

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 7 | ABRIL 2015 | NÚMERO 15

ENTREVISTA

Presidente da CAAPE,
Ronnie Preuss Duarte, faz
balanço de sua atuação
à frente da entidade, que tem
projetos e ações inovadoras
para os advogados.

ARTIGOS

As fragilidades do
superendividamento brasileiro
e sua correspondente ação
revisional

Isadora Fernandes Albuquerque Macedo
Luciana Pereira Gomes Browne

As distinções e limites das
sanções administrativas na Lei
8.666/93

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

MODELO

Ação de obrigação de fazer com
pedido de tutela antecipada

Mateus Costa Pereira



ADVOGADO, QUER PUBLICAR NA REVISTA ADVOCATUS?

Veja as orientações para quem
desejar publicar artigos:

- ✓ Fonte: tamanho 12, times new roman, espaçamento 1,5, alinhamento justificado.
- ✓ Referências uniformes: autor-data ou sistema numérico (rodapé)
- ✓ Número de laudas: mínimo de 10 e máximo de 35
- ✓ Conteúdo obrigatório: (a) título; (b) resumo do currículo do autor; (c) bibliografia.
- ✓ Enviar para o e-mail: esa@esape.com.br



EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE

Presidente

Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves

Vice-Presidente

Adriana Rocha de Holanda Coutinho

Secretário-Geral

Silvio Pessoa de Carvalho Júnior

Secretário-Geral Adjunto

Fernando Jardim Ribeiro Lins

Tesoureiro

Bruno de Albuquerque Baptista

Diretoria da ESA-PE

Diretor Geral

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor Secretário

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros

Diretor Cultural

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Diretor de Comunicação

Isaac de Luna Ribeiro

Conselho Editorial

Presidente

Gustavo Ramiro Costa Neto

Membros

Ronnie Preuss Duarte

Carlos Eduardo Ramos Barros

Venceslau Tavares Costa Filho

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Isaac de Luna Ribeiro

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo José Carneiro da Cunha

Projeto gráfico e realização

Executiva Press

www.executivapress.com.br

Fones: (81) 3221.5926 / 3421.7673

ISSN: 2177-3416

Tiragem

25 mil exemplares

A revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, da OAB-PE.

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidades dos respectivos autores.

A revista Advocatus Pernambuco não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de seus conteúdos só é permitida desde que citada a fonte.

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o email esa@esape.com.br

APRESENTAÇÃO

Gustavo Ramiro, Diretor Geral da ESA-PE 05

ENTREVISTA

Ronnie Preuss Duarte, Presidente da CAAPE 06

ARTIGOS

A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo Código de Processo Civil (CPC) 11

Ronnie Preuss Duarte

Mateus Costa Pereira

As fragilidades do superendividamento brasileiro e sua correspondente ação revisional 18

Isadora Fernandes Albuquerque Macedo

Luciana Pereira Gomes Browne

As distinções e limites das sanções administrativas na Lei 8.666/93 38

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da "execução" indireta 47

Roberto P. Campos Gouveia Filho

Raquel Silva Araújo

Da função fiscalizatória exercida pelo Tribunal de Contas nos processos concessivos de aposentadorias dos servidores públicos – Do decurso de prazos para a fiscalização do Tribunal de Contas 53

Tatiana Marie Baia Bittencourt

Os mecanismos de formação, aprovação e questionamento da Lei da Ficha Limpa nas instituições jurídicas, políticas e sociais 68

Anne Caroline Ataíde de Araújo

Assédio moral organizacional e a Síndrome de Burnout 87

Schamkypou Bernardo Bezerra

Prescrição e decadência em matéria de benefícios previdenciários no RGPS 97

Marcos André Couto Santos

Patentes de medicamentos: licenças voluntárias x licenças compulsórias 108

Maria Wanick Sarinho

A repressão ao Ponzi no Brasil: os limites da liberdade de se deixar enganar 113

Joaquim Rafael Lima do Couto Soares

A contribuição do Leiloeiro para efetividade do processo de execução trabalhista 121

César Augusto Aragão Pereira

Tratamento de águas residuais através da biorremediação: da obrigatoriedade jurídica à necessidade ambiental 131

Ingrid Zanella Andrade Campos

Presos sem imagem 138

João Vieira Neto

Antonio Tide Tenório Albuquerque Madruga Godoi

MODELO

Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada 144

Mateus Costa Pereira

NOVOS CURSOS ONLINE



A ESA-PE agora tem cursos online.
Preços promocionais a partir de R\$ 25,00 para
os primeiros cursos.

CURSO: COMO PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA
Prof: Alberto de Barros Lima

CURSO: A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO TST
Prof: Fábio Porto Esteves

CURSO: PESSOA NATURAL (GRATUITO)
Prof: Cristiano Carrilho

CURSO: PESSOA, PERSONALIDADE E CAPACIDADES
Prof: Venceslau Tavares

CURSO: RECURSO E REFORMA DO CPC
Profa: Fernanda Resende

CURSO: DIREITOS QUILOMBOLAS
Prof: Walter Claudius

CURSO: RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR
Prof: Luiz Mário Moutinho

CURSO: PRÁTICA DE SEGURADO ESPECIAL
Prof: João Paulo Pedrosa

CURSO: EXECUÇÃO PENAL E DE MEDIDA DE SEGURANÇA
Prof: Adeildo Nunes

CURSO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – PARTE GERAL E PRESTAÇÕES POR INCAPACIDADE
Prof: Luiz Henrique Diniz Araújo



INSCRIÇÕES PELO SITE DA ESA/PE
WWW.ESAPE.COM.BR



Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

CARO(A) COLEGA,

Mantendo nossa tradição, apresentamos a décima quinta edição da Revista Advocatus, uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes (ESA), da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Pernambuco (OAB-PE).

A Revista Advocatus, atualmente, é o segundo maior periódico jurídico em circulação no Brasil. Trata-se de importante ferramenta de atualização e aperfeiçoamento profissional, distribuída de forma absolutamente gratuita pela ESA a todos os advogados pernambucanos.

Nesta edição, temos uma entrevista com o Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados em Pernambuco (CA-APE), Ronnie Preuss Duarte, que trata de importantes projetos no âmbito de atuação daquele órgão. A entrevista também aborda algumas ações do entrevistado em prol da advocacia ao longo de três gestões, dentre as quais, inclusive, está o lançamento da primeira edição da Revista Advocatus, idealizada àquela época, quando dirigia a ESA.

Também são trazidos importantes artigos em diversos ramos do Direito, todos de conteúdo científico, servíveis a uma pesquisa do interessado sobre variados temas. São conteúdos produzidos por advogados e professores, que podem, inclusive, ser colecionados para eventual consulta futura.

O material veiculado, a exemplo do que sempre ocorre nas demais edições, foi previamente selecionado por um criterioso Conselho Editorial, de forma a garantir nosso prezo pela qualidade do conteúdo.

Esperamos, verdadeiramente, que esta nova edição da Revista Advocatus seja de grande utilidade, servindo não apenas como estímulo a novas produções científicas, mas também oportunizando aprimoramento técnico aos respectivos leitores.

Boa leitura.

Recife – Abril de 2014

Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

Gestão inovadora e compromisso com a categoria



RONNIE PREUSS DUARTE

Presidente da CAAPE

Advogado por profissão e vocação, Ronnie Preuss Duarte incorporou na sua rotina o hábito de exercer, ao mesmo tempo, papéis profissionais diversos ligados à advocacia. Além de presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco (CAAPE), é também diretor da Escola Judiciária Eleitoral de Pernambuco (EJE-PE). Autor de livros publicados na Europa e no Brasil e professor de direito processual civil, já ministrou aulas em faculdades locais e em pós-graduações, como as da Universidade Mackenzie/SP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). E integra o Conselho de Relações Internacionais da prestigiada Revista de Processo (da RT). Na OAB-PE, também já foi diretor geral da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA-PE). À frente da ESA-PE, criou a revista *Advocatus*, segundo maior periódico jurídico no país, que teve 200 mil exemplares distribuídos gratuitamente na sua gestão. E fez com que a ESA-PE, uma escola até então com poucos alunos, passasse a ser responsável pela formação continuada dos advogados pernambucanos: foram 3 mil matriculados em pós-graduações durante a sua gestão e, até agora, mais de 4 mil, o que a transformou em uma referência no país.

Desde o início de 2013 na presidência da CAAPE, adotou ferramentas de administração privada para dirigir a instituição, que inova com uma gestão voltada para a saúde preventiva dos advogados e com outras ações em benefício da categoria como a construção de estacionamento privados para os advogados no Fórum Joana Bezerra e no Fórum Trabalhista de Vitória de Santo Antão. Nesta entrevista à revista *Advocatus*, Ronnie Preuss Duarte faz um balanço de sua atuação à frente da CAAPE.

REVISTA ADVOCATUS -

O senhor fez uma administração inovadora na ESA-PE, transformando escola que praticamente não tinha alunos matriculados em uma instituição referência nacional na formação continuada de advogados com cerca de 3 mil alunos matriculados ao final de sua gestão. O que dessa experiência foi transportado da administração da ESA-PE para a administração da CAAPE?

RONNIE PREUSS DUARTE –

Na direção da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA-PE) conseguimos desenvolver um trabalho que acabou sendo reconhecido nacionalmente. Na ESA, inauguramos um programa de pós-graduações que já beneficiou mais de 4 mil advogados até agora e incrementamos a oferta de cursos de extensão. É o caso mais exitoso de inclusão educacional no Brasil. A escola ficou superavitária e hoje é referência. Também criamos a Revista Advocatus, hoje o segundo maior periódico jurídico do país, que chega à sua 15ª edição agora, e é distribuída gratuitamente a todos os advogados pernambucanos que receberam de graça e em casa mais de 300 mil exemplares desde a primeira edição. Distribuímos ainda mais de 50 mil cópias de bolso e outras publicações, sempre de graça e em uma iniciativa sem precedentes. Todo esse trabalho foi expandido pelo atual diretor geral da ESA-PE, Gustavo Ramiro, que já era diretor financeiro da instituição e nos sucedeu, partindo do que já

existia, dando continuidade à gestão e fazendo melhor. Agora estamos imprimindo à gestão da CAAPE o mesmo ritmo que conseguimos implantar na administração da ESA-PE, que é o ritmo de eficiência da iniciativa privada e o ritmo que o advogado de Pernambuco merece.

R.A. - Como a CAAPE está inovando em termos administrativos?

R.P.D. - A CAAPE está implementando práticas de governança corporativa similares às das empresas multinacionais, para aperfeiçoar seus mecanismos de gestão. Estamos seguindo com um trabalho que já foi iniciado em 2013, agora já estão sendo implementadas as recomendações feitas em um segundo relatório gerado pela Deloitte Auditores Independentes, empresa de renome mundial na área. O objetivo é a otimização dos recursos mediante o controle dos gastos e a transparência da gestão, para que possamos dirigir nossos esforços à assistência aos advogados de forma cada vez mais eficiente. Também procuramos inovar no âmbito da gestão política, com a nomeação de delegados que estão atuando junto às 24 subseccionais da OAB em todo o Estado, de forma a assegurar ao advogado do interior os mesmos benefícios criados pela CAAPE para os advogados da capital.

R.A. - Qual é a prioridade da CAAPE nesta administração para o atendimento e assistência aos advogados pernambucanos?

R.P.D. – Um dos principais focos dessa gestão é oferecer suporte preventivo à saúde do advogado, de modo que ele possa ter uma melhor qualidade de vida. Quando adocece o advogado tem necessariamente que procurar um médico, mas muitas vezes se esquece de cuidar antes, de forma preventiva, de sua saúde para que isso não aconteça ou para que eventuais pausas no seu trabalho – que atingem diretamente a sua renda – sejam evitadas. Assim, adotamos algumas iniciativas e criamos projetos e programas voltados para a melhoria da saúde, bem estar e qualidade de vida dos advogados pernambucanos. Considerando que os advogados em início e final de carreira têm dificuldades para pagar planos de saúde, iniciamos uma ação pioneira onde a CAAPE oferece gratuitamente consultas preventivas nas áreas de cardiologia, oftalmologia, urologia, mastologia, fisioterapia e psicologia. É um projeto pioneiro e que conta com provisão orçamentária para beneficiar mais de 4 mil advogados no triênio da nossa administração à frente da CAAPE. Transformamos o Outubro Rosa, com consultas em mastologista e exames de mamografia, e o Novembro Azul, com consultas de urologia, em iniciativas permanentes, que agora duram o ano todo. Temos também um plano odontológico onde os advogados pagam um preço simbólico de 30 reais por ano e passam a ter acesso a uma rede credenciada de quase 400 dentistas para assistência integral, fornecida pela Ortoclin. Fizemos, ainda,

uma grande campanha de vacinação contra a Gripe H1N1. E estamos fornecendo assistência jurídica integral e gratuita para todos os advogados que necessitarem judicializar qualquer demanda na área de saúde, seja contra entes públicos (União, estado e municípios) ou privados (planos de saúde). E para incentivar os advogados e advogadas a praticar atividades físicas regulares criamos um grupo de corrida e caminhada e organizamos passeios ciclísticos. Tudo monitorado por educadores físicos que prescrevem um treinamento individualizado para os participantes. E também criamos a Corrida do Advogado de Pernambuco, que teve sua primeira edição em 2014 no Recife com muito sucesso, e por isso a iniciativa será reproduzida também em outros estados.

R.A. – As consultas médicas gratuitas serão estendidas para o Interior do Estado?

R.P.D. – As consultas já estão disponíveis para serem realizadas em alguns pólos do interior e os presidentes das subseccionais que não possuem estrutura médica já estão em condições de organizar grupos e agendar as consultas na capital, de maneira a assegurar ao advogado do interior os mesmos benefícios daqueles colegas que atuam na Região Metropolitana.

R.A. – A CAAPE conseguiu nesta gestão solucionar um grande problema para os advogados que vão ao Fórum Rodolfo Aureliano, no bairro de Joana Bezerra, no Recife,

criando um estacionamento próprio gratuito. Há planos de iniciativas semelhantes em outros locais?

R.P.D. - De fato conseguimos solucionar um problema grande para os advogados e advogadas que militam no Recife, que era onde parar seus carros quando iam ao Fórum Joana Bezerra. Todos nós que militamos na advocacia sabemos que ter vários compromissos várias audiências no mesmo dia é uma constante na vida do advogado e a questão da mobilidade muitas vezes se transforma em um grande estresse e em um impedimento para que possamos cumprir os nossos diversos compromissos, necessários à nossa sobrevivência e à nossa renda. No caso do Fórum Joana Bezerra, desde que encerrou o contrato de uma empresa privada com o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o estacionamento existente passou a ser utilizado apenas pelos servidores da Justiça. Então o presidente da OAB-PE, Pedro Henrique Reynaldo Alves, entrou em articulação com a Prefeitura do Recife para que fosse liberada área que pudesse ser utilizada como estacionamento pelos advogados, tendo papel de destaque neste processo o secretário da Juventude e Qualificação Profissional da PCR e ex-presidente da OAB-PE, Jayme Asfora, e o secretário de Assuntos Jurídicos, Ricardo Correia de Carvalho, ex vice-presidente da OAB-PE. Com o grupo unido, conseguimos transformar o limão em uma limonada. A execução da obra em tempo recorde e a

administração do espaço foram confiados pela diretoria à CAAPE. E hoje temos um estacionamento próprio para os advogados e advogadas que precisam ir ao Fórum Joana Bezerra para exercer as tarefas da profissão. Já estamos em obras e inauguraremos um estacionamento gratuito no Fórum Trabalhista de Vitória de Santo Antão, graças ao dinamismo do presidente daquela subseccional, Washington Amorim, que conseguiu uma área junto à Prefeitura de Vitória e que vê um pleito antigo dos advogados sendo atendido pela CAAPE. Em breve inauguraremos um estacionamento gratuito também no fórum trabalhista da Sudene, contribuindo para solucionar um grave problema que aflige os advogados trabalhistas.

