão de Estudos Jurídicos e Legislativos da Subseção de Joinville 2010/2012. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina em parceria com a Rede de ensino LFG; Pós-Graduando em Direito Socioambiental pela PUC/PR. edemilson@martinelli.adv.br; silva.edemilsonmendes@gmail.com.

A prescrição no direito penal é a extinção do direito de punir do Estado (do *ius puniendi* concreto ou da pretensão executória) pelo decurso do tempo. Ou seja, é a perda do direito de punir em virtude de sua inércia e do transcurso do tempo. LUIZ FLÁVIO GOMES esclarece que “ela não elimina a infração penal, pois afeta o *ius puniendi* mas não faz desaparecer o fato”¹.

Mas não é só ela que obsta o *ius puniendi* estatal, eis que o decurso de tempo quanto à extinção da punibilidade, projetado sobre o direito penal, objetiva-se, também por intermédio dos institutos da decadência e da perempção². Noutras palavras “a prescrição atinge o direito de punir do Estado. Ela extingue a punibilidade de maneira direta e imediata, e não como a decadência e a perempção que alcançam primeiro o direito de acusar para, em seguida, extinguir, por força de lei, a própria punibilidade”³.

¹ **Fim da prescrição retroativa** (?). Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 29 abril. 2010.

² Nesse sentido: Machado. Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000, p. 75.

³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, vol. 3, edição atual. Millennium: Campinas-SP, 1999, p. 497. Vale ressaltar que “a decadência é o perecimento de um direito, em virtude de não ter sido exercido nos prazos fixados em lei. Este direito é o de processar, iniciando a ação penal que, no caso concreto, será de iniciativa privada, ou de não processar, nos casos expressos que dependam de provocação, materializando-se esta pela representação, que comumente é tratada pela doutrina como sendo uma condição de procedibilidade, portanto quase uma condição da ação. Já a perempção é uma penalidade imposta ao ofendido, ou aos seus sucessores, pelo desinteresse, tacitamente manifestado, em perseguir na ação”.

Com efeito, se a prescrição é oriunda do decurso do tempo, necessário se faz que o legislador fixe previamente os prazos em que deve ser exercido o direito de punir, sem que ocorra a prescrição. Ou antes: deve a lei estabelecer qual o lapso de tempo cujo decurso provoca a prescrição do *ius puniendi*⁴.

Assim, quando verificada antes do trânsito em julgado da condenação, a prescrição será a da pretensão punitiva⁵, quando ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação, teremos então a prescrição da pretensão executória. A primeira ensina LUIZ FLÁVIO GOMES, tem três espécies que são: a) a prescrição pela pena máxima em abstrato (PPPA), b) a prescrição intercorrente ou superveniente (PPPI) e c) a prescrição retroativa (PPPR)⁶⁷.

A prescrição pela pena em abstrato é a que se verifica antes de transitar em julgado a sentença final, nos limites que o artigo 109 impõe. A prescrição intercorrente ou superveniente, por sua vez, ocorre depois da data em que foi publicada a sentença condenatória e, neste caso, utiliza-se a pena aplicada, ou seja, a pena definitiva.

Para a compreensão da prescrição da pretensão punitiva retroativa, entretanto, é preciso ter em mente uma linha do tempo. Sabendo-se que o

⁴ Idem, p. 498.

⁵ Entendemos que na verdade o Código Penal deveria se referir a prescrição da pretensão acusatória, eis que, a prescrição declarada antes do trânsito em julgado, afeta imediatamente o direito de acusar e só por via de consequência o poder-dever de punir a que o Estado está subordinado, por isso mesmo, pensamos que a prescrição antes do trânsito em julgado deveria ser denominada de prescrição da pretensão acusatória.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Fim da prescrição retroativa** (?). Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 29 abril. 2010.

⁷ Celso Delmanto ente que duas são as espécies e que, por sua vez, podem ocorrer de quatro formas diferentes: 1ª Prescrição da pretensão punitiva (ou “da ação penal”), art. 109. 2ª Prescrição subsequente (ou superveniente) à sentença condenatória, § 1º do art. 110, combinado com o art. 109. 3ª Prescrição retroativa, §§ 1º e 2º do art. 110, combinado com o art. 109. 4ª Prescrição da pretensão executória (ou da “condenação”) art. 110, caput. As três primeiras pertencem as espécie básica de prescrição da pretensão punitiva (ou “da ação”) e só a última forma concerne à espécie de prescrição da pretensão executória (ou da “condenação”).in **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404.

artigo 117 prevê que o curso da prescrição interrompe-se em determinadas ocasiões é possível traçar um esquema no qual temos prazos determinados entre os quais não poderá haver demora do Estado.

Demais disso a prescrição retroativa, é aquela que tem como base a pena aplicada na sentença, sem recurso da acusação, ou improvido este, levando-se em conta o transcurso dos prazos anteriores à própria sentença.

Desta forma, regressa-se até a data do fato e verifica-se se entre esta data e o recebimento da denúncia (a primeira causa de interrupção da prescrição) houve transcurso de tempo maior que o previsto para que o Estado pudesse agir e assim por diante. Caso positivo, declara-se extinta a punibilidade, pois, de acordo com a pena aplicada em sentença penal condenatória o crime está prescrito.

O mesmo acontecia com prescrição virtual (antecipada ou em perspectiva), pois embora não prevista na lei, e, portanto, construção doutrinária e jurisprudencial, esta vem sendo tolerada - *por juizes de primeiro grau e alguns tribunais* - em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção a ser aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade.

Nesta modalidade levava-se em conta a pena em perspectiva para o cálculo da prescrição, e, se da análise detida do caso concreto, concluir-se que a pena ficará no mínimo legal ou em patamar que, analisando os marcos e os transcurso tal pretensão já esta fulminada pela prescrição é de se declará-la, eis que “nada de útil, portanto, poderá extrair da prestação jurisdicional de caráter punitivo, diante da virtual “prescrição retroativa”, que atinge a própria pretensão punitiva estatal e todos os seus efeitos”.

O que muda com o advento da Lei 12.234/2010, é que o período transcorrido para a decretação desta só poderá ter como base transcurso de

tempo entre o recebimento da denúncia e data da publicação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso. Ora se a denúncia foi recebida em determinada data e, se desta data já transcorreu tempo maior do que aquele exigido para a declaração da prescrição retroativa, pela pena em concreto, pode também o magistrado declarar a prescrição superveniente com base nos mesmos fundamentos, evitando, assim a inutilidade do provimento jurisdicional.

Por exemplo, quando o juiz no curso do processo criminal, onde a denúncia descreve a prática de lesões dolosas, observa, concretamente, numa análise que o imputado é primário, sem antecedentes, que as circunstâncias do art. 59, do Código Penal lhe são favoráveis, tem noção de que aplicará pena inferior ao máximo, e, portanto, já tendo ocorrido um prazo superior a 3 anos entre o recebimento da denúncia e data de eventual publicação da sentença condenatória, é natural que a pretensão punitiva do Estado esteja virtualmente prescrita. Assim, por uma questão prática, não haveria razão de se esperar o final do processo, com o trânsito em julgado para a pena inferior a 1 ano, para, então declarar extinta a punibilidade pela ocorrência de prescrição⁸⁻⁹.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região já teve a oportunidade de acolher a tese da prescrição em perspectiva, aduzindo que:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRÉDITO PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. FACTIBILIDADE. É factível a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva para evitar o deletério desgaste do emprego da força de trabalho do Judiciário ao longo de toda uma instância processual quando ex prompto já se constata que o resultado, mesmo em caso de efetivo juízo condenatório, será absolutamente nenhum. (TRF4, RSE 2006.72.14.002573-7, Sétima Turma, Relator Ricardo Nüsse, D.E. 28/01/2009)

⁸ Exemplo semelhante é apresentado por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (**Código penal comentado**. São Paulo: RT, 2007, p. 516), quando da análise da prescrição virtual.