R.A. - Uma das dificuldades enfrentadas pelos advogados hoje é a questão da inclusão digital, uma realidade que ainda está distante de muitos advogados, principalmente os de idade avançada e muitos do Interior do Estado. Como anda o trabalho de inclusão digital que é desenvolvido pela CAAPE?

R.P.D. – Este é um projeto ao qual estamos muito dedicados. O PJe, sistema de peticionamento e acompanhamento dos processos, está se tornando obrigatório e vários advogados ainda têm dificuldades em atuar nesse ambiente. Nossa preocupação com a inclusão digital dos advogados começou ainda na ESA-PE, quando lançamos a Caravana do Processo Eletrônico, com aulas presenciais nas diversas cidades do Estado. Foram

quase 3 mil advogados frequentando esse curso. Agora na CAAPE estamos montando estruturas em vários fóruns e deixando instrutores permanentemente, de modo a auxiliar os advogados no peticionamento eletrônico. Já inauguramos estruturas nas Salas dos Advogados em diversos fóruns, como os de Olinda, Jaboatão, Garanhuns, Petrolina, Limoeiro, no Fórum Joana Bezerra, na Justiça Federal no Recife e no TRT da Sudene. Agora, vamos partir para uma nova etapa com uma ação idealizada pela ESA-PE, que é a criação de um Curso Online sobre o PJe, projeto este que está sendo coordenado por uma figura de referência no PJe em todo o Brasil, Frederico Duarte, que é membro presidente da Comissão de TI da OAB/PE, membro da Comissão do CF/OAB e de várias comissões de tribunais, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho.

R.A. – Houve apoio para a certificação digital?

R.P.D. - A exigência de certificado digital cada vez mais tem sido ampliada para que os advogados possam praticar os atos da profissão, como dar entrada na petição inicial de um processo, por exemplo. Desde junho do ano passado o processo eletrônico chegou às varas cíveis do Recife, ampliando-se gradativamente pela Região Metropolitana e também pelo Interior. E, para atuar em meio eletrônico, os advogados também precisam de certificação digital. Na nossa atuação na ESA-PE tivemos a iniciativa pioneira em nível nacional de trazer para dentro da OAB-PE

a certificação digital, tomar para nós a responsabilidade de fazer a certificação digital por meio de um convênio com a Certisign, inclusive levando a certificação para as subseccionais do interior. Prosseguimos com esse foco na CAAPE. Uma das maneiras de certificação digital é com o uso de um token e a CAAPE forneceu durante um período gratuitamente o token para os advogados que optaram pela certificação digital por esse método, para divulgar a necessidade da certificação. A procura foi enorme, a ação deu certo.

R.A. – Que outros projetos da CAAPE também podem ser destacados?

R.P.D. – Temos outras iniciativas desta gestão que são inovadoras e uma delas é o Projeto Maternidade Legal. É uma ação que tem os olhos voltados, sobretudo, para a mulher advogada. A CAAPE arca com o custo da anuidade da advogada ou advogado no ano que tiver ou adotar um filho. É uma forma de contribuir com as famílias de perfil de renda mais baixo e que, com o aumento da família, são obrigadas a assumir novas responsabilidades e preparar-se para receber o bebê com aquisição de enxovais e reformas, sem falar que têm de se afastar temporariamente do exercício profissional. Aumentam as despesas e diminuem as receitas. Sensível à essa realidade a CAAPE cumpre o seu dever institucional prestando assistência nesse momento que é sempre marcante na nossa existência. Outra iniciativa que está sendo muito bem aceita pela

categoria é a Campanha Livro do Mês, onde ofertamos, a cada mês, para os advogados a aquisição de livros jurídicos com 60% de desconto.

R.A. - Como os advogados podem se utilizar dos convênios e parcerias que são firmados pela CAAPE?

R.P.D. – Todos os advogados filiados à OAB-PE estão automaticamente filiados à CAAPE, então temos um universo de cerca de 30 mil advogados. Podem usufruir dos serviços e convênios oferecidos pela CAAPE os advogados que estão adimplentes com a OAB-PE. A CAAPE tem uma política de buscar convênios para oferecer descontos em produtos e serviços, de maneira a dar ao advogado uma condição diferenciada de acesso a esses produtos e serviços. Esses convênios estão dispostos no site da CAAPE – www.caape.org.br – por áreas (cultura, gastronomia, hospedagem, serviços, educação, comércio e saúde). Alguns convênios têm um formato bastante diferenciado. Firmamos, por exemplo, um convênio com a APCEF (Associação de Pessoal da Caixa Econômica Federal) de maneira a possibilitar que o advogado utilize toda a estrutura de clubes, hospedagem e da rede que beneficia os membros da APCEF.

R. A. – Qual será o principal foco da CAAPE agora neste último ano de gestão?

R.P.D. – Estamos nos dedicando este ano à interiorização da CAAPE, para que possamos universalizar o máximo possível as nossas ações. Já estamos estimulando e

apoiando as subseccionais a fazerem suas Corridas dos Advogados, como houve em Petrolina e Caruaru. Também já houve a realização de Passeio Ciclístico em Arcoverde e queremos que essas iniciativas se repliquem. Estamos, ainda, apoiando várias subseccionais na manutenção das suas estruturas, suprindo pedidos que são apresentados pelos delegados da CAAPE nas subseccionais. Queremos cada vez mais trazer o advogado para dentro da CAAPE, para que ele usufrua dos serviços que são oferecidos.

R.A. –E em relação à defesa das prerrogativas e às bandeiras institucionais da OAB/PE e da advocacia, o que a CAAPE tem feito?

R.P.D. – O que é preciso entender é que a OAB/PE está dividida em órgãos com atribuições específicas. A CAAPE tem um papel que é prestar serviços e assistir. Em relação às prerrogativas há uma comissão específica e o tema é caríssimo a qualquer advogado que tenha verdadeiro apreço à profissão, que é o meu caso. Sou advogado militante e venho de uma família de advogados. Vou ao fórum e aos tribunais praticamente todos os dias. Praticamente cresci dentro de um escritório de advocacia. Fui a uma “primeira audiência” acompanhando meu pai quando tinha uns seis anos de idade. Senti na pele situações de violações às prerrogativas e acho que a advocacia depende sempre de um incremento e da busca por uma melhoria constante na atuação em defesa das prerrogativas profissionais. A OAB/PE tem

se ocupado, tem feito desagravos. A CAAPE apoiou recentemente a elaboração de cartilhas e campanhas informativas, voltadas à conscientização do conteúdo e da importância das prerrogativas para toda a sociedade. Um pernambucano, Leonardo Accioly, é presidente da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e vem fazendo um trabalho reconhecido nacionalmente. Importante aprender que quando o advogado atua, atua em defesa de direitos de terceiros e que todo aquele que tem um direito violado depende como regra de um advogado para ter a solução do seu problema. Quando um advogado vê cerceada a sua condição de atuar, quem perde, sobretudo, é o cidadão, é o cliente. Daí a suma importância do esforço pela preservação das prerrogativas profissionais. A CAAPE também apoiou, patrocinando, a campanha Vote Limpo, coordenada pelo diretor Bruno Baptista, que foi um grande sucesso no período eleitoral.

R.A. - Um novo Código de Processo Civil (CPC) foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff e entrará em vigor em um ano. O senhor acha que o novo CPC atende aos anseios atuais da sociedade e seus litígios?

R.P.D. - Há uma expectativa enorme em torno dessa nova codificação. Infelizmente, os anseios não serão atendidos. O código representa um avanço, trará melhoras, mas não resolverá o problema. Temos uma litigiosidade elevada na nossa sociedade e a média de processos por juiz

no Brasil é uma das maiores do mundo. Isso nenhuma legislação resolve. A judicialização é uma questão cultural. Para além disso, acho que a carreira de magistrado vem perdendo atratividade. Os “penduricalhos” sob a forma de auxílios para recomposição de perdas são nocivos no longo prazo, além de isso ser moralmente questionável. Outro aspecto preocupante, e que ameaça o serviço público de maneira mais ampla, é que uma geração inteira submetesse a concursos públicos por razões outras que não avocação para a carreira eleita.

R.A. - O presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, em entrevista concedida ao programa “Roda Viva” da TV Cultura, disse estar disposto a contribuir com a extinção do Exame de Ordem. Como o senhor vê essa ideia?

R.P.D. - Um enorme desserviço que o presidente da Câmara presta à sociedade. Uma medida que tangencia a irresponsabilidade, pois o déficit de qualificação do advogado expõe os cidadãos à perda dos seus direitos, sobretudo a liberdade e o patrimônio. Um médico, quando desqualificado, pode matar um paciente. Um advogado imperito pode fazer com que o cliente fique desnecessariamente preso ou perca o respectivo patrimônio familiar. E como os processos demoram, até que o mercado consiga identificar os maus profissionais, um prejuízo imensurável já terá sido ocasionado à população. É pela relevância social do advogado que a OAB impõe o exame.

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)

Ronnie Preuss Duarte

Advogado. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco (CAAPE). Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJE) do TRE-PE. Membro do Conselho de Relações Internacionais da Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais, da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Foi Coordenador e professor em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Autor de livros e artigos publicados em Portugal e no Brasil.

Mateus Costa Pereira

Mestre em Direito Processual. Professor de Processo Civil da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep). Advogado.

Sumário: 1 Introdução. 2 Inversão do ônus da prova e julgamento com base em “verossimilhança”: esclarecimentos iniciais 3 Dinamização do ônus da prova. 3.1 A recepção da teoria no Brasil. 3.2 Requisitos e desdobramentos práticos. 4 Considerações finais. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Sem pretender reduzir os horizontes probatórios do processo à repartição dos ônus (estática ou dinâmica), isto é, sem olvidar um direito processual subjetivo à prova (CAMBI, 2001, p. 45 e ss.), este trabalho enfoca a teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios; conquanto essa teoria não seja novidade entre nós, agora vem disciplinada no novo CPC. Nosso intento é fazer um bosquejo doutrinário diante da singular relevância do assunto, refletindo o novo texto normativo à luz das principais correntes formadas sobre o tema no Brasil. O tema exige cautela; respeitosa doutrina já afirmou que a matéria é uma das mais complexas no âmbito do direito processual (TARUFFO, 2012, p. 260). No curto espaço de um artigo, não tencionando exaurir o tema – o que não conduz a uma necessária abor-

dagem rasteira – também iremos estreimar o instituto de outros assuntos afins e apresentar alguns desdobramentos práticos da dinamização. Segue.

2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E JULGAMENTO COM BASE EM “VEROSSIMILHANÇA”: ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Ônus é um “encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”; encargo, isto é, carga ou peso, cuja não desincumbência pode levar a um prejuízo; pode, não necessariamente traduz um. ¹Nessa perspectiva, ônus não se confunde à obrigação, pois no último caso a desobediência implica um resultado negativo ou mesmo à sorte da reprimenda judicial (DALL’AGNOL JR., 2001; KNIJNIK, 2006; THEODORO JR, 2010, v. 1, p. 432; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, v. 2, p. 81). Os ônus também ditam das obrigações pelos interesses que são tutelados; no primeiro caso, da própria parte e no último, de terceiros. Há várias situações de ônus processuais entre nós, podendo-se citar a apresentação: de defesa, da “réplica”, de um recurso, a produção de prova etc. – os ônus vêm atrelados às faculdades (poder).

Particularizando ao tema do ônus da prova, o CPC/73 adotou a conhecida regra estática de

1 Com o cuidado de observar, com apoio em Dinamarco, que o ônus pode ser “relativo” (ex. Ônus da prova), ou “absoluto” (ex. não apresentação de Apelação diante de uma sentença desfavorável). No último caso, continua o autor, as consequências da inércia são inevitáveis, fatais. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85.

2 Nesse sentido, lembra RUI RANGEL ser “acertado afirmar-se que quanto melhor forem apuradas (e mais perfeitas) as regras de regulação do ônus da prova, mais se aproxima a decisão da verdade material possível ou seja, mais justa será, com certeza, a decisão” RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 101.

3 O CDC também traz hipóteses de inversão legal (ex. Art. 12, §3º; art. 14, §3º etc.), mas sua análise ressaí de nossos objetivos. A título de esclarecimento, o legislador pode atribuir a negativa do fato constitutivo ao réu (O §3º do art. 12, CDC, imputa ao “fabricante, construtor, produtor ou importador” a prova, por exemplo, de que o produto colocado no mercado não apresenta defeito). No particular, ela se aproxima da “presunção legal relativa”, se é que com ela não se confunda. No sentido de ser uma presunção legal relativa, com a qual concordamos: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 89.

atribuir o encargo probatório a quem alega; os dois incisos do art. 333 refletem essa diretiva (SANTOS, 1952, p. 144-145; SILVA, 2008, v. 1, t. I, p. 267) – isso sob a dimensão subjetiva (partes), mas sem olvidar a dimensão objetiva do ônus (julgamento) (BARBOSA MOREIRA, 1980) –, consubstanciada no brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Contudo, a opção legislativa é criticada por sua artificialidade, na medida em que, contrastando à própria ideia de instrumentalidade, é indiferente à riqueza do direito material (DALLAGNOL JR., 2001; KNIJNIK, 2006; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, v. 2, p. 88); vale dizer, o legislador conferiu tratamento uniforme a todas as situações, o que, de certa forma, pressupõe uma paridade – perpétua – de armas dentre as partes (paridade significando que “todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas” – CRUZ E TUCCI, 2010). Ademais, a regra pressupõe uma simplicidade e repetição das situações da vida. Em síntese, o preceito encarna uma lupa redutora da complexidade (riqueza da vida). Por algum tempo acreditou-se que a regra estática seria temperada pelo princípio da aquisição ou comunhão da prova; algo que, sob a perspectiva da isonomia, decerto que não funcionou. Muito bem.

A única concessão feita pelo legislador do CPC/73 sobre o tema consta do parágrafo único do art. 333, ao permitir um negócio jurídico que altere a regra do “caput”, a chamada “convenção sobre o ônus da prova”. Todavia, malgrado se desconheçam estatísticas sobre o assunto, essa também aparenta ser uma situação de rara ocorrência, revelando, mais uma vez, o compromisso ideológico do legislador com uma suposta igualdade dentre as partes – aqui, em sentido negocial. Até então não se falava em inversão do ônus da prova, seja legal (ope legis; apriorística (em abstrato) ou jurisdicional (ope iudicis; posteriorítica (em concreto).

Coube ao legislador do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ampliar os horizontes no campo dos ônus probatórios, sensível à relevância da distribuição do onus probandi para a potencial justiça da decisão a ser proferida (RANGEL, 2002, p. 101).⁴ Alinhado aos anseios protetivos, sobretudo ao acesso à justiça do consumidor, o art. 6º, inc. VIII, do CDC permite a inversão do ônus da prova – ope

iudicis –⁵ sempre que demonstrada a hipossuficiência⁶ ou a verossimilhança das alegações⁷. O preceito em questão somente pode ser aplicado diante de uma dessas situações, havendo, inclusive, um ônus do pretense beneficiário em demonstrar uma delas no caso concreto.⁸ Algumas polêmicas marca(ram) o tema da inversão do ônus da prova, mas uma análise miúda desborda de nossos propósitos.

Sobre ampliar os poderes do magistrado, a inversão pressupõe a ocorrência de uma das situações descritas em lei; fora delas não é possível ao magistrado reverter a carga probatória. Nessa esteira, conquanto forte, não soa absurdo afirmar que, em certa medida, o móvel da regra encartada no CDC também é estático: inverte-se o ônus (redistribuição estática), apenas em benefício do consumidor, se e somente se, demonstrada uma situação de fato que espelhe o requisito A ou o requisito B – e o processo continua sendo encarado sob uma lupa redutora da complexidade... E se não se tratar de uma relação de consumo? E se não for o caso de hipossuficiência ou de verossimilhança das alegações e, nada obstante, a aplicação do art. 333, CPC, inviabilizar o pleno exercício do contraditório ou de outro direito processual fundamental? Responderemos a essas indagações em momento oportuno.

Por último, nenhuma dessas situações se mistura à redução das exigências probatórias (redução do módulo da prova) rumo à aceitação de definitividade dos juízos de verossimilhança. Entre nós, a teoria é encabeçada por Marinoni e Arenhart, os quais preconizam seja dispensada a demonstração da verdade para algumas situações [ex. Lesões pré-natais (demonstração de que os problemas de saúde numa criança foram ocasionados em virtude de lesões suportadas pelo feto durante a gestação – prova da causalidade)], senão que o julgamento tenha fundamento apenas na prova de verossimilhança daquilo que é afirmado. Claramente, não há como confundir a proposta defendida pelos autores

5 O que, a nosso ver, não pode ser confundido à vulnerabilidade; todo consumidor é vulnerável – a própria legislação protetiva tem isso como premissa –, mas não é, necessariamente, hipossuficiente. Também nesse sentido: THEODORO JR., Humberto, op. cit., p. 435. E também Miragem, para quem, a vulnerabilidade é presumida no plano do direito material, e a hipossuficiência depende de demonstração no caso concreto. MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 136. Já Cláudia Lima Marques se refere à hipossuficiência como “espécie de vulnerabilidade processual”. “A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor”. In: Manual do direito do consumidor. São Paulo: RT, 2009, p. 63.

6 O “*id quod plerumque accidit*”; aquilo que normalmente ocorre). Na precisa lição de Taruffo: “se considera verossímil aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamentos ou de acontecimentos”. A verossimilhança, pois, pressupõe que o evento seja “repetível”, que se enquadre na “normalidade”. Dai porque, assevera o mesmo doutrinador, a verossimilhança não tem nada a ver com a veracidade ou falsidade do fato afirmado. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 111.

4 Nesse sentido, lembra RUI RANGEL ser “acertado afirmar-se que quanto melhor forem apuradas (e mais perfeitas) as regras de regulação do ônus da prova, mais se aproxima a decisão da verdade material possível ou seja, mais justa será, com certeza, a decisão” RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 101.

ao tema da inversão, já que uma coisa é a alteração da convicção do magistrado (verdade ou verossimilhança) e, pois, daquilo que deverá ser demonstrado nos autos; coisa diversa é saber quem está encarregado de demonstrar essa verdade ou verossimilhança pressuposta pelo direito material e processual. Em suma, o que os referidos doutrinadores professam é uma flexibilização no paradigma da convicção judicial, haja vista a falta de racionalidade de sua observância uniforme para todos os casos (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 204-209), pois há situações em que a convicção de verdade e, pois, a prova com esse fito – não apenas no atual contexto tecnológico – é sobremodo difícil ou impossível para qualquer das partes. No ensejo, é o que ocorre com clareza na tutela inibitória pura (tutela contra a ameaça de um ilícito) que, voltando-se para o futuro, indiscutivelmente, reclama a diminuição do módulo da prova. Muito bem.

As situações encimadas não se confundem à dinamização – objeto do próximo item. Por ora, importante consignar que ela guarda mais proximidade com a inversão, na medida em que também é posta como alternativa à distribuição estática dos ônus probatórios.

3. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

3.1 A RECEPÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

A despeito das polêmicas em derredor do tema da inversão do ônus da prova, o estado atual de arte arrima uma aplicação restrita em nosso ordenamento jurídico. Por conseguinte, esse instituto com envergadura para densificar o acesso à justiça, mesmo com o advento do CDC, não mudou a realidade dos litigantes em geral, senão dos consumidores que demonstrem a presença de um dos requisitos – consignando que há precedente em matéria ambiental (REsp 972.902/RS). Significa dizer que, outras tantas situações foram deixadas à margem de uma moderna técnica processual, sendo suficiente citar os inúmeros casos de prova diabólica (“vício de inescurecimento”); ou mesmo de situações peculiares do direito material em que, ao menos em tese, a inversão do ônus não é aplicável. Ora, pelo ordenamento processual do CPC/73, diante de uma situação em que é difícil ou quase impossível

vel a alguém produzir uma determinada prova, mas sendo possível à parte adversa produzir a contraprova (a negativa do fato), a situação jurídica acabava sendo absorvida pela regra genérica do art. 333, CPC/73, resolvendo-se na pura abstração ali estatuída – em geral, os pretórios não perfilham a construção doutrinária pelo afastamento do dispositivo em virtude de sua não recepção circunstancial, defendido por Macêdo e Peixoto como o único método juridicamente viável para o afastamento da distribuição estática (2014, p. 205). Como visto, o mais longe que o legislador processual caminhou foi admitir a convenção acerca do ônus.

Diante desse cenário, no início da década de 90, ecoando a doutrina argentina da distribuição dinâmica das cargas probatórias, já era possível encontrar vozes entre nós que censuravam a exegese do código que somente alcançava a distribuição estática, isto é, defendendo que a nossa legislação também recepcionava a distribuição dinâmica. É nesse sentido a preleção de Dall’Agnol Jr. (2001), o qual, num dos primeiros trabalhos publicados sobre a dinamização no Brasil, criticava os intérpretes que ignoravam os poderes instrutórios do magistrado (art. 130, CPC/73): na “visão tradicional, a incidência do art. 333, do CPC, ostentar-se-ia inexorável; e asséptica, porque de resolução em abstrato, sem consideração para o caso concreto”. Para o mesmo autor, a teoria que é tributada a Jorge W. Peyrano – senão como autor, decerto que um dos principais difusores –, malgrada a ausência de previsão expressa, retiraria seu fundamento dos poderes instrutórios; todo magistrado, pois, teria poderes para redistribuir os ônus atento às circunstâncias do caso.

Motivado por situações da vida ou do direito material em que sobreleva a dificuldade probatória, não é incomum o próprio legislador (de direito material) abrandar alguns requisitos, o que, reflexamente, afeta o objeto da prova; a evolução do Direito em atenção à complexidade social, pode conduzir a essas reformas. Nesse contexto, figure-se o exemplo da teoria da responsabilidade civil, cujo longo percurso evolutivo levou à presunção de culpa nalguns casos, seguindo à formulação da responsabilidade objetiva (teoria do risco) e, ainda, à responsabilidade pelo risco integral (SCHREIBER, 2007, p. 16 e ss.). Essas situações, de nítidos reflexos no direito processual, decerto que

7 Há divergências interpretativas sobre o alcance da “hipossuficiência”. Alguns autores entendem que apenas a hipossuficiência econômica poderia autorizar a inversão (Marinoni) ao passo que outros também trabalham com a ideia de uma hipossuficiência técnica. Criticando a restrição à hipossuficiência econômica e falando que o verdadeiro problema situa-se no campo do conhecimento do consumidor (de ordem técnica ou científica): DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr, op. cit. Com sentido similar, apontando como causas a hipossuficiência econômica, social e mesmo cultural, é o alvitre de Klippel e Bastos, os quais, asseveram que o requisito somente pode ser aferido corretamente em confronto à parte adversa da relação processual. BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. Manual de Processo Civil. Vitória: Acesso, 2011, p. 342-343.

8 Com necessários temperamentos nesses casos, pois não são todos os casos de fatos negativos que, necessariamente, motivam a alteração do ônus, senão os fatos “negativos indefinidos”. Há casos em que a prova do fato negativo alocado como fato constitutivo do direito pode ser realizada pela demonstração de um fato afirmativo. Assim, por exemplo, a pessoa alega que não praticou uma infração de trânsito naquele determinado dia e hora na cidade de Belo Horizonte, porque, por exemplo, estava em outro local ou outra cidade no mesmo horário. Situação diversa, por exemplo, é aquela em que se alega que não recebeu a notificação de infração no prazo de trinta dias, porque sequer foi recebida qualquer notificação à ciência do ocorrido e apresentação de defesa. No primeiro caso há um fato afirmativo correlato; no segundo, não. Sem ignorar que o ordenamento também oferece mecanismos específicos à demonstração de alguns fatos negativos como é o caso das certidões negativas.

facilita(ra)m a atuação da parte interessada em juízo; mas são situações, é importante enaltecer, que não se confundem ao regramento de direito processual probatório, pois a flexibilização é do próprio direito material que não exige a demonstração de culpa (teoria do risco) ou que sequer admite a alegação de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (teoria do risco integral). No particular, o alvitre é do legislador, e não do magistrado – cediço que o legislador não é um ser iluminado como, justamente, era pregado pelo racionalismo iluminista, recordando as influências ideológicas subjacentes à codificação (SILVA, 2006, *passim*) –, de modo que outras situações continuam sendo deixadas à sua margem.

De nossa parte, deparamo-nos com diferentes situações de dificuldade probatória que não contaram com a “clarividência” do legislador e tampouco se enquadram numa relação de consumo. Figuremos três situações comuns do cotidiano: prova de fato negativo⁹; demonstração dos requisitos à configuração da fraude contra credores (*eventus damini + consilium fraudis e scientia fraudis*); demonstração de dor, sofrimento, angústia etc. à configuração do dano moral – todas situações de larga ocorrência e que podem gerar dificuldades probatórias¹⁰.

Rigorosamente, a dinamização do ônus da prova não é uma novidade entre nós, na medida em que, timidamente, já vinha sendo aplicada pela jurisprudência atenta a algumas situações de probatio diabolica, o que, inclusive, retiraria fundamento do próprio inciso II do parágrafo único do art. 333, CPC/73 (KNIJNIK, 2006). De toda sorte, agora vem disciplinada pelo novo Código de Processo Civil. Antes de seu advento, façamos novo registro, muitas vezes já conclamavam sua aplicabilidade no direito brasileiro, mormente para garantir a isonomia no plano dos ônus probatórios (KNIJNIK, 2006; MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 160). Todavia, sabe-se que muitos operadores ainda não se desvincilharam do vezo oitocentista dos códigos e de seu manuseio reportado por Bobbio (1995, p. 78), daí a renovada importância de precisos contornos normativos. Cargas dinâmicas mais se desenvolveu (PEYRANO, 2008). Mas não apenas no campo da responsabilidade do profissional liberal ela poderá ser aplicada. Em atenção à isonomia, a teoria também vem sendo empregada no campo das relações contratuais bancárias e securitárias (DALL’AGNOL JR., 2001) e, certamente, tende a ser aplicada para outras situações. Analisemos os contornos normativos e alguns de seus desdobramentos.

9 Sem ignorar que, em se tratando de dano moral, a jurisprudência, tentando corrigir um erro, consagra a teoria do dano moral *in re ipsa* nalguns casos. Por certo que dano moral nunca deveria estar atrelado à demonstração de dor ou qualquer outra situação anímica. O erro está na origem. (Sobre o tema, mais uma vez, cf. SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, *passim*). E quanto à prova do fato negativo, também há julgados entendendo que o ônus pode ser invertido.

3.2 REQUISITOS E DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS

Para expor e desenvolver alguns aspectos práticos do tema neste leito de Procusto (um artigo), nossa estratégia será partir das seguintes indagações: Quais são os requisitos à dinamização? Qual a medida da “excessiva dificuldade” ou “impossibilidade” de cumprir o encargo que justifica a distribuição dinâmica do ônus da prova? Depende de requerimento? A dinamização é regra ou tem caráter subsidiário? Em que momento deverá ser aplicada a distribuição dinâmica? Sua aplicação pressupõe que a outra parte, a qual se atribui um ônus, necessariamente, tenha melhores condições de provar?

Os requisitos à aplicação do instituto vieram indicados no novo CPC – considerando que, ao tempo da elaboração deste opúsculo, o projeto de lei ainda não havia sido sancionado, opta-se por não citar a numeração. Sem embargo, reproduzimos seu conteúdo para facilitar a análise: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. O caput e seus incisos, basicamente, reproduzem o preceito constante do art. 333, CPC/73, sendo desnecessário transcrevê-los.

Antes do novo CPC, entre nós, ao lado da hipossuficiência probatória, Theodoro Jr. entendia que a “verossimilhança” também seria um requisito necessário à dinamização e que, inclusive, o dinamismo seria melhor empregado na seara das provas indiciárias ou circunstanciais (2010, v. 1, p. 432-434). Já Rodrigo Klippel, manifestando-se sobre o projeto de novo CPC ainda na versão apresentada pelo Senado, elogiava a ausência daquilo que lhe parecia um “critério casuista e de difícil interpretação” (2011, p. 350). Diferentemente do art. 6º, inc. VIII, CDC, constata-se que o texto normativo não exigiu semelhante demonstração, tendo, no ponto, avançado.

É importante ter em mente que a dinamização não revoga a distribuição estática, tampouco havendo uma antagonização radical no caso concreto; mesmo porque, a aplicação da dinamização não precisa afastar a

10 Foi o que sinalizou a Min. Nancy Andrighi em voto exarado no Resp nº 896.435, seguido pelos demais pares da 3ª turma. Na ocasião, muito embora não tenha havido a aplicação direta da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova para solucionar o caso em exame, essa teoria foi um dos fundamentos invocados para que fosse decretada a invalidação da sentença. Em suma, entendeu-se que o magistrado procedeu com “error in procedendo”, pois teria outras “alternativas” processuais à sua disposição, que não julgar o pedido improcedente pela ausência de juntada de documento indispensável à propositura da ação, sobretudo diante de um pedido de exibição incidental formulado pela parte. Recomenda-se a leitura do voto da ministra.

distribuição estática (pode haver mais de um fato constitutivo, sem que exista a dificuldade ou a impossibilidade probatória para todos eles – PEYRANO, 2008). A grande verdade é que são dois raciocínios sucessivos: a insuficiência da distribuição estática, o que se revela pela própria leitura do preceito, pode autorizar a distribuição dinâmica. Nesse ponto, perfilhamos a doutrina que concebe um caráter subsidiário à regra (PEYRANO, 2008; MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 232-233). Havendo uma situação de desequilíbrio anormal na relação jurídica, em virtude dos encargos probatórios excessivos a uma das partes, por hipótese da contraparte ostentar melhores – ou exclusivas – condições probatórias, a paridade de armas (isonomia em sentido material) fica vulnerada, de modo que deve ser aplicada a dinamização; logo, prova, quem tiver melhores condições de fazê-lo (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 163-166). Mesmo com a distribuição dinâmica, ao final do processo poderão remanescer dúvidas sobre os enunciados de fato. Mas também não devemos olvidar que a dinâmica das cargas probatórias, como sói, também convive com os poderes instrutórios do magistrado. É certo que a vinda aos autos de elementos úteis à formação do convencimento do julgador sobre fatos controvertidos, em última análise, potencializa a possibilidade da prolação de uma decisão justa. É igualmente inegável que, muito além de servir como regra de julgamento na hipótese de lapsos probatórios, a distribuição do ônus da prova é fator de indução à atividade de produção de provas (PACÍFICO, 2011, p. 150).