⁹ Calha ressaltar que a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, alterou também o inciso IV, do art. 109, do Código Penal, que agora assim dispõe: IV – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

No mesmo sentido:

PENAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA . ARTIGOS 299 e 171, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, INCS. I E II DO DLNº 201/67. VIÁVEL A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. EXCEPCIONALIDADE.

1. A prescrição pela pena projetada, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade.

2. Na espécie, considerando o período transcorrido das datas dos fatos até o presente momento (mais de nove anos), sem que a denúncia tenha sido recebida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal. (TRF4, RSE 2005.71.08.011814-0, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 14/01/2009)

É preciso ser dito que a Lei 12.234/2010, sancionada pelo presidente da República em 05 de maio, revogou o conteúdo do § 2º do artigo 110, do Código Penal. E, desta forma, segundo LUIZ FLÁVIO GOMES, em artigo que comentava o Projeto que deu origem a Lei retro citada “está revogada a prescrição da pretensão punitiva retroativa”¹⁰.

Porém, diferentemente do Projeto 1.383/2003, a Lei 12.234/2010, estabeleceu que a prescrição, “não pode em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à denúncia ou queixa”¹¹. Ou seja, enquanto que o Projeto, comentado por LUIZ FLAVIO GOMES vedava a utilização de termo inicial da prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, qualquer “data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”¹², a referida Lei, limitou-se a descartar, para efeitos de declaração da prescrição retroativa o transcurso de tempo entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Só isso.

¹⁰ Idem.

¹¹ Parte final do §1º, do novo art. 110, do Código Penal.

¹² Art. 1º, inc. II, do Projeto de Lei 1.383/2003.

Desta forma, nos termos do Projeto 1.383/2003, a prescrição pela pena em concreto só teria como marco a data de publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis. Antes só haveria a possibilidade de se verificar a prescrição pela pena em abstrato. E, assim, assistia razão ao eminente jurista quando da indagação, sobre o fim da prescrição retroativa.

Por outro lado, tal como foi publicada, a Lei 12.234/2010, percebe-se que esta não acolheu o objetivo almejado pelo projeto originário de extinguir por completo a prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, ainda é possível a verificação da prescrição retroativa, que se dará entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso. Do mesmo modo, subsiste tal modalidade de prescrição nos crimes de competência do Tribunal do Júri, onde há duas outras causas interruptivas: a pronúncia e a decisão confirmatória da pronúncia¹³.

Assim, apesar da intenção do legislador ter sido a de suprimir a prescrição retroativa – *cf. Projeto de Lei já mencionado* – a lei sancionada fez menção, apenas ao fato de que “depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

Observa-se “que pouco importa, para fins de interpretação do novel dispositivo, que a pretensão do legislador tenha sido outra. O que realmente importa é o que ficou aprovado no texto da lei, conforme o devido processo legal legislativo. O princípio da legalidade surge, nesse ponto, como freio insuperável”¹⁴ para que se confira ao novo §1º, do art. 110, do Código penal, interpretação diversa.

¹³ Inc. II e III, do Art. 117, do Código Penal.

¹⁴ DELMANTO, Fabio Machado de A. *et al.* **Lei n.º 11.596/07**: Alterações ao art. 117 do código penal. Bol. IBCCr nº 182, janeiro de 2008. DELMANTO, Celso. *et al.* **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433.

No que concerne saber se, tal norma é de caráter material ou processual, calha ressaltar com FREDERICO MARQUES que “toda regra que trate de ampliação ou diminuição do *ius puniendi* ou do *ius punitonis*, como toda disposição que, de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado”¹⁵ tem natureza de direito material.

O mestre EDUARDO ESPÍNOLA FILHO comunga desta posição, afirmando “serem normas de Direito material todas aquelas que atribuem, virtualmente, ao Estado, o poder punitivo, dando a órgãos do próprio Estado ou particulares o poder de disposições do conteúdo material do processo, isto é, da pretensão punitiva, ou da pena”¹⁶.

Desta forma, como a referida reforma prejudica os interesses do imputado, e como a prescrição tem natureza material¹⁷ e, é instituto que, notadamente, existe em desfavor do Estado, ou seja, possui fundo garantista, logo, não pode alcançar fatos que tenham sido cometidos antes da entrada em vigor da Lei 12.234, fato esse que se deu em 05 de maio de 2010.

Conclui-se, portanto, que, a prescrição retroativa em matéria penal, persiste no ordenamento jurídico, ainda, que mitigada, é bem verdade, sendo possível visualizá-la, entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória com transito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, bem como se se trate de crime cuja competência é do Tribunal do Júri, nesse caso haverá outras duas causas interruptivas da prescrição cuja análise ocorre em data posterior ao recebimento da denúncia ou queixa, quais sejam: a pronúncia e a decisão confirmatória da pronúncia¹⁸.

¹⁵ **Tratado de direito penal**, vol. 3, edição atual. Millennium: Campinas-SP, 1999, p. 497.

¹⁶ **Código de processo penal brasileiro anotado**, vol. 1, p. 180.

¹⁷ Nesse sentido, entre outros: DELMANTO, Celso. *et al.* **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403-404.

¹⁸ Inc. II e III, do Art. 117, do Código Penal.

Tabela Price é ilegal, segundo Enunciado do TJ

Enunciado do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Santa Catarina declaram ilegal o uso da Tabela Price:

ENUNCIADO DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL:

Os integrantes do Grupo de Câmaras de Direito Comercial, reunidos em Sessão ordinária ocorrida em 13 p.p., homologaram o seguinte enunciado:

VIII - É ilegal o emprego da Tabela Price nos contratos de mútuo firmados sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação, na medida em que implica capitalização de juros.

Florianópolis, 15 de junho de 2007.” Publicado em 18/06/2007.

” A capitalização de juros (anatocismo), como se sabe, é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos, assim, os juros referentes a um determinado período, são incorporados ao respectivo capital, compondo um montante que servirá de base para nova incidência da taxa de juros convencionada.

Alguns laudos periciais e decisões judiciais desconhecem (negam) equivocadamente a existência da capitalização de juros em contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, limitando a ocorrência deste fenômeno aos casos de amortizações negativas (quando a prestação não é suficiente para pagar os juros, não ocorrendo diminuição da dívida naquele mês).

Independentemente de ser negativa ou positiva a amortização, há capitalização de juros pelo simples fato dos agentes financeiros (bancos) priorizarem o pagamento dos juros a amortização, o que gera efeito idêntico à capitalização de juros.

Um julgado de lavra do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Resp nº 446.916 - RS, no qual foi relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, retrata bem a existência de capitalização mesmo em casos de amortização positiva: “É que o mecanismo de amortização mensal dos juros, embutidos no valor da prestação de amortização do capital, gera efeito idêntico ao de capitalização. Esse efeito-capitalização, é consequência de um sistema em que os juros são pagos antecipada ou periodicamente.

” Os agentes financeiros priorizam o pagamento dos juros porque como somente o capital que é remunerado com juros, quanto menos amortizar, mais lucro angariarão a custas dos mutuários.

A Finalidade Social que deveria pairar sobre tais financiamentos habitacionais, possibilitando a cada cidadão o que a nossa Lei Maior assegura que é o direito a moradia através de um financiamento justo está desvirtuada com esta capitalização, onde varas especializadas em Sistema Financeiro da Habitação estão sendo criadas tamanhas são as demandas judiciais envolvendo estes contratos.

É preciso que seja dada prioridade a amortização, para que depois de liquidado o capital sejam pagos os juros, estes evoluídos separadamente do capital para não incidir capitalização de juros, tão simplesmente a correção monetária.