Sobre a necessidade de requerimento expresso, diante da ausência de qualquer ressalva na legislação, tem-se que a atuação do magistrado poderá ser oficiosa, no ponto; tudo se limita à verificação da presença de uma das situações pressupostas em lei. Sempre que, diante das circunstâncias particulares, o juiz verificar preenchimento do suporte fático para a incidência normativa (situação de preenchimento dos requisitos à distribuição dinâmica do ônus da prova) terá o poder-dever de atribuir àquele que inicialmente não via recair sobre si o onus probandi, o encargo de provar fatos determinados.

Outra dúvida que se põe prende-se com a exata compreensão de “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade” ventiladas no texto normativo. E mais precisamente: se a análise se dará apenas no plano objetivo (em abstrato) ou subjetivo (em concreto); é saber se só se deve considerar a “excessiva dificuldade” quando esta se verificar em qualquer situação que se apresente (como, *verbi gratia*, os tribunais têm consideradona prova de fato negativo), ou se é possível a consideração de uma dificuldade peculiar,

que atinge sujeito ou situação jurídica determinada (por exemplo, uma dificuldade circunstancial e por vezes até transitória).

Com efeito, o atendimento pleno à teleologia do comando normativo impõe que se considere compreendido no âmbito da previsão normativa a dificuldade ou impossibilidade subjetiva, ou seja, permite-se que a “excessiva dificuldade” seja aferida pelo aplicador de acordo com as circunstâncias do caso concreto, já que, por razões específicas (e não gerais) uma parte pode ver dificultada a produção de determinada prova. Contudo, é de se exigir, particularmente em casos tais, que a distribuição não venha a dificultar sobremaneira a produção da prova pela parte onerada.¹¹ É o caso, por exemplo, de fatos controversos em demandas envolvendo empresas de elevada organização administrativa (como os bancos). Há situações em que o indivíduo teve elementos documentais em suas mãos e que, por motivo qualquer, deixou de dispor. Trata-se de prova de facilíma produção para a contraparte, mas que, em se aplicando a distribuição estática do ônus da prova, não virá aos autos.¹³ Imagine-se, ainda, a possibilidade de litígio em idênticas condições onde em disputa com conglomerado empresarial, parte do acervo probatório esteja em poder de empresa coligada no estrangeiro, com acesso inviável para um hipossuficiente.

Segundo o novo código, o momento de decidir a matéria é o do saneamento, o que está indicado noutra passagem do CPC e alinhado com o princípio do contraditório. A decisão desafia recurso de agravo na modalidade instrumental. A nosso ver a temática não desafia maiores meditações. De toda sorte, é possível que a dificuldade probatória possa surgir noutra oportunidade – no curso da própria instrução – ou mesmo em relação a fatos novos que sejam carreados ao processo. Em todos os casos se afigura possível a distribuição do ônus da prova em momento subsequente ao saneamento, desde que se respeite o contraditório, assegurando-se à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do encargo (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 231).

Para além do respeito ao contraditório, é importante que se assegure à parte onerada tempo hábil para se desincumbir do encargo que passou a lhe ser imposto. Com efeito, parte da doutrina fala mesmo em pré-eficácia das normas de distribuição do ônus da prova para aludir à circunstância de que ela opera efeitos práticos antes mesmo da existência do processo, já que as partes (ou,

11 A consideração de circunstâncias particulares impõe ao juiz um maior rigor na observância da exigência contida no art. 370, II, §2º, do CPC.

12 Em determinados casos, pode-se pensar na possibilidade de se perseguir a pretensão exibição de documentos, mas a distribuição dinâmica é medida que melhor atende à celeridade processual, simplificando o procedimento e agilizando a marcha do processo, à medida que faz recair sobre aquele que possui condições de apresentar determinada prova as consequências da respectiva inércia.

pelo menos, aquele que demanda), antes do aforamento da pretensão, já direciona a coleta de elementos probantes norteados pelas regras incidentes no que toca ao ônus da prova (MÚRIAS, 2000, p. 29). Assim, impõe-se que, entre a atribuição do ônus e a instrução, seja assegurada à parte um lapso temporal que possibilite a efetiva produção da prova necessária. Não se pode descurar que a proclamada “duração razoável do processo” possui uma dimensão passiva: o processo não pode andar tão rapidamente a ponto de sacrificar os direitos processuais fundamentais, dentre os quais o de produzir a prova necessária à demonstração das alegações que dão sustentação ao pedido (DUARTE, 2007, *passim*).

Precisamente em relação à parte onerada, o legislador dedicou especial atenção, de modo a não vilipendiar a possibilidade de defesa dos seus interesses em juízo. Aludindo à decisão que aplica a distribuição dinâmica, o novo texto codificado menciona que o encargo não poderá ser “impossível ou excessivamente difícil”. Sobre o tema, Knijnik (2006) já sustentava que deveria existir uma posição privilegiada do litigante estaticamente não onerado (por deter conhecimentos especiais ou provas relevantes) na situação em exame. Mas além da prova diabólica, Danilo Knijnik também aludia à hipótese dos elementos probatórios terem se tornado inacessíveis ao estaticamente onerado como fruto de uma atuação culposa ou mesmo em violação aos deveres de colaboração com a parte adversa. Em todos os casos, não se pretende criar uma aporia por uma situação de prova diabólica reversa, sendo certo que a impossibilidade circunstancial, subjetiva, também deve ser considerada. Todavia, caso a impossibilidade venha a se verificar, desassistido de elementos nos autos para a formação da sua convicção, a solução jurídica passará pela “regra de inescurecimento”, isto é, o magistrado deverá investigar “qual das partes assumiu o risco da situação insolúvel” e atribuir a ela, sendo o caso, o prejuízo por isso (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 230).

Uma última questão se impõe; mas ela, em razão de sua ingente importância, não toma uma indagação como fio condutor. Referimo-nos à fundamentação da dinamização. Dissertar a necessidade de motivação pode soar como platitudes, na medida em que estamos diante de uma decisão interlocutória. Todavia, é preciso ter o cuidado de perceber que o novo código tenciona resgatar o princípio da fundamentação – densificando-o por meio de inúmeros preceitos –, até então bastante maltratado pela jurisprudência de nosso país, sendo uma herança malfadada do sujeito solipsista (STRECK, 2010, *passim*). Decerto que o atual entendimento pretoriano não se coaduna com a nova orientação legislativa. Logo, a decisão que distribui de maneira diversa o ônus da prova deve indicar a presença dos pressupostos, dizendo o porquê da inversão e, mais importante ainda, especificando de ma-

neira individualizada os fatos controversos que oneram a parte, não se admitindo, no particular, uma inversão genérica. A exigência vem em prestígio à ampla defesa (em sentido lato) e à lealdade processual: aquele que tem um ônus judicialmente fixado há de saber antecipadamente a extensão e as consequências da sua inércia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto o tema não seja inteiramente novo entre nós, ainda não há uma larga conscientização de sua existência e/ou mesmo importância para a garantia da isonomia no plano dos ônus probatórios. O grande mérito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é que ela não se propõe a oferecer uma solução apriorística para todos os casos, senão permitindo uma análise do caso concreto para, de modo fundamentado, redistribuir as cargas probatórias dentre as partes em prol da paridade de armas. A adoção da teoria pelo novo CPC levará à sua disseminação e amadurecimento na prática, sendo certo que se situa no espírito do novo diploma codificado o reforço do papel, do protagonismo e da responsabilidade do juiz na condução do processo, mas sempre em colaboração com as partes, isto é, respeitando-se os direitos processuais fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e ônus da prova”. In: *Temas de direito processual civil – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de Processo Civil*. Vitória: Acesso, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios.” *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788, 90º ano.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 2.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de Acesso à Justiça – Os Direitos Processuais Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- KLIPPEL, Rodrigo. “O juiz e o ônus da prova no projeto

- de novo Código de Processo Civil”. In: O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel (coords.). Salvador: JusPodivm, 2011.
- KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica”. In: Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2006. Versão digital. Disponível em: <http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2015.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: RT, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. “A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor”. In: Manual do direito do consumidor. São Paulo: RT, 2009.
- MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor. São Paulo: RT, 2008.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova. Lisboa. Lex, 2000.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da Prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- PEYRANO, Jorge W.. “La doctrina de las cargas probatorias dinamicas y la maquina de impedir en materia juridica.” PEYRANO, Jorge W. (Director); WHITE, Inés Lépori (Coordinadora). Cargas probatórias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. Versão digital.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. I.
- _____. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de de direito processual civil. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia constitucional do contraditório no Projeto do CPC: Análise e Proposta”. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, ano VII, nº 38, 2010.

AS FRAGILIDADES DO SUPERENDIVIDAMENTO BRASILEIRO E SUA CORRESPONDENTE AÇÃO REVISIONAL

Isadora Fernandes Albuquerque Macedo

Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Professora Convidada da Universidade de Pernambuco, *Campus* Petrolina. Professora do Curso Probus Lumen, Recife. Advogada.

Luciana Pereira Gomes Browne

Mestre em Direito Privado pela UFPE. Professora de Pós-Graduação na ESA, ESMAPE, UNINASSAU e Faculdade Damas; também Professora de Graduação na UNINASSAU. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa que o ordenamento jurídico deve acompanhar necessariamente a evolução da sociedade, garantindo o Estado a mais ampla proteção aos direitos e garantias individuais e/ou coletivas, o superendividamento surge na economia brasileira como fenômeno desestruturador do mercado financeiro e das políticas de consumo que afeta a dignidade do consumidor especialmente vulnerável, devendo então, ser normatizado.

Adentrando nessa perspectiva, de um lado tem-se o crédito possibilitando a melhora do nível da população e a satisfação das necessidades, por outro, uma publicidade agressiva e sem transparência seduzindo o consumidor a comprar sempre mais e pagar em longo prazo. A consequência lógica deste cenário é o acúmulo de bens a serem pagos em inúmeras parcelas que muitas vezes extrapolam o orçamento pessoal e/ou familiar e a impossibilidade manifesta de honrar as dívidas.

Considerando que não há previsão expressa desse fenômeno sociojurídico no atual Código de Defesa do Consumidor ou em qualquer outra lei específica, o presente artigo apontará as principais características do superendividamento no âmbito do direito brasileiro associado à disponibilidade do crédito, a classificação das espécies, e quem realmente poderá ser considerado 'consumidor superendividado', pautado na corrente do finalismo aprofundado.

Por conseguinte, diante dessa problemática, analisar-se-á o pressuposto processual do superendividamento pela quebra da base do negócio jurídico após a formação do contrato e as principais fragilidades que o originam, quais sejam internas (per-

tinentes ao consumidor), e externas (relativas ao mercado de consumo holisticamente).

Destarte, no último tópico, será delimitada a Ação Revisional como direito básico do consumidor superendividado, a legitimidade ativa e o acontecimento capaz de alterar a base substancial dos negócios jurídicos que ocasionaram o estado do superendividamento, dando ciência a todos os respectivos credores, uma vez reunidos pelo princípio da cooperação.

Longe de pretender esgotar a tese objeto do presente estudo, o propósito dessa análise acadêmica será chamar a atenção dos estudiosos da área para a importância e amadurecimento da discussão do tema no país, a fim de prevenir o superendividamento e a exclusão social desse consumidor constantemente manipulado.

2. A FENOMENOLOGIA DO SUPERENDIVIDAMENTO NA SEARA CONSUMERISTA ASSOCIADO À DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO

Todo e qualquer fenômeno que seja capaz de interferir na vida do cidadão de direito, física e/ou psicologicamente, desestruturando o mercado financeiro e as políticas de consumo, deve ser considerado como fato social juridicamente relevante, merecendo indubitavelmente a normatização do Estado. Nesse passo, traz-se a lição de Pontes de Miranda¹:

Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por isso mesmo, só se vê o fato

como *novum* no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito.

O fato sociojurídico do endividamento aparece na sociedade moderna com a crescente e fácil disponibilização, por parte do fornecedor, este definido pelo artigo 3º, *caput*², do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de produtos e serviços, notadamente do crédito, formando assim, um negócio jurídico bilateral, onde o consumidor assume contraprestações sucessivas e futuras sob a incidência de juros.

A figura do crédito, na época dos filósofos gregos pré-socráticos³, associada por sua vez à prática da usura, não era bem vista porque desvirtuava o papel essencial da troca de bens para o enriquecimento impróprio de uma determinada classe em detrimento da outra. Nas palavras de Aristóteles⁴:

O que há de mais odioso, sobretudo, do que o tráfico de dinheiro, que consiste em dar para ter mais e com isso desvia a moeda de sua destinação primitiva? Ela foi inventada para facilitar as trocas; a usura, pelo contrário, faz com que o dinheiro sirva para aumentar-se a si mesmo; assim, em grego, lhe demos o nome de tokos, que significa progeneratura, porque as coisas geradas se parecem com as que as geraram. Ora, neste caso, a moeda que torna a trazer moeda, gênero de ganho totalmente contrário à natureza.

Entretanto, na visão capitalista, o crédito é um agente de transformação capaz de gerar riquezas e garantir uma melhora financeira ao consumidor que, anteriormente, não poderia adquirir o mínimo para suprir suas necessidades se não tivesse um dinheiro de maior vulto na forma de pagamento à vista.

Por outro lado, o crédito também possui caracteres sombrios: a má administração das políticas de Estado, o constante desrespeito aos princípios das

relações de consumo e a falta de legislação própria que verse sobre o endividamento acaba gerando o empobrecimento e a desestabilidade psicológica do consumidor independente da classe social envolvida.

Logo, numa visão holística, é possível concluir que o crédito é o principal agente propulsor da sociedade capitalista, fruto inevitável do crescimento, contudo, também é a principal causa do endividamento do consumidor que, constantemente, é seduzido pela vontade de comprar cada vez mais e pagar só depois – parcelas embutidas que o credor espera o devido adimplemento. A respeito do tema, Fábio Ulhoa Coelho⁵ ressalta:

[...] o cumprimento generalizado das obrigações contribui para ampliar o grau de confiança entre as pessoas e, conseqüentemente, a sensação geral de segurança. E não se trata apenas de conforto psicológico. Viver num meio em que há elevado nível de cumprimento voluntário das obrigações, além da sensação de segurança, representa pagar menos pelos bens e serviços de consumo e impostos. Onde todos costumam pagar o que devem, isto é, onde o risco de inadimplência é baixo, os credores em geral não precisam embutir nos seus preços uma alta taxa (*spread*) para neutralizar os efeitos do atraso ou descumprimento da obrigação [...].