Outra forma de evolução do saldo devedor, pagando ao mesmo tempo juros e capital, mas sem priorizar os juros seria utilizar a prestação para pagamento proporcional a representatividade de cada um, ou seja, da mesma forma teríamos a separação do capital e juros, mas estaríamos amortizando mensalmente ambos efetuando uma simples regra de 3 (três), exemplificando: um mutuário que deva R\$50.000,00 (capital), tenha R\$5.000,00 (juros acumulados), isto resulta em uma dívida total de R\$55.000,00. Este mesmo mutuário paga uma prestação de R\$500,00. Portanto, os juros acumulados representam 9,09% e o capital 90,91% do total da dívida, então da prestação paga naquele mês (R\$500,00) 9,09% (R\$45,45) serão utilizados para diminuir dos juros acumulados e 90,91% (R\$454,55) para amortização do capital. Estes cálculos seriam refeitos mês à mês sempre com o objetivo de não priorizar o pagamento dos juros e sim do capital.

Por fim, o método de Gauss tem sido a solução de equilíbrio para muitos contratos de financiamento habitacional. O método é do matemático Carls Frederico Gauss, que está por isso “Método Gauss”, assim como na Tabela de Richard Price, que na verdade deveria ser chamada de Tabela de Juros Compostos. Resumidamente, a diferença entre os dois sistemas é que no Price os juros crescem em progressão geométrica e não em progressão aritmética, como no Gauss.

Para finalizar deixo as palavras da diretora da Emagis (Escola da Magistratura do TRF 4a.), desembargadora federal Maria Lúcia Luz Leiria, para ressaltar a FINALIDADE SOCIAL do SFH e de decisões coerente com a necessidade da sociedade, que assim expôs na posse dos novos juízes federais substitutos em cerimônia realizada em 21/01/05 na cidade de Porto Alegre-RS: “uma decisão sábia é aquela que toma como base a realidade social que está no processo.”



Maycon Truppel Machado - OAB/SC 15.911
Especialista em SFH

Como citar este Artigo:

MACHADO, Maycon Truppel. Tabela Price é ilegal, segundo Enunciado do TJ . **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/24/tabela-price-e-ilegal-segundo-enunciado-do-tj-8232/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

A nulidade do Termo Circunstanciado lavrado pela polícia militar do Estado de Santa Catarina

Breves considerações acerca do procedimento estabelecido pelo Decreto 660/2007 à luz da Constituição Federal de 1988.

Artigo elaborado em fevereiro de 2010

Autores: Laercio Doalcei Henning – Advogado criminalista, bacharel pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE e pós-graduado em Direito Processual Penal pela Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Denis Fernando Radun – Advogado criminalista, bacharel pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

Resumo: Diante das mais variadas formas encontradas pelo Poder Executivo Estadual para suprir o déficit de servidores qualificados para a condução de um processo penal sintonizado com a Constituição Federal de 1988, torna-se preocupante a adoção de posturas utilitaristas para a solução deste problema quando elas comprometem a própria efetivação das garantias legais e constitucionais do cidadão. Uma destas foi a edição do Decreto 660/2007 pelo Executivo catarinense, que autoriza a Polícia Militar estadual a lavrar Termos Circunstanciados quando for verificada a ocorrência de crime de menor potencial ofensivo. A partir deste problema, objetivamos apresentar um ensaio, na forma de artigo científico, apontando as causas de nulidade dos Termos Circunstanciados lavrados pelos policiais militares do Estado de Santa Catarina, em razão da inconstitucionalidade do Decreto 660/2007, bem como, apontar os riscos que a sociedade civil sofre com esta medida à luz do Garantismo Jurídico.

Palavras-chave: Termo Circunstanciado – inconstitucionalidade – competência – democracia – nulidade processual.

1. Introdução

No Estado de Santa Catarina vigora o Decreto 660/2007 que autoriza a Polícia Militar a lavrar Termos Circunstanciados (mini-flagrantes) quando verificar a ocorrência (*a priori*) de uma infração penal de menor potencial ofensivo, iniciando-se a submissão do cidadão a um processo penal nos termos da Lei 9.099/95.

Entretanto, a celeridade do procedimento buscado, ao se permitir que policiais militares lavrem o Termo Circunstanciado, acaba por usurpar uma função que, constitucionalmente, pertence à polícia judiciária - no caso, a Polícia Civil - o que configura um retrocesso antidemocrático no sistema processual penal brasileiro e um verdadeiro risco à sociedade civil.

Assim, pretende-se efetuar a análise deste fenômeno, sob a forma de artigo científico, apontando-se a possibilidade de nulidade dos processos judiciais iniciados a partir de um Termo Circunstanciado lavrado pela Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

2. Natureza jurídica do Termo Circunstanciado

O Termo Circunstanciado é ato administrativo que integra a investigação/instrução preliminar. Tal instrução consiste em um conjunto de atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado de competência previamente (e constitucionalmente) definida onde, a partir de uma “notícia-crime”, se pretende verificar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo. Possui caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal.

Ressalta-se que, neste momento prévio, o processo penal ainda não se formou, pois não foi possível qualquer exercício dialético (compreendendo assim, obrigatoriamente, a ampla defesa e contraditório).

Assim, o vulgo “TC” é lavrado na fase administrativa, pré-processual, no momento em que há a **apuração** da suposta autoria e materialidade do delito, com o fito de sustentar ou não o intento do oferecimento de uma denúncia.

Seguindo este norte, Aury Lopes Jr., lembra que “apurar” deriva de “puro”, significa “purificar”, “aperfeiçoar”, “conhecer o certo”, logo é imprescindível a necessária **técnica jurídica** para que o bom e digno trabalho ocorra¹.

Não há como se aperfeiçoar uma acusação penal, que poderá resultar na mais grave maneira de repressão do cidadão pelo Estado (processo penal), sem o devido conhecimento técnico.

A Constituição Federal trata no art. 144, IV e V, §4º e §5º, a divisão das competências das Polícias Civil e Militar, deixando claro que pertence à Polícia Civil a competência de apurar as infrações penais, in verbis:

CAPÍTULO III

DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 4º - **às polícias civis**, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 4ª. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 255-256.

Assim, verifica-se que, constitucionalmente, a natureza jurídica do Termo Circunstanciado é a de **ato administrativo de competência privativa da Polícia Civil**.

Neste sentido, não há como afastar a flagrante violação dos dispositivos constitucionais citados, quando permitida a lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, sendo absolutamente inconstitucional a usurpação das tarefas de polícia judiciária, por parte daquela polícia.

Ora, a lavratura do Termo Circunstanciado é um procedimento típico de polícia judiciária, visto que objetiva definir a prática do um delito supostamente cometido, exigindo o necessário discernimento sobre tipicidade penal. Tal competência não pode ser usurpada pela Polícia Militar, que sequer possui aparato técnico-jurídico para tanto.

Frisa-se que compete à Polícia Civil a atribuição de investigar e apurar o tipo penal supostamente violado. Isto porque, a equivocada apuração do fato típico supostamente ocorrido traz prejuízos ao indivíduo submetido à persecução criminal e à coletividade, quando se movimenta o Poder Judiciário desnecessariamente para o julgamento de um fato atípico, por exemplo.

Não há como olvidar a necessidade de conhecimento técnico-jurídico para o procedimento de lavratura do Termo Circunstanciado, que não é encontrado na formação do quadro de mão-de-obra da Polícia Militar, visto que este é voltado para a preservação da ordem pública por meio do exercício do poder de polícia ostensiva.

De igual modo, não pode a população, que tem as **garantias** de limitação da competência do exercício do poder estatal através da CF/88, arcar com o “déficit” de planejamento do próprio Estado que não promove concursos para a contratação de mais efetivo qualificado para a polícia judiciária.

O processo penal é, acima de tudo, um instrumento de garantias do cidadão contra o exercício do poder arbitrário do Estado e o seu tratamento de modo displicente significa abrir as portas para que esta arbitrariedade impere.

Ressalta-se que nenhuma norma constitucional foi escrita pelos representantes do povo “por mero acaso”, devendo-se, através da correta hermenêutica, aproximá-la da realidade e afastar completamente os subterfúgios usados pelo Estado para furtar suas competências, visando, no caso específico, a

não realização de concursos públicos. Lembre-se: O dispositivo constitucional citado é uma norma cogente de aplicação obrigatória, não tendo sequer a forma de uma norma programática, por exemplo.