É neste cenário que o endividamento surge: endividar-se significa não poder honrar momentaneamente com sua dívida (obrigação contraída), seja por descontrole no orçamento ou por causas que independem da vontade do consumidor, a exemplo do desemprego. Honrar a dívida pressupõe os requisitos da pontualidade (pagar em dia) e da integralidade (pagar o total do saldo devedor).

Já o fenômeno especial do superendividamento, é exatamente a evolução do estado do endividamento: superendividar-se é a massificação dessas dívidas assumidas pelo consumidor de boa-fé ante a impossibilidade de honrá-las numa perspectiva duradoura (inadimplemento definitivo). Corroborando com essa ideia, Wellerson Miranda Pereira⁶ assevera:

5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, V. 2, p. 165.

6 PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 182.

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999, V. 1, p. 52.

2 Art. 3º, *caput*, do CDC, “*in verbis*”: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

3 A expressão ‘pré-socrático’ refere-se a uma divisão sistemática da filosofia para os filósofos da Grécia Antiga que antecederam Sócrates.

4 ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 28.

Deve-se atentar para o fato de que o fenômeno aqui analisado constitui uma situação de agravamento global da condição financeira do consumidor. Trata-se de depreciação considerável e duradoura de seu patrimônio e de sua capacidade de participar ativamente da vida econômica em sociedade, traduzindo-se em sua verdadeira exclusão social.

Enquadrando o superendividamento também como fenômeno de amplitude jurídica, Brunno Pandori Giancoli⁷ conclui:

Todavia, no Brasil, não é possível medir com rigor as causas principais do superendividamento e nem sequer apurar o número de superendividados, já que a única informação sobre inadimplência dos consumidores é colhida por banco de dados de consumo. Daí porque é possível afirmar que a materialização do fenômeno ocorrerá apenas nas hipóteses de litígios revisionais de contratos de crédito ao consumo, nos quais o superendividamento servirá como hipótese jurídica do pedido.

No âmbito do Poder Judiciário *stricto sensu*, é correto afirmar que o superendividamento apenas pode ser estatisticamente materializado nos litígios de revisão e negociação das dívidas, entretanto, desde fevereiro de 2011, passou a ser tratado no programa denominado PROENDIVIDADOS⁸, em parceria com o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) e a Escola Superior de Magistratura (ESMAPE), cuja natureza é híbrida – extrajudicial porque a audiência é feita através das Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, e judicial porque o acordo porventura firmado e assinado pelo juiz tem valor de sentença (título executivo judicial).

A definição do superendividamento é de suma importância para entender o fenômeno em si e as repercussões na realidade sociojurídica brasileira que, uma vez não tratado caso a caso, terá o condão de promover a exclusão social em massa dos consumidores. Logo, a figura desse consumidor deve ser precisamente delimitada a fim de abranger corretamente quem é ou não um superendividado.

2.1 A figura do consumidor superendividado baseada na corrente do finalismo aprofundado

Por opção legislativa, o CDC definiu consumidor no artigo 2º, *caput*⁹, incluindo não apenas a pessoa física, que costuma ser regra geral, na forma de adquirir e/ou utilizar o bem de consumo lato sensu (produtos e serviços), mas também a pessoa jurídica, sem qualquer distinção, com aparato de garantia constitucional nos termos do artigo 5º, *caput*¹⁰, da atual Constituição Federal (CF/88).

Entretanto, esse mencionado artigo 2º restringe a categoria objetiva do consumidor como ‘destinatário final’, que a doutrinadora Claudia Lima Marques¹¹ aponta a interpretação legislativa sob a égide da corrente denominada finalista, assim exposta:

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Pode-se afirmar, então, que a corrente finalista traduz-se numa forma restrita de delimitar o consumidor como apenas aquele que utiliza o bem de con-

7 GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 47.

8 PROENDIVIDADOS. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/proendividados>>. Acesso em: 13 set. 2013.

9 Art. 2º, *caput*, do CDC, “*in verbis*”: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

10 Art. 5º, *caput*, da CF/88, “*in verbis*”: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

11 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 303-304.

sumo de maneira particular (pessoal e/ou familiar), não descartando de forma alguma, excepcionalmente, que a pessoa jurídica também seja destinatária final neste espectro, jamais como profissional.

Fazendo uma analogia ao superendividamento, a partir da corrente finalista, só seria possível admitir uma pessoa jurídica como consumidora superendividada, se ela utilizasse o bem de consumo para uso exclusivamente pessoal e que não gerasse lucro diretamente para sua empresa. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹² esboçou uma subdivisão da corrente finalista, denominada como finalismo aprofundado, incluindo a pessoa jurídica também como consumidora na categoria de uso profissional, a depender da sua vulnerabilidade em concreto.

Embora doutrinadores como Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa¹³ tenham acreditado ser relevante a corrente defendida pelo STJ, “[...] é uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada [...]”, a mesma autora Cláudia Lima Marques¹⁴ ante o fenômeno do superendividamento qualifica-o como a “[...] impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”.

Seguindo a mesma ideia de que somente a pessoa física pode ser beneficiária das regras do CDC, especificadamente na concessão de crédito, sendo esta a principal causa do superendividamento, Carlos Ferreira de Almeida¹⁵ afirma: “Na prática, ter-se-á que presumir que as operações de crédito se destinam ao consumo sempre que o beneficiário seja uma pessoa física cuja actividade principal não tenha natureza comercial ou profissional”.

Devido à boa parte da doutrina construir a tese do superendividamento tendo exclusivamente a pessoa física como vítima específica do mercado

financeiro, as regras do Programa PROENDIVIDADOS¹⁶ foram pautadas a partir de uma assistência restrita, não colocando, erroneamente, sob hipótese alguma, o atendimento, a reeducação e a renegociação de dívidas da pessoa jurídica vulnerável, a exemplo do que acontece com as microempresas e empresas de pequeno porte.

Igualmente, o Projeto de Lei nº 283/2012¹⁷, que tramita no Senado Federal, visando à atualização do CDC acerca do superendividamento, apenas prevê o tratamento e medidas especiais para o consumidor pessoa física

umidoro pessoa física superendividado, conforme dispõe o artigo 54-A¹⁸ do referido projeto.

É preciso atentar para a existência da pessoa jurídica como consumidora nata de subsídios que mantenham a sua atividade profissional, a partir da interpretação razoável do artigo 2º, *caput*¹⁹, do CDC, na roupagem adequada ao superendividamento, por meio da corrente do finalismo aprofundado, perquirindo a vulnerabilidade no caso concreto levado ao Judiciário. Nas palavras de Antônio Carlos Efig²⁰:

[...] a pessoa jurídica é concebida para o desenvolvimento e realização do seu objeto social. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (conforme determina o art. 45 do CC/2002) que declarará os seus fins (CC/2002, art. 46, inc. I), em termos gerais, ao constituir uma sociedade as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilhar entre si os resultados (CC/2002, art. 981). Desta forma, a pessoa jurídica como abstração jurídica é concebida e voltada a realizar objetivos da sua constituição, qual seja, a realização do seu objeto e fim. Assim, evidentemente que para alcançar estes fins a pessoa jurídica

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, **Recurso Especial nº 476428-SC**. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de abril de 2005, 3ª Turma, V. 193, DJ 09.05.2005, p. 390. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542170&sReg=200201456245&sData=20050509&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2013.

13 BENJAMIN Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2009, p. 73.

14 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no rio grande do sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, V. 55, p. 50, jul./set. 2005.

15 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 149.

16 PROENDIVIDADOS. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/proendividados>>. Acesso em: 19 set. 2013.

17 BRASIL, PLS – Projeto de Lei do Senado, nº 283 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>>. Acesso em: 16 out. 2013.

18 PLS nº 283/2012 - Art. 54-A, “*in verbis*”: “Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à sua educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana”.

19 Art. 2º, *caput*, do CDC, “*in verbis*”: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

20 EFIG, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2 ed. (rev. e atual). Curitiba: Juruá, 2004, p. 61-62.

adquire produtos e contrata serviços, sendo o seu destinatário final mesmo que na sua atividade econômica.

Acrescentando o raciocínio acima, Antonio Carlos Morato²¹ assevera:

Entendemos que embora uma grande empresa possua condições econômicas de influir no mercado, utilizando-se eventualmente de instrumentos meta-legais (pressão econômica, por exemplo), a mera perspectiva dessa situação não pode, a priori, excluí-la do enquadramento no art. 2.º do CDC.

Logo, deve ser considerada a hipótese de uma pessoa jurídica como consumidora, seja adquirindo o bem de consumo para uso pessoal, seja para uso profissional das atividades ínsitas ao seu desenvolvimento, desde que haja constatada vulnerabilidade frente ao fornecedor que, na maioria das vezes, é uma pessoa jurídica de potência financeira e com habilidades técnicas merecendo, então, a proteção do Judiciário e de todos os programas inseridos de assistência.

2.2 As espécies de superendividamento

O inadimplemento duradouro traduzido no montante de dívidas que o consumidor, pessoa física ou jurídica, almeja honrar integralmente com as suas obrigações assumidas, mas, ao mesmo tempo, descobre-se incapacitado para tal, fez com que alguns países, a exemplo da França, optassem por classificar, didaticamente, os tipos de superendividamento (*surendettement*)²², cuja doutrina brasileira sofreu forte influência.

Nesse sentido, Clarissa Costa de Lima e Karen Rick Danilevicz Bertonecello²³ constataram em suas pesquisas com o direito comparado o seguinte:

A doutrina estrangeira classifica o superendividamento em ativo e passivo, o primeiro decorrente de má administração do orçamento doméstico, que é quando o consumidor abusa do crédito e consome muito acima de suas possibilidades, e o segundo de acidentes da vida no curso do contrato, a

exemplo de divórcio, separação, desemprego, redução de salário, morte ou doença de familiares.

Essa classificação deve-se ao fato de que o ato de consumir e a consequência de superendividar-se têm uma afinidade direta com o planejamento inadequado do consumidor que acaba, frequentemente, comprando mais por sedução do que realmente por necessidades vitais, da mesma forma que as denominadas áleas inerentes ao próprio ato de viver e estar vivo, isto é, problemas que fogem do controle e da previsão humana (infortúnios).

A maneira como a doutrina francesa aponta o progressivo aumento do superendividamento passivo em relação ao ativo foi muito bem explicitada pelo pesquisador Geraldo de Faria Martins da Costa²⁴ nessas exatas palavras:

[...] constatando-se que à realidade do fenômeno do superendividamento ativo, proveniente da acumulação inconsiderada de dívidas, se substituiu progressivamente a de um superendividamento passivo, ligado a uma redução brutal dos recursos devida às áleas da vida, o legislador considerou ser necessária a busca de uma saída de socorro em favor dos casos mais desesperados, visto que o superendividamento não é mais um fenômeno limitado às cigarras do crédito, envolvidas pelas ondas do consumo dos anos 80, e que levavam um modo de vida acima dos seus meios. Hoje, este tipo de superendividamento, chamado ativo, está em via de desaparecimento progressivo. Ou melhor, o fenômeno do superendividamento mudou de perfil. As comissões departamentais de tratamento das situações de superendividamento recebem um crescente número de dossiês vindos de famílias sem recursos, que não se utilizaram do crédito ao consumo, mas que se encontraram impossibilitadas de pagar suas dívidas corriqueiras, tais como, aluguéis, contas de energia ou impostos: o superendividamento dos últimos anos tornou-se um espelho da exclusão social.

Fazendo uma comparação com a realidade brasileira, especificadamente no Rio Grande do Sul,

21 MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: RT, 2008, p. 156.

22 A expressão '*surendettement*' refere-se ao instituto do superendividamento identificado na França (tradução livre).

23 LIMA, Clarissa Costa de, BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 203.

24 COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002, p. 109.

a autora Cláudia Lima Marques²⁵ realizou uma pesquisa sobre o perfil do superendividado e concluiu:

[...] os dados que levantamos comprovam que os consumidores no RS não são 'endividados' ativos, aqueles consumistas que gastam compulsivamente mais do que ganham ou que não sabem trabalhar com o cartão de crédito e as facilidades de auto-financiamento de hoje, mas sim que mais de 70% deles são superendividados passivos, que se endividaram face a um 'acidente da vida', desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos etc. (desemprego 36,2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros, como nascimento de filhos, 9,4%). A maioria deve para um credor (36%) ou de dois a três credores (38%), em um total de 74%, o que facilitaria uma renegociação com os credores, se chamados para negociar pelo Estado.

A verdade é que, independente de ser um superendividamento ativo ou passivo, tem-se indiscutivelmente um consumidor vulnerável que precisa ser tratado e assegurado especialmente. Além disso, entende-se a classificação estrangeira como insuficiente, já que só aponta fatores de origem financeira, não atentando para as fragilidades sociais e jurídicas do próprio sistema. Concluindo a ideia ora firmada, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha Oliboni²⁶ diz: “Seja por uma situação ou por outra, o consumidor superendividado torna-se um excluído socialmente”.

Por isso que, na intenção de preservar a dignidade do consumidor de boa-fé, não importando que tipo de superendividamento seja, o PLS nº 283/2012 acrescentou o inciso XI²⁷ ao já existente artigo 6º do CDC, pondo a prevenção e o tratamento desse problema como direito básico.

2.3 A inaplicabilidade da teoria da imprevisão ao superendividamento

25 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, V. 55, p. 47, jul./set. 2005.

26 OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 348.

27 PLS nº 283/2012 – Art. 6º [...], inciso XI, *in verbis*: “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas”.

O contrato, em linhas gerais, impõe o vínculo obrigatório de cumprimento na forma em que foi originariamente estipulado (*pacta sunt servanda*), mas que, na atualidade jurídica, por meio do mecanismo da intervenção judicial, pode ser obtida a revisão a fim de reestabelecer o equilíbrio entre os contratantes e a própria função social, já que não é válido enriquecer uma parte em detrimento da miséria da outra.

É exatamente nesse cenário que surge a Teoria da Imprevisão, ou também denominada cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez positivada pelo novo Código Civil de 2002 (CC/02) nos artigos 317 e 478²⁸, delimitando pressupostos cumulativos: a- o contrato deve ser de execução continuada; b- a prestação tornou-se excessivamente onerosa; c- a quebra da comutatividade é oriunda de eventos extraordinários e imprevisíveis; d - quando a outra parte da relação enriquece em detrimento do empobrecimento da outra.

A teoria supracitada é baseada na premissa que, embora o contrato tenha sido bem equacionado em sua origem, a ocorrência do imprevisto tem o condão de gerar prejuízo exorbitante, desviando assim, a vontade dos contratantes, logo, é preciso uma nova adequação contratual. Nesse sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes²⁹ afirma:

[...] a imprevisão consiste, assim, no desequilíbrio das prestações sucessivas ou diferidas, em consequência de acontecimentos posteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinárias e anormais que impossível se tornava prevê-los razoável e antecedentemente. São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, que se torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antes antever esses fatos. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal, em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza, em relação ao devedor. Conseqüentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória dos contratos [...]

28 Art. 317, do CC/02, *in verbis*: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”; Art. 478, do CC/02, *in verbis*: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar [...]”.

29 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, V. 3, p. 69.

É plausível concluir que a Teoria da Imprevisão pode ser aplicada nos contratos regidos pelo CC/02, é tanto que houve a devida positivação nos artigos já citados. Esses ditos acontecimentos imprevisíveis e extraordinários podem ser suscitados com base numa aplicação restrita, os quais “devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença”³⁰.