Assim sendo, uma vez que os policiais somente “cumprem a lei”, deixando-se ao Judiciário a tarefa de corretamente aplicar a interpretação constitucional, ele deve, através do controle de constitucionalidade, reconhecer a inconstitucionalidade da lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, em virtude de sua competência ser de exclusividade da Polícia Civil, conforme previsto pela Carta Magna de 1988, em seu art. 144, IV e V, §4º e §5º anulando-se os atos administrativos, bem como todos os processos criminais deles originados.

3. Precedente do STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.614-9/PR

A questão constitucional tangente à competência da Polícia Militar para a lavratura de Termos Circunstanciados, foi o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.614-9/PR, datada do ano de 2007, que foi julgada **procedente** pelo STF em sessão plenária.

A ADI referiu-se à necessária distinção entre as competências das polícias Civil e Militar definidas nos incisos e parágrafos do art. 144 da Constituição Federal de 1988 e restou assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO Nº. 1.557-2003 DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ATRIBUI A **SUBTENENTES OU SARGENTOS COM PATENTES O ATENDIMENTO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA, NOS MUNICÍPIOS QUE NÃO DISPÕE DE SERVIDOR DE CARREIRA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE DELEGADO DE POLÍCIA. DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AO ART. 144, IV E V E §§ 4º E 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE** (ADI 3.614-9. Rel. Min. Gilmar Mendes. Rel. para o acórdão: Min. Cármen Lúcia. DJ 23.11.2007. Grifos nossos)

Frise-se que a função de delegado de polícia que se referiu o decreto paranaense (nº. 1.557/2003) tangia-se à permissão para que os policiais militares elaborassem o “Termo Circunstanciado” nos municípios que não contassem com servidor de carreira para o desempenho *das funções de Delegado de Polícia*.

O Relator da ADI, Ministro Gilmar Mendes, posteriormente vencido, votou pela constitucionalidade da ocupação das funções de Polícia Civil por integrantes da Polícia Militar, reservando-se à declaração de inconstitucionalidade

do art. 7º do Decreto paranaense, tangente ao aumento de gastos da Administração Pública por um Poder incompetente, Executivo, naquele caso.

Na oportunidade, os Ministros Menezes Direito e Cármen Lúcia expuseram o grave risco de uma delegação temporária de funções do Delegado de polícia civil – de carreira – ao policial militar, se tornar permanente, sendo tal delegação algo inaceitável no sistema administrativo.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio votaram pela inconstitucionalidade do Decreto paranaense, bem como o Ministro Cezar Peluso, que em seu voto consignou: “*o problema grave é que, antes da lavratura do Termo Circunstanciado, o policial militar tem de fazer um juízo jurídico de avaliação dos fatos que lhe são expostos*” (uma atividade típica e exclusiva da Polícia Judiciária).

Também, convém destacar o que afirmou a Ministra Ellen Gracie ao votar pela procedência da ação e conseqüente inconstitucionalidade do Decreto, que segundo ela, “*as duas polícias, civil e militar, têm atribuições muito específicas e próprias, perfeitamente delimitadas e que não se podem confundir*”, logo, **é inconstitucional a lavratura de Termo Circunstanciado pela Polícia Militar**.

Por fim, nunca é demais lembrar, que ao contrário do que se pode imaginar, o prejuízo para sociedade pode ser devastador, pois se o Judiciário admitir tal situação, fechando os olhos para um retrocesso militarista, ficará muito difícil a situação do cidadão, pois os militares poderão abordar qualquer um do povo, sob o argumento de que traz mais celeridade ao procedimento e, com a abordagem, acabam eles próprios confeccionando o malfadado Termo Circunstanciado que, quando aporta no Judiciário, são justamente os próprios policiais militares que irão depor contra o cidadão, na condição de testemunhas!! Ou seja, tal retrocesso se torna extremamente perigoso à sociedade civil.

4. Da inconstitucionalidade do Decreto nº 660/2007 de Santa Catarina

No Estado de Santa Catarina, o Executivo atribuiu poderes à Polícia Militar para lavrar o Termo Circunstanciado em competência comum com a Polícia Civil, através da edição do Decreto 660/2007, que em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º O Termo Circunstanciado deverá ser lavrado na delegacia de polícia, caso o cidadão a esta recorra, ou no próprio local da ocorrência pelo policial militar ou policial civil que a atender, devendo ser encaminhado ao Juizado Especial, nos termos do art. 69 da Lei Federal nº9.099, de 26 de setembro de 1995.

Entretanto, tal medida legislativa é inconstitucional porque, da mesma forma que o Decreto paranaense - objeto da ADI 3.614-9, citada anteriormente -, esta se demonstra absolutamente incompatível com o estabelecido no art. 144, IV e V, §4º e §5º da Carta Magna de 1988 e com os princípios de hermenêutica jurídica, senão vejamos:

O art. 69 da Lei 9.099/95, citado no art. 1º do Decreto 660/2007, ao tratar sobre o procedimento preliminar, que deve ser realizado quando há a apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, reza:

Art. 69. A **autoridade policial** que tomar conhecimento da ocorrência lavrará Termo Circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. (g.n)

Todavia, a constitucionalidade do Decreto 660/2007, não se sustenta. A nulidade do procedimento efetuado pela Polícia Militar está plenamente configurada, pois a norma infraconstitucional, *in casu*, o art. 69 da Lei 9.099/95, deve ser interpretada em sintonia com a Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito à delimitação do Poder do Estado por meio da definição prévia das competências.

Frise-se que a interpretação das Leis infraconstitucionais em conformidade com a CF/88 não se limita ao Poder Judiciário, mas abrange todas as esferas do Poder do Estado e toda a sociedade brasileira, sob pena de ofensa ao próprio pacto social firmado na primavera de 1988.

Desta feita, diante do flagrante descompasso da norma *in comento* com a Constituição Federal, deve ser exercido o competente controle, principalmente quando submetidos ao Judiciário, conforme nos ensina Luiz Roberto Barroso:

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. **As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional.** A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter

[...] A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. **É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle incidental de constitucionalidade** – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma mesma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta) (g.n).²

Arriscamos ir além dos dizeres do Professor Barroso, afirmando que é por força da supremacia da Constituição que o intérprete **deve** deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto, visto que a jurisdição constitucional está incorporada em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Federal de 1891.

Quando o caso é submetido ao Poder Judiciário, o Julgador, por meio de uma filtragem hermenêutica-constitucional, deve deixar de aplicar as normas inconstitucionais, conforme nos ensina Lênio Luiz Streck:

(...) a possibilidade de os tribunais e até mesmo o juiz singular fazer uso dos citados mecanismos fundamenta-se no controle difuso de constitucionalidade. Impedir esse uso pelos juízes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso; seria uma espécie de meio-controle (...) Por isso a necessidade de uma constante filtragem hermenêutico-constitucional de todas as normas do sistema. Mais do que deontológicas, as normas da Constituição são deontológicas. Obedecer-lhas faz parte do compromisso ético do operador do Direito.³

Também, a inconstitucionalidade do Decreto 660/2007 é verificada quando se nota que o Estado de Santa Catarina legislou sobre processo penal – por meio de Decreto. *Quod est absurdum!*

Embora no preâmbulo do decreto se fale em “procedimento”, o conteúdo do diploma trata de processo penal, visto que disciplina **competência para a lavratura** do Termo Circunstanciado.

Não se adentrando na antinomia existente no próprio texto do Decreto 660/2007 (art. 1º c/ art. 4º e art. 5º), o Governador do Estado lançou poeira nos olhos dos cidadãos, dando aparente constitucionalidade ao diploma ao vedar

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370-371.

³ STRECK, Lênio Luiz. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. In Revista de Estudos Criminais nº 01, p. 52.

que a Polícia Militar praticasse quaisquer atos de Polícia Judiciária, bem como que a Polícia Civil não praticasse quaisquer ações de polícia ostensiva junto à ordem pública⁴.

O conteúdo do Decreto 660/2007 diz respeito ao **processo penal**, visto que define competência para a atuação dos órgãos policiais no que tange aos crimes de menor potencial ofensivo. Há uma clara agressão ao art. 22, I da CF/88, que dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Se a lei processual penal⁵ não especifica qual “autoridade policial” é competente, a medida de Direito (e natural Justiça) é analisar o termo à luz do art. 144, IV, V, § 4º e § 5º da CF/88, pois é na norma Maior que está delimitada a competência das “autoridades policiais” e não no “déficit” estrutural e de planejamento do Estado.

Este também é o entendimento de Paulo Rangel, que afirma que “a expressão autoridade policial refere-se, exclusivamente, aos delegados de polícia de carreira”(g.n)⁶.

Ou seja, embora cobertas pelo mesmo manto terminológico - “autoridade policial” (Lei 9.099/95) ou “polícia” (CF/88) - as “Polícias” Civil e Militar são ontologicamente distintas com funções claramente delimitadas pela Carta Constituinte. Assim, qualquer confusão de significado que resulte em desvirtuamento das suas funções deve ser reconhecida como evidentemente inconstitucional.

O Executivo Catarinense não somente extrapolou a competência tangente ao ente Federativo, como também a competência da esfera de Poder. Ora, o Direito Penal e o Processo Penal, sob a ótica do Garantismo Jurídico, são claras

⁴ Dec. 660/2007. Art. 4º É vedado à Polícia Militar praticar quaisquer atos de Polícia Judiciária, dentre os quais apuração de infrações penais, pedidos de mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, escuta de ambiente e representações de prisões temporárias e preventivas, bem como, cumprimento de mandados de busca e apreensão, exceto, neste caso, por determinação judicial.

Art. 5º É vedado à Polícia Civil executar ações de polícia ostensiva de preservação da ordem pública, privativas da Polícia Militar, exceto em operações conjuntas.

⁵ Art. 69 da Lei 9.099/95.

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 152.

limitações do Poder do Estado, logo, diante da sua tendência de sempre abusar do seu exercício⁷, há uma impossibilidade lógica do autocontrole do Executivo (senão, em vão a teoria de Montesquieu dos freios e contrapesos!)

Também, salta aos olhos o fato dos representantes do Ministério Público, como fiscais da lei, se quedarem ao silêncio, diante da clara incongruência entre o Decreto e a Constituição de 1988. Chama-se a atenção para este fato, pois a instituição do Ministério Público, em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, não se limita à “acusação pela acusação”, pois é concebido, em sua Lei orgânica (8.625/93), apromada à Constituição de 1988, como uma instituição que defende a ordem jurídica e o Estado Democrático.

Assim, opinamos pelo regular controle de constitucionalidade dos Termos Circunstanciados lavrados por policiais militares, amparados no decreto 660/2007, tendo em vista a clara agressão aos art. 144, IV, V, § 4º e § 5º e art. 22, I, todos da CF/88.

5. Dos efeitos da nulidade do Termo Circunstanciado lavrado pela polícia militar em um processo judicial

Quando o Termo Circunstanciado lavrado pela Polícia Militar é levado a julgamento, independentemente do grau de jurisdição que este se encontrar, é necessário o reconhecimento da sua nulidade e, conseqüentemente, de todo o feito.

Trata-se, processualmente, de **nulidade absoluta**. Nos termos do art. 563 do CPP, os prejuízos advindos de uma ação penal cuja motivação foi um procedimento efetuado por uma autoridade incompetente, não se cingem somente à defesa do cidadão individualmente considerado, mas transcende a causa específica e atinge todo o povo brasileiro, diante da abertura da possibilidade do exercício de arbitrariedades.

Tal prejuízo é notado, pois a agressão ao Contrato Magno de 1988 está se dando na negativa de vigência dos artigos 144, IV, V, § 4º e § 5º e art. 22, I da CF/88, que tratam o primeiro da limitação das competências das Polícias Civil e

⁷ MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. Capítulo VI, Livro XI.

Militar e o segundo da limitação e divisão da competência legislativa em razão da matéria.

Esta negativa de vigência significa, como já dito, um retrocesso militarista - cujas graves consequências ainda perduram na memória do povo brasileiro em virtude do golpe de 1964 - algo abominável na atual conjuntura Constitucional Brasileira e de Direitos Humanos internacionais.

Assim, diante da nulidade absoluta do TC, por causa de sua inconstitucionalidade, convém destacar que não há como admitir que a tal procedimento (que advém da norma contida no Decreto 660/2007) gere qualquer tipo de efeito; é nula “*ab ovo*”.

Ilustrativamente: **sem** a existência do ovo regularmente botado, um filhote de galináceo não nasce, cresce, se desenvolve e, logicamente, não haverá como, após morto, preparar-se com a sua carne uma saborosa canja⁸.

Seguindo-se a artística analogia, é necessário argumentar também que o Leviatã não pode preparar uma canja dos direitos e garantias do cidadão, principalmente os que dizem respeito à limitação do seu Poder, simplesmente “tomando-as” (para si)⁹.

É indiscutível que, até mesmo sob a ótica do Direito Administrativo, os atos administrativos praticados por policiais militares de competência constitucional da Polícia Civil, como a lavratura do Termo Circunstanciado, não podem ser “chocados” no mundo jurídico.

São absolutamente inválidos, nulos de pleno direito. Isto porque nenhum ato administrativo pode ser editado validamente sem que o agente disponha de poder legal/constitucional para tanto. A competência resulta explicitamente ou implicitamente da norma e é por ela delimitada.

Assim, os atos administrativos praticados pela Polícia Militar, na elaboração do Termo Circunstanciado são nulos e ilegais, não podendo gerar efeito algum.

⁸ A ilustração se faz necessária para demonstrar quão esdrúxulo é o ato do Governo estadual e quão necessário é o reconhecimento da nulidade.

⁹ Idem nota de rodapé nº. 8.

Não há espaço para utilitarismos quando se trata de ato praticado fora dos trilhos constitucionais. Este é o norte apontado por Alexander Hamilton, *in verbis*:

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria como sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem¹⁰.

A teoria da nulidade, com efeitos *ex tunc*, do ato inconstitucional foi plenamente acatada no Brasil, especialmente pela Corte Constitucional¹¹. O STF consagrou, através de sua jurisprudência, o tripé peculiar da tese da nulidade do ato inconstitucional: o ato é nulo, a inconstitucionalidade é, portanto, declarada, e o desfazimento dos efeitos do ato é retroativo.

O Ministro Celso de Mello justificou a adoção da teoria na ADIn 652/MA (Questão de Ordem), em que o STF consignou que o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição.

Tal postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que normas infraconstitucionais estejam obrigatoriamente em sintonia com as regras inscritas na CF/88, sob pena de ineficácia e de consequente inaplicabilidade.

Os atos inconstitucionais são, por isso mesmo, absolutamente nulos e destituídos, em consequência, de eficácia jurídica.

Assim sendo, entendemos que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, bem como a sua nulidade absoluta, estendendo-se os seus efeitos a todo o processo dele decorrente.

6. Considerações

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 288.

Com o desenvolvimento da pesquisa, verificamos a necessidade de se reconhecer a nulidade dos Termos Circunstanciados lavrados pela Polícia Militar do Estado de Santa Catarina amparados no Decreto 660/2007, pois este Decreto não se revela um instrumento legislativo hábil a regulamentar o art. 69 da Lei 9.099/95, em razão de sua inconstitucionalidade.

Isto porque, ao tratar de matéria processual penal, o Executivo catarinense usurpou a competência privativa da União, nos termos do art. 22, I da CF/88. Noutra tangente, o Decreto 660/2007, ao atribuir funções de polícia judiciária à Polícia Militar, viola o disposto no art. 144, IV, V, §4º e §5º da CF/88, que cinge esta tarefa à Polícia Civil.

A gravidade do problema se revela quando o déficit da polícia judiciária é sanado pelo Executivo catarinense em desobediência à Carta Magna de 1988 em uma ação notadamente utilitarista e o Judiciário acaba quedando-se ao silêncio em prol de um procedimento mais rápido que contribua para as estatísticas.