Entretanto, o problema reside na concepção de alguns doutrinadores de acreditar que o legislador brasileiro também optou por aplicar essa mesma teoria ao CDC, no momento que estabelece a possibilidade de revisão contratual, prevista como direito básico do consumidor no artigo 6º, inciso V³¹. A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior³² pontua: “Espessa, dessa maneira, a lei protetiva dos consumidores a “teoria da imprevisão”, roupagem atual da antiga cláusula *rebus sic stantibus* do direito medieval [...]”.

Seguindo a mesma opinião, José Geraldo Brito Filomeno *et. al.*³³ constata: “Fica ainda definitivamente consagrada entre nós a cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”.

É preciso atentar que, numa interpretação literal do artigo 6º, inciso V, do CDC, ora exposto, em nenhum momento o legislador impõe como pressuposto para revisão a ‘imprevisibilidade’, basta apenas que o evento seja superveniente, isto é, aquele que sobrevenha à formação do contrato, venha *a posteriori*, como incidente da vida capaz de causar prestações excessivamente onerosas. A ontologia da palavra ‘superveniência’ não significa necessariamente imprevisibilidade ou anormalidade.

Defendendo essa corrente doutrinária que não enquadra a Teoria da Imprevisão aos contratos de consumo, em especial na possibilidade de revisão,

30 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 465.

31 Art., 6º [...], inciso V, do CDC, “*in verbis*”: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”.

32 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 6 ed. (rev. e atual). Rio de Janeiro, 2009, p. 44.

33 FILOMENO, José Geraldo Brito. *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 126.

34 GIANCOLI, Bruno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 73.

Brunno Pandori Giancoli³⁴ assevera: “Frise-se, em linha de princípio, que respeitável corrente doutrinária não reconhece a perfeita adequação desta norma aos pressupostos gerais da teoria da imprevisão, uma vez que não faz referência à imprevisibilidade do acontecimento”.

Acredita-se que a hipótese de revisão contratual inserida nas relações de consumo deve ser respaldada na teoria da onerosidade excessiva que, de maneira mais flexível, exige apenas a desproporção ou o desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, tendo em vista à insita vulnerabilidade do primeiro. Igualmente apontando a onerosidade excessiva como único pressuposto, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery³⁵ concluem: “não há necessidade de que esses fatos sejam extraordinários nem que sejam imprevisíveis”.

2.4 Pressuposto processual do superendividamento: a quebra objetiva da base do negócio jurídico

Tendo em vista que o superendividamento reflete um complexo de dívidas, por indução lógica, é necessário que tenham sido celebrados contratos onerosos entre o consumidor, pessoa física ou jurídica, e o fornecedor, notadamente no oferecimento de crédito, onde o primeiro encontra-se impossibilitado de cumprir total ou parcialmente as suas obrigações.

Nesse espírito, defendendo uma teoria com base no equilíbrio dos contratos e na distribuição dos elementos subjetivos e objetivos capazes de interferir na base do negócio jurídico celebrado, Karl Larenz, em sua obra, *Base do negócio jurídico e cumprimento dos contratos*, construiu uma tese que permitiu equacionar as consequências obrigacionais por meio do Estado-Juiz.

O direito privado oferece a liberdade de contratar que acaba sendo esbarrada na transformação das circunstâncias originais à celebração do contrato (fatos supervenientes), logo, inevitavelmente, ocorre a quebra da base desse negócio ora firmado, que se dará sob duas vertentes distintas: subjetiva e objetiva.

Apontando os pressupostos de ambas as vertentes, Karl Larenz³⁶ afirma:

35 NERY JÚNIOR, Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1803.

36 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002, p. 34 (tradução livre).

Os pressupostos de fato da base subjetiva e objetiva do negócio têm que ser regulados separadamente, ainda mais se levando em conta que do ponto de vista da dogmática jurídica pertencem a tratados diversos. A base subjetiva do negócio enquadra-se, como dissemos, no campo dos motivos e deve se conceber juridicamente dentro da teoria do erro nos motivos e dos vícios do consentimento.

A base objetiva do negócio, ao contrário, refere-se à questão da possibilidade de realizar-se o fim do contrato e a intenção conjunta das partes contratantes; deve ser estudada na teoria da incapacidade, da posterior impossibilidade e da consecução do fim.

É plausível compreender que a base subjetiva encontra-se intimamente ligada à exteriorização da vontade entre as partes contratantes, isto é, o motivo determinante para ter sido realizado aquele negócio jurídico, constituindo então, algum de tipo vício que, no atual Código Civil Brasileiro é correlato ao Capítulo dos Defeitos no Negócio Jurídico.

Contudo, a quebra da base subjetiva não pode ser considerada como pressuposto do superendividamento, tendo em vista que não importa, nesse espectro, a vontade do consumidor superendividado no momento que celebrou o negócio, mas sim, a mudança objetiva das circunstâncias (econômicas, culturais e sociais) que transformam substancialmente a sua capacidade de adimplemento.

Logo, a Teoria da Quebra da Base Objetiva amolda-se perfeitamente ao intuito do CDC, notadamente na hipótese de revisão do contrato por superendividamento, pois, o legislador brasileiro reconheceu a existência de fatos supervenientes à formação do negócio jurídico, capazes de ferir os princípios do equilíbrio contratual e da função social, ainda que estes fatos sejam previsíveis, como já exposto.

Em seguida, serão apontadas as principais fragilidades do consumidor ante o fenômeno do superendividamento, da mesma forma que serão analisadas as fragilidades do próprio sistema financeiro que, via de regra, representam o total desrespeito aos princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor.

3. AS PRINCIPAIS FRAGILIDADES QUE ORIGINAM O SUPERENDIVIDAMENTO

O objetivo deste tópico não é de forma alguma estabelecer um rol exaustivo de fragilidades que podem dar causa ao fenômeno do superendividamento, até porque, é impossível saber ao certo todas as questões consequenciais envolvidas dentro de uma ótica não tão somente jurídica, mas, acima de tudo, social, cultural e psicológica.

É cediço que a o aumento desenfreado do crédito ao mercado de consumo, independente da classe social envolvida, é o principal agente sedutor da compra imediata e da forma de pagamento em parcelas subsequentes, onde a própria mídia comercial faz questão de associar a compra como sinônimo de prazer humano, felicidade e aceitação na sociedade.

A esse respeito, Simone Hegele Bolson³⁷ constata:

Não se trata só de compra por impulso ou venda emocional, mas de todo um aparato comercial – materializado através dos meios de comunicação e do marketing – que os fornecedores utilizam para que o consumidor efetivamente cumpra o papel que o mercado lhes reserva. Tal aparato já começa a agir lá nos lares dos consumidores, quando, através dos meios de comunicação, a publicidade massiva e o merchandising explícito nos programas televisivos criam novas necessidades (não essenciais em sua maioria!), para as quais é indispensável o consumo.

Tendo em vista que a vulnerabilidade é característica intrínseca de todo consumidor, ainda mais superendividado, é plausível concluir que o ato de contrair inúmeras dívidas é fruto da desorganização pessoal financeira, mas, principalmente, da patologia estimulada pelo mercado, principalmente no tocante ao crédito.

Corroborando com essa ideia, Nicole Chardin³⁸ afirma:

Outrossim, deverá ser vislumbrada a especial vulnerabilidade em que se encontra o consumidor quando celebra contrato de crédito dada a influência de diversos fato-

37 BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, V. 64, p. 179, out./dez. 2007.

38 CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de La volonté*. Paris: LGDJ, 1988, p. 34 (tradução livre).

res sobre sua liberdade de decisão em negócios desta natureza, pois o contraente será duas vezes consumidor: o consumidor em geral e o consumidor de crédito.

Nesse cenário de problemas congruentes que levam ao estado crítico do acúmulo de dívidas, será feita, de maneira didática, uma exposição das principais fragilidades internas por parte do consumidor que também dão causa ao estado do superendividamento e, logo após, serão elencadas as fragilidades externas referentes ao sistema financeiro holisticamente.

3.1 Fragilidades internas

3.1.1 Superconfiança

Entende-se por consumidor superconfiante aquele preenchido de tanto otimismo, considerando-se esperto com a sua maravilhosa administração financeira, não levando em conta a suscetibilidade de risco.

Nas pesquisas feitas no direito comparado no tocante ao perfil do consumidor superendividado, as autoras Catarina Frade e Sara Magalhães³⁹ constataram: “A generalidade dos sobreendividados mostra, por isso, uma enorme fragilidade emocional e uma oscilação notável entre desalento e sentimento de fracasso, por um lado, e uma certa esperança de recuperação de normalidade e do controle por outro”.

É lógico que esse tipo de consumidor tem o hábito de fazer compras e abusar do crédito sem restrições e nunca reflete que poderá se perder no complexo das dívidas – quando a realidade vem à tona, mesmo assim, é permeado pela falsa sensação de normalidade.

A esse respeito, Jason J. Kilborn⁴⁰ afirma:

As pessoas sistematicamente subestimam suas próprias chances de sofrerem um evento adverso, mesmo se compreendem perfeitamente bem, ou mesmo se exageram as probabilidades de os outros virem a sofrer o mesmo destino (“Isso não irá aconte-

cer comigo”).

É preciso atentar que a superconfiança faz com que o consumidor tome atitudes insensatas, desprovidas de racionalidade e estratégia orçamentária, efetuando compras que não correspondem às suas reais necessidades. Apontando as consequências dessa fragilidade, Max Gunther⁴¹ conclui:

Confiança indiscriminada – Há pessoas que se apóiam totalmente em palpites, com demasiada frequência, e sem suficiente ceticismo. Qualquer intuição maluca vira razão para uma jogada, mesmo que uma análise racional da situação pudesse resultar em idéias completamente diferentes. “Sigo os meus palpites”, dizem essas pessoas, orgulhosas; só não dizem é que esses palpites maravilhosos costumam levá-las a calamidades especulativas.

3.1.2 Necessidade de “ter” e “parecer ter”

Tem-se a premissa que o contrato surge como um padrão de convivência social, em outras palavras, uma forma de regulamentação jurídica das operações de circulação de riqueza⁴². O contrato, seja formal ou informal, escrito ou verbal tem o lado positivo de trazer recursos ao consumidor, ocasionando o desenvolvimento do mercado.

Por outro lado, revela uma faceta temerosa: é também sinônimo de aceitação e comparação social. O consumidor compra para ter mais (estado da ganância), mas compra, acima de tudo, para ser aceito em seu ciclo – tanto tem, quanto faz questão de “parecer ter” além das suas possibilidades financeiras.

A ideia do consumidor, mesmo consciente de suas dívidas, de comprar desenfreadamente, reflete num ar de superioridade em relação aos demais (comparação social). Nesse sentido, Linda L. Davidoff⁴³ assevera:

O contato com pessoas preenche uma necessidade menos óbvia, a comparação social. Quando os seres humanos, ainda pequenos, começam a interagir, reúnem informações para saber se os outros concordam ou não com suas avaliações, percepções, crenças e emoções e para saber como se comparam

39 FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 27.

40 KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 73.

41 GUNTHER, Max. **Os axiomas de zurique**. Tradução de Isaac Piltcher. 24 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 97-98.

42 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001, p. 33.

43 DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3 ed. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 634.

aos outros. Por que pessoas procuram essas comparações? Presumivelmente, somos todos inseguros e temos dúvidas. Se as outras pessoas concordam e reagem como nós ou se nos saímos muito bem, então nos sentimos confiantes.

A ganância de “ter” é muito bem traduzida nas palavras de Max Gunther⁴⁴ da seguinte forma:

A ganância é algo entranhado na mente humana. A maioria de nós a tem em altas doses e ela deve ter inspirado mais sermões dominicais do que qualquer outro dos nossos traços menos nobres. E os sermões costumam ser dramáticos, pontuados de suspiros. Soam desesperados, e o desespero vem da sensação de que a ganância está de tal forma entranhada em nossas almas, que arrancá-la é tão difícil quanto mudar a cor dos nossos olhos.

Uma coisa é óbvia: não há sermão capaz de exorcizá-la. Sermões jamais surtiram qualquer efeito sobre ela. E você tampouco conseguirá derrotá-la ouvindo sermões, nem pregando-os. Um caminho mais pragmático e promissor seria pensar no belo e estranho paradoxo que existe no coração do 2.º Grande Axioma: reduzindo a ganância, você aumenta as suas chances de ficar rico.

Uma pausa para definição dos nossos termos. No contexto do 2.º Grande Axioma, a ganância significa querer em excesso, querer mais, sempre mais. Significa você querer mais do que queria no começo, ou mais do que seria justo esperar. Significa perder o controle dos seus desejos.

Logo, o exaustivo jogo consumerista pessoa versus sociedade acarreta ao consumidor que vive para “ter” e aparentar que tem mais ainda, uma satisfação inicial advinda das compras e “status”, mas, a posteriori, o desespero por não conseguir efetuar em dia os seus pagamentos e a sensação de impotência passa a circundar a sua mente.

3.1.3 Ausência de planejamento e investimento pessoal e/ou familiar

Tendo em vista que o ato de consumir encontrar-se diretamente ligado com o crédito adquirido, é preciso atentar que sem organização financeira,

sem reflexão do que realmente deve ser comprado, o consumidor facilmente acaba lançado à margem do superendividamento.

Deve-se partir da premissa que todo o dinheiro (crédito positivo) que é inserido na vida do consumidor, mesmo aquele de caráter eventual, deve ser minuciosamente discriminado sob a forma de planejamento: 1º) garante-se o pagamento das despesas vitais obrigatórias (débito fixo); 2º) separa-se o montante para as despesas correntes e o mínimo de lazer; 3º) investe-se, a cada recebimento de crédito positivo, um percentual para os fatos supervenientes (despesas extraordinárias) e/ou para ampliação de patrimônio.

É fundamental planejar antes de adquirir o crédito a fim de evitar comprometer o orçamento em longo prazo e não estar preparado financeiramente para as vicissitudes da vida, tais como: doença; desemprego; divórcio; gravidez; entre outros.

Nesse sentido, Catarina Frade e Sara Magalhães⁴⁵ alertam:

Quando contratado em situação de estabilidade financeira e laboral, o crédito permite melhorar a acessibilidade a determinados bens e serviços, contribuindo para o aumento do bem-estar dos indivíduos e das famílias. No entanto, há sempre o risco de algo correr mal, de sobrevir um acontecimento na vida de um devedor que o impeça de continuar os seus compromissos financeiros.

Não se traduz em erro a compra a crédito: o erro reside em comprar demais sem planejar, sem pensar nos riscos, e sem investir para um futuro de problemas que podem acontecer com qualquer tipo de consumidor, já que ninguém está ileso a isso.

Logo, é possível afirmar que organização financeira pessoal e/ou familiar é sinônima de equilíbrio e menos dívidas insensatas, sob pena, de acordo com os psicólogos behavioristas⁴⁶, de reinar a sensação de fracasso. A esse respeito desse tema, Linda L. Davidoff⁴⁷ conclui: “[...] as depressões ocorrem quando reforçamentos referem-se a alegrias, como esposa compreensiva, emprego gratificante e sucesso

45 FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 25.

46 A expressão ‘behaviorista’ refere-se a psicólogos que tem como objeto de estudo o comportamento do homem.

44 GUNTHER, Max. **Os axiomas de zurique**. Tradução de Isaac Piltcher. 24 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 31-32.

financeiro. As pessoas respondem a perdas com tristeza e morosidade”.