Explica-se: Esta ação utilitarista do Estado, que vem sendo ratificada pelo próprio Poder Judiciário, revela que a “eficiência” do processo penal (notadamente célere) acaba sendo tratada com mais importância que a própria constitucionalidade dos atos contidos no processo. No problema em tela, nota-se que acaba se tornando “ágil e prático” ao Juiz glosar um Termo Circunstanciado lavrado de maneira inconstitucional e aumentar as suas estatísticas de “sentenças prolatadas e processos concluídos” do que efetuar um controle rígido de constitucionalidade daquele ato.

Todavia, importante destacar o que leciona Alexandre Morais da Rosa, acerca do pensamento mercadológico aplicado ao Processo Penal:

“Apesar do fascínio do discurso *eficientista* por anestesiar os crédulos de sempre, não se pode, entretanto, romper com as “regras do jogo” democrático – fair play – em nome da *rapidez/eficiência*, a qual não deve ser confundida com efetividade (...) O Direito Processual possui limites democráticos fundamentais. E esse reconhecimento de certo grau de ceticismo é condição de possibilidade para um fundamento democrático, dado que há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser problema do Monastério dos Sábios para se tornarem questões de cidadania, de Democracia, abertas aos atores do mundo da vida”¹².

Assim, seguindo-se o referido autor, a constitucionalidade das Leis e Decretos são conquistas do regime democrático, representam “regras do jogo” que

¹² ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 218.

não podem ser ignoradas pelo pensamento mercadológico do “utilitarismo do Executivo” e da “rapidez/eficiência do Judiciário”.

Acima de tudo o Processo Penal em um Estado Democrático de Direito deve se firmar como um instrumento de defesa do cidadão contra os arbítrios do Estado, e se fundar integralmente nas garantias conquistadas, seja através da Constituição, seja através de normas internacionais de Direitos Humanos.

7. Referências das fontes citadas

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 4ª. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. Capítulo VI, Livro XI.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. In Revista de Estudos Criminais nº 01.

EFETIVO CUMPRIMENTO DO QUE FORA PACTUADO EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL. CONTINUIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL, AJUIZAMENTO DE EVENTUAL AÇÃO CRIMINAL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO À PROTEÇÃO À CONFIANÇA.

EDEMILSON MENDES DA SILVA

OAB/SC 24.541 – Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina em parceria com a Rede de ensino Luiz Flávio Gomes; Pós-Graduando em Direito Socioambiental pela PUC/PR. edemilson@martinelli.adv.br; silva.edemilsonmendes@gmail.com

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa, o que por si só justifica, como *extrema ratio*, a imposição de sanções penais as agressões contra ela perpetrada.

Por outro lado, há de se assentar seu caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v. g., arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60 etc.)¹.

Por sua vez, “a sanção penal só deve ser considerada legítima em casos de grave lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais, como *ultima ratio legis*, **na falta absoluta de outros meios jurídicos eficazes e menos gravosos**. Essa tendência político-criminal restritiva do *jus puniendi* deriva do Direito Penal moderno e da concepção material de Estado de Direito”². Grifo e negrito meu

Ou seja, se o ordenamento jurídico prevê outra forma menos gravosa para solução de determinado conflito, não se pode lançar mão do direito penal, sob pena de se proceder a um retrocesso no conhecimento jurídico penal.

Hodiernamente, um dos aspectos mais importantes na teoria do delito é o juízo da tipicidade. A propósito, o grande jurista argentino ZAFFARONI ensina que o *juízo da tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da*

¹ PRADO, L.R. **Direito penal do ambiente**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

² Idem, p. 127.

*proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. **A tipicidade conglobante é corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas***³.

Ademais, a função da tipicidade penal será, pois reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, **mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta**.

Dito isso, cabe perquirir quais as conseqüências jurídicas que podem advir de eventual celebração de termo de ajustamento de conduta ambiental, tendo em vista, a impossibilidade de se analisar o ordenamento jurídico as tiras, sob pena de se afrontar os postulados da segurança e da proteção à confiança.

Com efeito, atualmente a segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A outra, cuja natureza é a subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Dito isso, cabe indagar se, em se tratando de atos realizados pelo Estado, por intermédio de seus atores, no que tange à condutas previstas na Lei 9.605/1998, a celebração do **termo de ajustamento de compromisso (TAC)**⁴, deverá ser tida causa supra legal de exclusão da antijuridicidade de condutas tidas abstratamente como delituosas? E, ainda, poderá ser desprezada a transação ali realizada pelos demais atores estatais?

³ **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 459.

⁴ O TAC, por sua vez, é um mecanismo alternativo de solução de litígios ambientais que possibilita aos órgãos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais. (**Ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios/coordenador Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005, p. 332).

Para obter essas respostas teceremos alguns comentários sobre a legislação, jurisprudência, bem como citaremos trechos de doutrina quando imprescindível para melhor compreensão do tema.

Estabelece o art. 79-A, da Lei 9.605/1998, que “para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, **termo de compromisso** com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores”. Grifo e negrito meu

Por sua vez, o § 1º, do art. retro mencionado dispõe que “o **termo de compromisso** a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no ***caput*** possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes [...]”. Ou seja, com o ajustamento serão realizadas as correções daquelas atividades consideradas irregulares. Grifo e negrito meu

Depreende-se daí que não há justa causa a ensejar a ação penal, quando o Imputado, antes do recebimento da denúncia assina eventual termo de ajustamento de conduta, e da mesma forma, ou está cumprindo o que foi pactuado. Dessa forma, eventual denúncia sobre os fatos objetos do TAC, não poderá ser recebida, e se recebida for ao Tribunal, caberá determinar o seu imediato trancamento, eis que a matéria penal restará definitivamente desconstituída. O mesmo se diga, se por ventura, ainda estivermos na fase de eventual Inquérito Policial, e já houver sido assinado o aludido termo de compromisso de ajustamento da conduta ambiental.

Noutras palavras, é perfeitamente possível o trancamento da ação penal, bem como o arquivamento do Inquérito Policial, ao argumento de **inexistir** justa causa a ensejá-los, em razão de haver um (TAC), anteriormente assinado e, estar este sendo devidamente cumprindo, pois tal acordo celebrado entre o suposto infrator da lei penal-ambiental e os órgãos legitimados no art. 79-A, da lei de regência, tem o condão de tornar a peça acusatória totalmente improcedente e o Inquérito Policial, desnecessário e constrangedor.

A propósito, o termo de compromisso visa única e tão somente, que pessoas físicas e jurídicas possam promover as necessárias correções de suas atividades, atendidas as exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

Bem por isso, o termo de ajustamento de conduta ambiental, previsto quer na Lei de Ação Civil Pública⁵, quer na Lei nº 9.605/98, **não** pode ser um instrumento jurídico desconecto da área penal. Em face da circunstância de não ser incomum que promotores criminais recentemente estejam oferecendo denúncias quando já assinados os termos de ajuste ambiental, imprescindível torna-se a reflexão sobre os efeitos da assinatura do termo de ajustamento de conduta ambiental na área penal, não figurando mais admissível a independência entre a área ambiental e a penal, o que mostra ser irracional e despropositada a carência de limites à atuação do Ministério Público, ainda mais quando firmado um acordo pelo próprio.

É bom que, se diga que, tal termo, possui força de título executivo extrajudicial, o que por outro lado, acarreta na extinção da punibilidade do agente que o aceite e cumpra, devidamente, todos os compromissos ali firmados, impedindo, portanto, instauração de inquérito policial, bem como eventual propositura da respectiva ação penal.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes arestos:

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - CRIME AMBIENTAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - MATERIA PENAL DESCONSTITUÍDA - POSSIBILIDADE. - **A assinatura do termo de compromisso de ajustamento da conduta ambiental (TAC) junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia pelo "Parquet" obsta a propositura da mesma, ante a ausência de justa causa para a instauração da respectiva ação penal, devendo esta ser trancada. - Ordem concedida.** (TJMG HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.468818-3/000 – Dje. 03.04.2008. COMARCA DE TRÊS PONTAS - PACIENTE(S):

⁵ Dispõe o art. 5º, § 6º da Lei 7.347/1985: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

GILSON JOSÉ XIMENES ABREU - AUTORID COATORA: JD 2 V
COMARCA TRÊS PONTAS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO
ARMANDO DOS ANJOS) Grifos e negritos meu

HABEAS CORPUS - **CRIME AMBIENTAL - TRANCAMENTO DA AÇÃO
PENAL - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA** - ORDEM CONCEDIDA. (TJMG, 3.^a
C.Crim., Ap. n.º 1.0000.07.465790-9/000, Rel. Des. Paulo César Dias, v.u.,
j. 15.01.2008; pub. DOMG de 20.02.2008). Grifos e negritos meu

No mesmo norte, ainda que não tenha tratado da matéria em questão de
forma expressa, colhe-se julgado do colendo Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS
PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL.
ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA.
DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS
AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-
ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE
NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM.
INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I -
Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige
alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara
criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as
medidas assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser
havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra
ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal
que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena
privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve
pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a
ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados
com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que
também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental,
mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços. **V - Em crimes
ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta,**

com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. **(STF. HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185).** Grifos e negritos meu

Nesse julgado foi possível entrever que, em eventual julgamento de questão que suscite a falta de **justa causa**, a ensejar a ação penal, em face de suposto delito ambiental, quando o Imputado tiver assinado um TAC, e estiver cumprindo o mesmo nos moldes pactuado, deverá receber tratamento igual aos julgados anteriormente citado, ou seja, eventual ação penal deverá ser trancada, isto porque nos termos do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI “no que tange à alegação de dupla persecução relativamente aos fatos, anoto que, embora exista nos autos prova de que foi cumprido Termo de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público Estadual e, assim, extinta, em tese, a punibilidade quanto a uma ou algumas das imputações, o Superior Tribunal de Justiça corretamente afirmou o seguinte:

‘(...) ainda que o douto Promotor de Justiça tenha declarado que as condições impostas no TAC foram devidamente cumpridas (fls. 63-64), **há indícios de que a empresa permaneceu emitindo resíduos poluentes acima dos níveis permitidos nesse meio tempo, conforme laudo pericial feito pelo Instituto de Criminalística** (fls. 168-174).

(...)

Assim, não há que se falar em ausência de justa causa para a *persecutio criminis in judicio*, pois ainda que o Termo de Ajustamento de Conduta tenha sido regularmente firmado pela empresa, há notícias de que ela permaneceu emitindo poluentes acima dos níveis para caracterizar o suposto crime ambiental narrado na inicial acusatória”. **(STF. HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado**

em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185). **Negrito meu**

Ou seja, é crível que, caso a empresa tivesse cessado a atividade poluidora, o desfecho seria outro, com possível trancamento da ação penal em questão.

Noutro giro, é preciso asseverar que a jurisprudência não é uníssona quanto ao tema, veja, por exemplo, o que já decidiu a Justiça paranaense **“O termo de ajustamento de conduta impede apenas a propositura de ação civil pública sobre os mesmos fatos, subsistindo a possibilidade de responsabilidade penal e administrativa”**.

A propósito, data vênua, de elevados posicionamentos em contrário, não se afigura mais como admissível a independência entre a área ambiental e a penal, o que mostra ser irracional e despropositada a carência de limites à atuação do órgão acusador, quando firmado um acordo seja com amparo na Lei de Ação Civil Pública, seja na Lei nº 9.605/1998.

Para os adeptos desse posicionamento, pouco adiantará, caso o Imputado tenha firmado ou não eventual TAC, com os órgãos legitimados, eis que esse ato (celebração do TAC), para esses, não impede a deflagração de ação penal, por não esvaziar a justa causa, imprescindível para a propositura da mesma.

Com efeito, esse é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL**. ACEITAÇÃO DE *SURSIS* PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA. [...] 4. **A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal (HC n. 82.911/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 5/5/2009)**. Grifo e negrito meu

No mesmo sentido trago a baila os seguintes arrestos do TJPR:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 38 DA LEI Nº 9.605/98. DESTRUIÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E UTILIZAÇÃO COM INFRINGÊNCIA DAS NORMAS ESTABELECIDAS EM LEI. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE IRREGULARIDADES NO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AFASTADAS. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO ALIADA A DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA CULPOSA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO-PROVIDO. 1. É da competência da Justiça Estadual e não Federal o julgamento de crime de destruição de floresta em área de preservação permanente ocorrida dentro de propriedade particular, em que não se evidencia interesse direto da União. 2. **A assinatura do termo de ajustamento de conduta - TAC não impede a propositura da ação penal para apuração de crime ambiental.** 3. Não age com culpa e sim com dolo o agente que destrói vegetação da área de preservação permanente e utiliza essa área em desacordo com a legislação, conduta que se subsume inteiramente ao tipo disposto no art. 38 da Lei 9.605/98 se, mesmo depois de autuado pelo órgão ambiental, continua explorando a criação de animais na área, deixando de dar cumprimento ao termo de ajustamento de conduta, caracterizando a utilização indevida da área. (TJPR - 2ª C.Criminal - AC 0595584-8 - Ubiratã - Rel.: Des. Noeval de Quadros - Unânime - J. 01.10.2009) Grifos e negritos meu

Também em outros tribunais, assim, já se decidiu:

DIREITO PENAL - CRIME AMBIENTAL - ART. 54, DA LEI Nº 9.605/98 - **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL - NÃO-OCORRÊNCIA** - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA - POSSIBILIDADE - PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL - REDUÇÃO DAS PENAS - NECESSIDADE. I - **A**

celebração de Termo de Ajustamento de Conduta não tem o condão de, por si só, impedir a deflagração da ação penal, ou de afastar a responsabilidade criminal dos apelantes, uma vez que as esferas são distintas e independentes. II - A Lei 9.605/98, regulamentando

dispositivos constitucionais, prevê, de forma inequívoca, a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica por danos ao meio ambiente.

III - Verificada a exacerbação das penas em razão da rígida análise das circunstâncias judiciais, impõe-se a sua redução, pelo Tribunal, com o reexame destas. (TJMG – 1.0223.06.202025-8/001(1) – Rel. Adilson

Lamounier – 30/06/2009) Grifos e negritos meu

Desta forma e, diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a celebração de eventual termo de compromisso, com os órgãos legitimados, nos termos da jurisprudência dominante, não é capaz de gerar segurança jurídica, em sua faceta subjetiva, ou seja, no que concerne à proteção à confiança.

Noutras palavras não se pode afirmar que, a celebração do TAC, consiga obstar as demandas penais em andamento e nem impedir que outras venham a ser instauradas, o que assusta, eis que para se concluir nesse sentido é necessário fazer tabua rasa de uma série de princípios tais como: intervenção mínima do Direito Penal (*ultima ratio*); subsidiariedade da ação penal; falta de justa causa para a ação penal, consubstanciada na falta de interesse processual, ainda, assim a jurisprudência acena que a celebração do TAC, não, necessariamente, terá o condão de obstar qualquer tipo de persecução penal por vir, ou trancar as já em curso, ferindo de morte tais princípios, mormente à proteção à confiança, nos atos do estado.

Ou seja, celebrar o referido TAC, não necessariamente, garantirá que uma pessoa natural ou jurídica e seus dirigentes estejam livres de eventuais problemas no campo penal, ainda, que as supostas infrações tenham sido transacionadas por intermédio de termo de ajuste de conduta ambiental, o que viola o princípio à proteção à confiança.