3.2 Fragilidades externas

3.2.1 Contrato de adesão

Na relação de consumo, existem várias formas de contratação, mas, através do desenvolvimento do comércio e da tecnologia a partir do século XX, o tipo de contrato que representou mais essa expansão foi exatamente o de adesão: o consumidor só poderá comprar tal produto ou usufruir de tal serviço se aderir às cláusulas impostas unilateralmente pelo fornecedor.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes⁴⁸ constata:

[...] mostramos que o contrato de adesão é típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modo de produção. O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, estandarizada, homogeneizada, a contratação de operários em massa, especializadíssimos, o implemento da robótica, informática etc., exigiu a utilização dos contratos-formulário, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa.

São contratos que acompanham a produção. Ambos – produção e contratos – são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que só tem como alternativa, caso queira ou precise adquirir o produto ou o serviço oferecido, aderir às disposições pré-estipuladas.

Logo, não há o que se falar em *pacta sunt servanda*, pois, um contrato onde as partes não transigiram as regras desde o início, não pode ser lei de cumprimento forçado ao consumidor vulnerável, em contraponto da vantagem estratégica do fornecedor do mercado. Exatamente por esse nato desequilíbrio contratual, o CDC não proibiu a sua utilização, entretanto, prescreveu regras e princípios a fim de coibi-lo no tocante às abusividades nele porventura inseridas.

Esse tipo de contrato, no bojo de seu texto, vem redigido por meio de cláusulas ou condições gerais que, no dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁹ consti-

tuem a “regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo conforme, compulsório e inalterável [...]”.

Essas cláusulas ou condições podem ser estabelecidas pelo fornecedor antes mesmo do fechamento do contrato de adesão, como também por leis esparsas que têm o objetivo de controlar as ditas nulidades, possuindo as seguintes características na descrição de Rizzatto Nunes⁵⁰:

a) preestabelecimento – são estipulações feitas antes do início da contratação e/ou da venda do produto ou serviço;

b) unilateralidade – o estipulante (fornecedor) elabora as cláusulas por decisão e vontade exclusivamente suas;

c) uniformidade – as mesmas cláusulas valem para setores inteiros do mercado: serviços bancários, tais como abertura de conta corrente; planos de saúde; seguros em geral etc.;

d) abstração – são cláusulas e condições gerais firmadas in abstracto concretizando-se apenas quando o aderente (consumidor) adquire o produto ou o serviço e/ou firma o contrato;

e) rigidez – o aderente (consumidor) se vê obrigado a aceitar os termos das cláusulas sem poder discutir seus conteúdo e alcance. Na verdade, é mais que isso: o consumidor nem chega a se ver obrigado; ele simplesmente adere.

Portanto, o contrato de adesão é mais que aderir: o consumidor obriga-se pela necessidade da compra quando nem sequer lhe é explicado o conteúdo dessas cláusulas e o acesso a elas vem quase sempre após o compromisso assumido, facilitando, obviamente, o caminho ao superendividamento.

Portanto, o contrato de adesão é mais que aderir: o consumidor obriga-se pela necessidade da compra quando nem sequer lhe é explicado o conteúdo dessas cláusulas e o acesso a elas vem quase sempre após o compromisso assumido, facilitando, obviamente, o caminho ao superendividamento.

Alerta-se, aqui, para a seguinte premissa: se o

47 DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. 3 ed. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 557.

48 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 24.

50 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 670.

consumidor, que já é vulnerável, contrata às cegas, as chances dele se perder num complexo de dívidas serão multiplicadas ao insucesso financeiro, trazendo consequências caóticas não só aos fornecedores, mas, principalmente ao Estado.

3.2.2 Práticas e cláusulas abusivas

Entendem-se como práticas abusivas aquelas que são traduzidas em comportamentos no mercado comercial, por meio dos fornecedores de produtos e serviços, sejam atreladas ao contrato ou não, que abusam da boa fé e da vulnerabilidade física, econômica, técnica e informacional do consumidor, agravando então, o desequilíbrio nessa relação jurídica.

Nas palavras de Rizzatto Nunes⁵¹:

As chamadas “práticas abusivas” são ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado. São ilícitas em si, apenas por existirem de fato no mundo fenomênico.

Na verdade, a proteção da lei consumerista contra as práticas abusivas advém da própria enumeração dos direitos básicos do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso IV⁵², ao lado da figura das cláusulas abusivas como decorrentes natural das primeiras, sendo que inseridas no contrato.

Embora haja incontáveis práticas abusivas no mercado de consumo, é possível citar algumas delas que estão intimamente ligadas ao superendividamento. Primeiramente, tem-se a entrega de produto ao consumidor sem solicitação prévia que se equipara a “amostra grátis”.

É cediço que, no caso supracitado, a norma é taxativa em coibir tal conduta e puni-la ao tornar o produto ou serviço promovido pelo fornecedor como meramente gratuito, mas, há uma linha tênue entre afetar o consumidor para contrair cada vez mais dívidas e o cartão de crédito estrategicamente oferecido. Nesse sentido, Rizzatto Nunes⁵³ alerta:

A sanção imposta pela norma, a nosso ver, é necessária e boa, mas não é suficiente para resolver

os problemas em alguns casos.

Se se tratar de produto, de fato, a punição ao fornecedor de transformação da entrega não solicitada em amostra grátis torna-se suficiente. Como também o será no caso de alguns serviços. Assim, se o fornecedor remete um livro, este é grátis. Se manda um ingresso para um show, aquele é, também, da mesma maneira, de graça.

Acontece que alguns serviços fornecidos sem solicitação implicam graves violações aos direitos do consumidor, podendo causar-lhes severos danos. É o caso, infelizmente bastante conhecido, porque muito praticado, dos cartões de crédito.

Sem que o consumidor tenha solicitado (aliás, ele se surpreende), a administradora do cartão remete-lhe pelo correio o próprio cartão físico (de plástico), informado que ele já (!) é um novo “associado” da administradora. [sic]

Outra prática abusiva que é interessante fazer menção é a cobrança vexatória porque é uma decorrência lógica do superendividamento: se há tantas dívidas, certamente serão cobradas, e isso, a princípio, não constitui qualquer ilicitude. O problema é que, o fornecedor, na extrapolação dos meios de tentar reaver o que emprestou, acaba violando a intimidade e a imagem do consumidor.

Essa cobrança ilícita interfere no consumidor superendividado sob duas formas: perturba o seu psicológico e também constrange a sua imagem perante os conviventes, podendo trazer como consequência até o desemprego. Logo, um consumidor perturbado e desempregado não terá condições e meios de honrar as suas dívidas, não sendo esta ação eficaz.

As cláusulas abusivas, por sua vez, são nulas de pleno direito, fundadas no artigo 1º⁵⁴ do CDC, cujo reconhecimento pode ser *ex officio* ou por interesse da parte. Nesse sentido, Leonardo Roscoe Bessa⁵⁵ aduz:

Portanto, o reconhecimento da abusividade

51 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 588.

52 Art. 6º [...], inciso IV, do CDC, “*in verbis*”: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”.

53 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 596.

54 Art. 1º, do CDC, “*in verbis*”: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

55 BENJAMIN Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2009, p. 294.

de e conseqüente declaração de nulidade das cláusulas inseridas em contratos de consumo podem e devem ser conhecidas de ofício (ex officio) pelo magistrado, portanto, independentemente da formulação de qualquer pedido na ação ajuizada pelo consumidor ou até mesmo quando o consumidor figurar como réu. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta” (art. 128 do CPC)”.

Entretanto, representando um retrocesso a essa regra, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 381⁵⁶, colocou o juiz como impedido de reconhecer a cláusula abusiva nos contratos bancários. Demonstrando certa perplexidade quanto ao conteúdo do enunciado, Cristiano Heineck Schmitt⁵⁷ conclui:

Apresentada desta forma, a mencionada súmula reformula uma sistemática dura-doura e consistente formada acerca das nulidades materiais, seja no âmbito doutrinário ou pretoriano. Além disso, o referido enunciado lesa significativamente a estrutura de defesa do consumidor, de fonte constitucional, afrontando também a isonomia de tratamento entre fornecedores, já que contempla uma classe específica.

No espírito das cláusulas abusivas pode-se citar a consequência da onerosidade excessiva como o principal exemplo atrelado ao fenômeno do superrendimento: a prestação em si, inicialmente, não era onerosa, mas, passou a ser após acontecimento de fato superveniente na vida do consumidor, afetando assim, o equilíbrio contratual.

3.2.3 Publicidade enganosa veiculada com a informação

A publicidade é vista na sociedade moderna como algo ínsito e natural do desenvolvimento, revelando o conjunto de comunicações feitas pelo fornecedor (*marketing*), de maneira persuasiva, com o objetivo de seduzir o consumidor a comprar o seu produto ou solicitar o seu serviço.

Nesse diapasão, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães⁵⁸ constata:

Com o avançar dos anos e com o crescimento das cidades, o contato direto entre essas duas pessoas se tornou mais raro, surgindo uma cadeia de intermediários. Assim, a publicidade passou a ser encarada como mais um instrumento mediante o qual seriam dadas informações aos consumidores sobre os produtos ou serviços postos no mercado. Todavia, em função da acirrada concorrência entre fornecedores e do surgimento de uma sociedade de massa, a publicidade passou a ter outro papel nesse cenário, com certeza mais importante, qual seja, o de persuadir os consumidores quanto à necessidade de aquisição desses bens e serviços.

Sendo que, além do óbvio aspecto mercantilista de comprar sempre mais, a publicidade acaba certamente interferindo no aspecto psicológico do consumidor: o fornecedor induz, impulsiona a ideia de o que se tem não é o bastante; cria a necessidade de um produto ou serviço que, às vezes, inexistente; transforma na mente humana algo supérfluo em imprescindível como o ar que se respira; enfim, manipulam-se informações condicionando as atitudes.

Pontuando o entendimento acima, Carlos Ferreira de Almeida⁵⁹ diz: “se a publicidade é uma luz, sendo demasiadamente forte, ofusca a visão completa da realidade”.

É preciso atentar para a mensagem publicitária cujo conteúdo possa ser falso, impreciso ou ambíguo que seja capaz de levar o consumidor em erro, independente de culpa ou dolo do fornecedor. Se há publicidade enganosa, é porque houve uma omissão, imprecisão, falta de clareza (não transparência) ou ambiguidade com a informação veiculada. Esclarecendo o dever de informar esculpido no artigo 31⁶⁰ do CDC, Antônio Herman Benjamin⁶¹ afirma:

A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais.

56 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n° 381**. “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779>. Acesso em: 15 out. 2013.

57 SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo, RT, 2010, V. 27, p. 162-163.

58 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2007, V. 16, p. 95-96.

59 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 78.

60 Art. 31, do CDC, “*in verbis*”: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével”.

61 BENJAMIN Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2009, p. 190.

Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação.

Lá, temos a informação pré-contratual. Aqui, deparamo-nos com a informação contratual. São dois estágios distintos do iter da comunicação com o consumidor. Ambos têm o mesmo objetivo, ou seja, preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas.

Associando a publicidade enganosa ou abusiva com a problemática da massificação das dívidas, o artigo 54-B, §4º⁶² do PLS nº 283/2012 proíbe expressamente a promoção de oferta de crédito que afete a decisão final do consumidor, seja por meio da falsidade, omissão ou dificuldade na informação apresentada.

Ante o exposto, “podemos dizer que o marketing deforma a vontade livre do consumidor”⁶³. Tendo em vista que a publicidade, mesmo sem ser enganosa, atinge a decisão final da parte vulnerável, ainda pior se enganosa e preenchida com informações inadequadas, é preciso associá-la à prevenção do superendividamento e de qualquer relação de consumo.

4. A AÇÃO REVISIONAL COMO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Diante das reiteradas práticas abusivas e o total desrespeito às regras e princípios contidos no CDC, a Ação Revisional surge como o principal mecanismo de auxílio ao consumidor marginalizado pelo mercado de consumo e como recurso judicial adequado à renegociação das dívidas.

62 PLS nº 283/2012 – Art. 54-B [...], §4º, “*in verbis*”: “É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

I – formular preço para pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista;

II – fazer referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;

III – indicar que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;

IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente”.

63 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2007, V. 16, p. 103.

A revisão judicial é prevista no CDC no rol de direitos básicos do consumidor, por meio do artigo 6º, inciso V, “*in verbis*”:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]

O princípio moderno da função social permite que o contrato tenha o cumprimento e seu vínculo flexibilizados para atender às necessidades do consumidor vulnerável cujo objetivo é descrito nas palavras de Humberto Theodoro Júnior⁶⁴:

[...] não foi o de fragilizar ou inutilizar o instituto do contrato, tornando-o simplesmente rompível unilateralmente pelo consumidor. Em nome do princípio da boa-fé, o que se visou foi, antes de tudo, aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo eqüitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas.

A modificação do contrato em flagrada desproporcionalidade na tentativa de reaver o equilíbrio entre as partes remonta o instituto jurídico da lesão que é prevista no artigo 157, *caput*⁶⁵ do CC/02 como defeito do negócio jurídico capaz de gerar a anulabilidade, sendo definida por Otavio Luiz Rodrigues Junior⁶⁶ da seguinte forma:

[...] um vício mediante o qual o contratante experimenta um prejuízo, quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação que forneceu. É o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre prestações das duas partes [...].

Entretanto, cumpre aqui fazer a diferenciação

64 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 6 ed. (rev. e atual). Rio de Janeiro, 2009, p. 32.

65 Art. 157, *caput*, do CC/02, “*in verbis*”: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

66 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 98.

entre a primeira parte do artigo 6º, inciso V, a possibilidade de modificação de cláusulas que estabeleçam desproporção (a típica lesão), e segunda parte do referido artigo, que corresponde à revisão por fatos supervenientes em razão da excessiva onerosidade (hipótese lesiva).

A esse respeito, Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷ ressalta:

[...] E tal desproporção somente as há de aferir ao tempo mesmo do contrato, o que é da maior importância, porque as condições externas, como por exemplo a valorização natural da coisa, pode ao fim de pouco tempo criar um desequilíbrio, inexistente sem dúvida ao tempo do negócio, mas que surgiu ulteriormente [...].

Logo, é possível afirmar que o instituto da lesão refere-se a qualquer prejuízo ligado à formação do contrato que seja capaz de gerar a desproporção, diferente do que acontece no direito a propor Ação Revisional por excessiva onerosidade de fato superveniente, como ocorre nos casos de superendividamento.

Na verdade, o superendividamento, seja ativo (por má administração orçamentária doméstica), ou passivo (pelas áleas da vida), terá como pressuposto a onerosidade excessiva causada por acontecimento que sobrevenha ao contrato (*a posteriori*), independentemente de ser imprevisível, anormal ou extraordinário.

Finalmente, a legitimidade ativa da referida ação pertence ao consumidor superendividado (pessoas física ou jurídica) que deve agir sob os parâmetros da boa-fé objetiva, valendo-se do benefício do ônus invertido em relação ao fornecedor que queira provar o contrário, cujo objeto revisional seja o total das prestações periódicas firmadas em contrato bilateral, independente da mora.