Toque de Recolher

O *toque de recolher* é uma medida adotada no *estado de sítio* (CR, art. 137) ou em regimes ditatoriais, a exemplo daquele que vivemos “ontem” no Brasil, cuja lembrança mais atroz é o AI-5. Embora não tenha qualquer respaldo constitucional ou legal, está em discussão no cenário político a sua adoção, como medida para proibir a livre circulação, nas ruas e locais públicos, de jovens com menos de 18 anos, desacompanhados dos pais, após as 23:00 horas. Certamente, tal idéia é proveniente de pessoas que desconhecem a história ou que são inimigas do Estado Democrático de Direito.

A justificativa para adoção de tal medida seria, segundo os seus defensores, proteger os menores em *situação de risco* e garantir a segurança pública, pois, seriam os menores infratores uma ameaça à sociedade, principalmente, por causa da ação do narcotráfico. É possível dizer que as intenções são as melhores – embora os resultados sejam nefastos –, e, infelizmente, a opinião pública amedrontada e desinformada acolhe a idéia com simpatia.

Na esfera jurídica, ousamos afirmar, peremptoriamente, que o tal *toque de recolher* é inconstitucional por violar a liberdade de locomoção, ou seja, viola uma cláusula pétrea da nossa Constituição. Facilmente, uma liminar em *habeas corpus* seria concedida a qualquer menor de 18 anos que desejasse circular livremente pelas ruas da cidade após o referido horário.

Mas, a questão não deve ser debatida somente no plano jurídico. É preciso que analisemos a ideologia que fomenta a adoção desse tipo de mecanismo de controle social. Ainda que estivéssemos vivendo problemas mais sérios no campo da segurança pública, tal recurso é inconcebível numa democracia. A juventude deve ter liberdade para, dessa forma, transformar-se numa população de adultos conscientes da importância de respeitar a liberdade alheia, ao invés de procurar a solução dos problemas de segurança pública implantando normas violadoras da Constituição da República. Se uma das justificativas para o tal *toque de recolher* é a ocorrência de crimes, a medida deve se estender a todas as pessoas, crianças, adolescentes, adultos e idosos, afinal qualquer um pode praticar crimes.

O *toque de recolher* proposto equipara-se a uma sanção (privação de liberdade) aplicada aos jovens sem que tenham cometido qualquer ato infracional. Proteger as crianças e adolescentes da situação de risco não autoriza o Estado ou os seus agentes políticos instituir normas inconstitucionais. O fim teleológico do Estatuto da Criança e do Adolescente é garantir

o desenvolvimento saudável dessas pessoas. Entretanto, alguns procuram “tapar o sol com a peneira” e impedir os jovens de viver, mormente quando o discurso serve de trampolim político.

Outro ponto da discussão que não pode ser olvidado é o foco que se dará na execução da medida. As principais vítimas do *toque de recolher* serão os jovens pertencentes aos extratos mais pobres da sociedade. Jovens esses que ficarão privados da melhor sensação que se pode ter na vida: a sensação de liberdade, “essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda” (Cecília Meirelles).

Se algum toque de recolher precisa ser estabelecido, que seja dirigido aos políticos corruptos do país, cujas ações ilícitas privam as crianças e os adolescentes dos seus direitos sociais, assim como aos defensores de uma ideologia de controle social semelhante àquelas que sustentaram regimes ditatoriais.

Finalizo com o questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto: “e quem nos salva da bondade dos bons?”.

Leandro Gornicki Nunes, Professor de Criminologia e Conselheiro da OAB Joinville
(www.gornickinunes.adv.br)

Um Provimento para dar efetividade à uma Lei? Enfim...

Tarde? Talvez. Mas, enfim, o Provimento nº 06/2007 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, assinado pelo Corregedor Desembargador Newton Trisotto, no último dia 12.09.2007, veio 'dar efetividade' à Lei nº - 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Refiro dessa maneira, tendo em vista que, conforme testemunho de muitos advogados catarinenses, a maior decepção de um profissional da advocacia era dirigir-se até o balcão de uma das Varas Estaduais, solicitar a consulta de um processo, e não ser atendido por não ter procuração naqueles autos.

Apesar do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, desde o ano de 1994 conceder amplos direitos e poderes aos advogados em consultar processos, mesmo sem estar habilitado no feito como procurador constituído, inclusive com direito a fotocopiar peças, alguns escrivães judiciais insistiam em negar ao advogado esse direito, baseados no fato do Código de Normas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não recepcionar o mesmo texto disposto na Lei Federal.

O leitor, caso não atue no cenário forense, pode até se perguntar “pode o Código de Normas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina negar vigência a Lei Federal?”. A resposta, ao meu sentir, é NÃO, até mesmo porque, em razão do próprio Princípio, elementar, por sinal, da Legalidade.

Mesmo assim, este era o entendimento praticado por alguns dos servidores do Judiciário Estadual, principalmente daqueles que adotam como desculpa para tudo aquela detestável resposta tão ouvida pelos advogados, qual seja “está escrito no Código de Normas...” .

Bom, o que verdadeiramente importa agora é que, em razão dos justos pedidos efetuados pela advocacia catarinense, a Corregedoria, de forma responsável e salutar ao desenvolvimento da Justiça, deu efetividade ao dispositivo legal supracitado, em verdadeiro respeito aos preceitos constitucionais, que classificam a classe dos advogados como “indispensável à administração da Justiça” (Constituição Federal, art. 133).



Wilson Pereira Junior

Como citar este Artigo:

JUNIOR, Wilson Pereira. Um Provimento para dar efetividade à uma Lei? Enfim.... **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/32/um-provimento-para-dar-efetividade-a-uma-lei-enfim/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Uma questão de justiça

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), dentre suas finalidades, tem obrigação de defender a Constituição, a ordem jurídica e o Estado democrático de direito, os direitos humanos e a justiça social, conforme o artigo 44 da Lei 8.906/94. Como presidente da subseção de Joinville da OAB, tenho sido indagado para que explique algumas situações relativas ao grave crime que vitimou a menor Gabrielle, mais conhecido como o “crime da igreja”.

Sem embargo à defesa que está sendo realizada por uma advogada de Joinville, que assumiu o caso, é preciso tecer algumas considerações sobre o posicionamento da OAB/Joinville. Vivemos num Estado democrático de direito, onde a Constituição Federal é a nossa lei máxima e, como tal, deverá ser interpretada e analisada. O artigo 5º da Constituição Federal, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, traz estampado no inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, como traz, também, nos incisos LIV e LV, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O mesmo texto legal, no artigo 133, afirma que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício profissional, nos limites da lei”, e, ainda, conforme o parágrafo primeiro do artigo 31 da Lei 8.906, que “o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”. Para os advogados, juízes, promotores, delegados e demais operadores do direito, estas informações, com certeza, não são nenhuma surpresa e, por certo, a elas oporiam outras tantas; para a população de um modo geral, é preciso, contudo, alguma explicação sobre o conteúdo das normas acima transcritas e a aplicação das mesmas ao caso do “crime da igreja”.

Sendo o advogado peça indispensável na administração da Justiça e sendo direito de todos um justo processo legal, nada mais natural do que se dar aos acusados chance de defesa diante de qualquer acusação. Porque, diante de um justo processo, não só se estará fazendo a defesa do acusado propriamente dita, como também da própria sociedade, que terá certeza de que alguém foi absolvido ou condenado mediante um processo legal e justo. Não coadunamos com o crime, muito menos pretendemos deixar nas ruas quem comete crimes. Não concordamos com a dor irreparável da perda de um ente querido. Não podemos concordar, contudo, em deixar solto um criminoso ou manter na prisão um inocente. Sem defesa não poderá haver condenação nem absolvição, haja vista que a Constituição Federal, que respeitamos e defendemos quando do juramento feito, prevê expressa e obrigatória observância ao “devido processo legal” em todas as situações. A OAB sempre está alerta ao cumprimento da lei, para o bem da sociedade e a segurança do cidadão.

<http://www.an.com.br/2007/abr/12/0opi.jsp>



Édelos Fröhstück

Como citar este Artigo:

FRÜHSTÜCK, Édelos. Uma questão de justiça. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/18/uma-questao-de-justica/>>. Acesso em 24 abr. 2019.