4.1 Aplicação subsidiária da nova Lei de Falência nº 11.101/2005

Diante da atual realidade legislativa de que não existem regras específicas e suficientes para recuperar o consumidor superendividado, mesmo com as alterações propostas pelo PLS nº 283/2012, a solução mais adequada, por meio do método da analogia e da interpretação extensiva, é aplicar alguns dispositivos da Lei nº 11.101/2005, a fim de evitar

uma crise econômico-financeira e a falência do vulnerável (pessoas física ou jurídica superendividada).

A esse respeito, Silvio Javier Battello⁶⁸ questiona:

A última lei sobre a matéria, conhecida como a nova Lei de Falência, de fevereiro de 2005, em vigor a partir de dia 09.06.2005, surge da necessidade de ter no âmbito empresarial um mecanismo que permita a viabilidade da empresa em crise.

Deixando de lado os comerciantes, ou melhor dito, a partir do novo Código Civil, os empresários, cabe perguntar aqui: que aconteceu com os endividados que não praticam atividade empresarial? Tiveram a mesma sorte dos comerciantes? Seus direitos foram também permanentemente revisados? Parece que a história desses não é tão feliz!

Essa forma de interpretar e integrar o direito ao caso concreto frente às lacunas é ampliada por Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶⁹ como:

[...] sentido da norma para além do contido em sua letra. Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se, não obstante, que desse modo estará respeitada a ratio legis, pois o legislador (obviamente o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Embora o artigo 1º⁷⁰ da Lei 11.101/2005 não inclua o consumidor como beneficiário, apenas os empresários e as sociedades empresárias, é razoável permitir que na atividade do magistrado em sede de Ação revisional sejam aplicadas as regras concernentes à recuperação do primeiro, tendo em vista que a capacidade creditícia é interesse dos segundos e da economia do próprio Estado.

68 BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, V. 29, p. 220.

69 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297.

70 Art. 1º, da Lei nº 11.101/2005, "*in verbis*": "Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor".

67 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 187.

Conforme dicção do artigo 47 da referida lei, “*in verbis*”, o mecanismo da recuperação surge para “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de permitir a manutenção da fonte produtora [...] sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

A lógica do merecimento da recuperação da empresa é que se trata de uma unidade produtiva geradora de renda cuja importância social é de grande valia para a sociedade brasileira, ou nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho⁷¹, “como uma atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível”.

É preciso atentar que, se a empresa corresponde ao setor de incentivo e proteção do Estado Brasileiro, o consumidor superendividado assim também deve ser considerado. Não é possível garantir uma livre concorrência, um equilíbrio no mercado e a prevalência da dignidade humana com o agente consumerista excluído da sua capacidade de compra (à margem do mercado).

Superendividamento não é insolvência, mas, pode ser a consequência jurídica mais óbvia se o Estado e os fornecedores de crédito não cooperarem com a recuperação do consumidor. Para isso, devem-se reunir no juízo da Ação Revisional, cujo rito é comum ordinário, todos os contratos que se tornaram excessivamente onerosos após a sua formação e notificar todos os respectivos credores.

Nesse sentido, Brunno Pandori Giancoli⁷² assevera:

Diante disso, o pleito revisional por aplicação do superendividamento não poderá versar apenas sobre um determinado vínculo contratual isolado, e sim de todo o seu passivo devedor, justamente para permitir a correção da assimetria das relações jurídicas pelo consumidor, em razão da existência de um conjunto de dívidas estruturais ajustadas de boa-fé, capazes de ameaçar ou lesionar sua dignidade pessoal. [sic]

Notificados os credores, o Estado-Juiz analisará os elementos que desapareceram ou sofreram prejuízo capaz de alterar substancialmente a base objetiva dos contratos, reestruturando-lhes, e efeti-

vando um plano de pagamento para o consumidor superendividado, contendo parcelamento, reajustes de juros e acessórios, remissão, entre outros itens pertinentes.

4.2 Responsabilidade objetiva e solidária dos credores

O aparato constitucional tem como princípio-norte a própria dignidade da pessoa humana fazendo com que o eixo da responsabilidade civil seja direcionado mais à reparação da vítima prejudicada do que tão somente à condenação do agente. Nesse diapasão, José de Aguiar Dias⁷³ assevera:

[...] como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema de culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano.

A responsabilidade civil, uma vez diferente ontologicamente da obrigação, surge a partir do momento que o agente descumpre um dever jurídico anteriormente prescrito, podendo gerar assim, danos de ordem material e/ou psíquica, refletidos no dever de indenizar.

Seguido pelo princípio da cooperação que os fornecedores têm o dever de auxiliar o consumidor superendividado e pelo método da analogia no tocante ao instituto da responsabilidade civil, é possível aferir que, quem concede o crédito, assume ao mesmo tempo o dever de auxiliar na recuperação e na consequente liquidação do débito.

A doutrinadora Claudia Lima Marques⁷⁴ leciona que:

[...] no direito brasileiro, em face do CDC parece também ser possível considerar-se a existência deste dever de renegociação a favor do consumidor, pois tanto o art. 6.º, V menciona o direito do consumidor de pedir modificação do contrato em caso de onerosidade excessiva, quanto nos arts. 52 e 53 menciona o direito à informação, ao pagamento antecipado e devolução das

71 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 129.

72 GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 160-161.

73 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.16.

74 MARQUES, Claudia Lima. Prefácio. In: COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002, p. 23-24.

quantias pagas. Logo, parece-me possível também no Brasil requerer a antecipação desta modificação e a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para readaptação do contrato (princípio de boa-fé do art. 4.º, III) e sua manutenção (art. 51, §2.º).

Logo, se é indiscutível o dever/obrigação de cooperar com o consumidor superendividado, há também a outra face: a responsabilidade pelo descumprimento desse dever jurídico primário e pelo desvio de conduta do próprio fornecedor desde o momento inicial do oferecimento do produto ou serviço, independente de culpa.

A esse respeito Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷⁵ afirmam:

Sob a influência dessas idéias, inúmeras leis especiais consagraram a nova teoria, admitindo a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa. O Decreto n. 2.681, de 1912 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), a legislação de acidente de trabalho (Lei n. 5.316/67, o Decreto n. 61.784/67, Lei n. 8.213/91), as Leis n. 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT), Lei n. 6.938/81 (referente a danos causados no meio ambiente), além do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que também reconhece a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor.

[...]

Percebe-se, então, que, ao lado da responsabilidade decorrente do ilícito civil ou do abuso de direito, em cujas noções encontra-se inserida a idéia de culpa (arts. 186 e 187), poderá o magistrado também reconhecer a responsabilidade civil do infrator, sem indagação de culpa (responsabilidade objetiva) [...]

Partindo do pressuposto que a responsabilidade é objetiva, conclui-se também que esta seja solidária, isto é, repartida entre todos os fornecedores que deram, de alguma forma, causa ao superendividamento. Nesse sentido, Rizzatto Nunes⁷⁶ expõe

detalhadamente:

O parágrafo único do art. 7º do CDC estabeleceu o princípio da solidariedade legal para responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor.

A norma estipulou expressamente a responsabilidade solidária, em conformidade com a lei substantiva pátria, deixando firmada a obrigação de todos os partícipes pelos danos causados, nos moldes também do Código Civil (art. 942).

[...]

Ressalte-se, ainda, o aspecto de que a responsabilidade na Lei n. 8.078 é objetiva, de maneira que a ampla solidariedade legal e expressamente reconhecida, diferentemente da regra do regime privatista do Código Civil, independe de apuração e verificação de culpa ou dolo. Caberá ao responsável acionado, depois de indenizar o consumidor, caso queira, voltar-se contra os outros responsáveis solidários para se ressarcir ou repartir os gastos, com base na relação jurídica existente entre eles.

O PLS nº 283/2012 prevê a avaliação responsável da situação econômica do consumidor como meio de prevenção do superendividamento, acrescentando o artigo 54-C, inciso II, “*in verbis*”: “avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observando o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; [...]”.

Embora o intuito do legislador no PLS nº 283/2012 seja delimitar o compromisso responsável do fornecedor, não há nenhuma previsão expressa indicando o instituto da responsabilidade civil objetiva no tocante ao fenômeno do superendividamento, firmando assim, mais uma lacuna desnecessária.

5. CONCLUSÃO

Após a análise do instituto do superendividamento foi possível qualificá-lo como fenômeno sociojurídico relevante que tem como principal agente propulsor a fácil disponibilização do crédito em países emergentes, a exemplo do Brasil, capaz de proporcionar a elevação do

75 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2008, V. 3, p. 137.

76 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195-196.

nível de vida e, ao mesmo tempo, o empobrecimento e a desestabilidade psicológica do consumidor, independente da classe social envolvida.

Verificou-se que, a partir da interpretação razoável do artigo 2º do CDC, na roupagem adequada ao superendividamento, por meio da corrente do finalismo aprofundado esboçada pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível a inclusão de pessoa jurídica na qualidade de superendividada, perquirindo a vulnerabilidade no caso concreto levado ao Judiciário, embora boa parte da doutrina, o Programa PROENDIVIDADOS e o Projeto de Lei nº 283/2012 não caminhem para esse entendimento.

Analisou-se consubstancialmente a Teoria da Imprevisão como não aplicável ao Código de Defesa do Consumidor e conseqüentemente ao superendividamento, bastando como pressuposto processual a quebra objetiva do negócio jurídico após a formação dos contratos e o acontecimento que causou a alteração substancial, não necessitando de forma alguma que seja imprevisível, anormal ou extraordinário.

Ao final, foi abordada a Ação Revisional pelo superendividamento, que deverá versar sobre o conjunto de contratos que se tornaram excessivamente onerosos após a formação (passivo concursal), notificando-se todos os credores para a delimitação do plano de pagamento e a renegociação das dívidas.

Diante da ausência de regras positivadas acerca do tema estudado, as denominadas lacunas, a solução encontrada foi interpretar extensivamente o direito já existente na Lei 11.101/2005 e no instituto da responsabilidade civil objetiva imposta aos credores de maneira solidária.

Conclui-se que, embora se reconheça o avanço legislativo nos dispositivos a serem acrescentados ao Código de Defesa do Consumidor, por intermédio do Projeto de Lei nº 283/2012, ainda assim, não é suficiente para resolver o problema como um todo, tendo em vista que as lacunas persistem e a fiscalização das regras e princípios já contidos é precária.

Para tanto, compete ao Judiciário dar conformidade ao sistema jurídico, analisando com prioridade o problema da massificação das dívidas, a fim de harmonizar as relações contratuais superendividadas, de modo a revisar todo o passivo devedor, a partir da quebra da base objetiva e de uma interpretação flexibilizada do artigo 6º, inciso V, do Código de defesa do Consumidor, devolvendo o *status quo* e a capacidade de consumo.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006, V. 29.

BENJAMIN Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, V. 64, out./dez. 2007.

BRASIL, PLS – **Projeto de Lei do Senado, nº 283 de 2012**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, **Recurso Especial nº 476428-SC**. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília. 19 de abril de 2005, 3ª Turma, V. 193, DJ 09.05.2005, p. 390. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542170&s-Reg=200201456245&sData=20050509&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 381**. “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779. Acesso em: 15 out. 2013.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de La volonté*. Paris: LGDJ, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, V. 2.

REFERÊNCIAS

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: RT, 2002.

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia.** 3 ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 2 ed. (rev. e atual). Curitiba: Juruá, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006, V. 29.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2008, V. 3.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo: RT, 2007, V. 16.

GUNTHER, Max. **Os axiomas de zurique.** Tradução de Isaac Piltcher. 24 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006, V. 29.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos.* Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

LIMA, Clarissa Costa de, BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na

américa latina e superendividamento. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006, V. 29.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Prefácio. In: COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: RT, 2002.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no rio grande do sul. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo: RT, V. 55 jul./set. 2005.

MORATO, Antonio Carlos. **Pessoa jurídica consumidora.** São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 4 ed. São Paulo: RT, 1999.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 6 ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006, V. 29.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006, V. 29.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999, V. 1.

PROENDIVIDADOS. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/proendividados>>. Acesso em: 13 set. 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3 ed. (rev., atual e ampl.). São Paulo, RT, 2010, V. 27.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, V. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 6 ed. (rev. e atual). Rio de Janeiro, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

AS DISTINÇÕES E LIMITES DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI 8.666/93

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Advogado, Bel. e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Coordenador do curso de Direito da Faculdade Joaquim Nabuco, Professor da UFPE e FJN, Coordenador do Núcleo de Teoria do Direito e Filosofia do Direito da ESA/OAB-PE.

Sumário

INTRODUÇÃO. 1. PRESSUPOSTOS PARA CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E AS NOTAS DISTINTIVAS ENTRE A SANÇÃO DE SUSPENSÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. 2. OS PROBLEMAS ADVINDOS DA “EMENTOLOGIA” DO STJ. 3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS. 4. A POSIÇÃO DA DOUTRINA. 5. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

Resumo

Busca-se neste artigo tecer considerações acerca da natureza jurídica e distinções entre as sanções inseridas no art. 87, III e IV da Lei 8.666/93. Analisa-se a natureza das sanções sob o prisma da teleologia da norma e dos princípios que regem a Administração Pública. Comenta-se a jurisprudência do STJ, a posição da doutrina e dos Tribunais de Contas para, ao final, concluir pela limitação temporal e espacial do âmbito de incidência da penalidade de suspensão temporária ao órgão que aplicou a sanção e pelo alcance a toda a Administração Pública da declaração de inidoneidade.

Palavras-chave: Sanções administrativas. Limites. Distinções.

Abstract

This article seeks to make remarks about the nature and legal distinctions between the sanctions embodied in the art. 87, III and IV, of the Act 8.666/93. It is analyzed the nature of sanctions through the prism of teleology of the Act and the principles of the public administration. Comments to the jurisprudence of the STJ, the position of the doctrine and

the Courts of Accounts to, in the end, conclude that temporal and spacial limitation must be applied to the penalty of temporary suspension by the entity that imposed the penalty and the declaration of unfitness must reach all the Public Administration.

Keywords: Administrative sanctions. Limits. Distinctions.

INTRODUÇÃO

Em homenagem aos princípios que regem a Administração Pública inseridos no caput do art. 37 da Constituição, o inciso XXI do mesmo dispositivo consigna pressuposto geral às contratações realizadas por entes públicos: o procedimento licitatório. No intuito de regular o referido inciso, a Lei 8.666/93 estabeleceu as normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública, que, norteadas pelos princípios da moralidade, igualdade e supremacia do interesse público, dispôs acerca das sanções administrativas aplicáveis no caso de inexecução total ou parcial do contrato.

O artigo 87 da Lei das Licitações enumera as quatro diferentes sanções administrativas que podem ser impostas por ente público, a saber: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Busca-se neste artigo tecer considerações acerca das notas distintivas entre duas das sanções elencadas no art. 87, mais precisamente, aquelas dispostas nos incisos III e IV, da Lei de Licitações e Contratos: a “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” e a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”. Traz-se ao lume o imbróglie causado pela “ementologia” da jurisprudência do STJ, que, dissociada de análise do inteiro teor dos julgados paradigmas, pa-

rece não distinguir as sanções em questão. Com base no dissenso decorrente da mera análise das ementas dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, situamos a posição da doutrina, dos Tribunais de Contas e da jurisprudência brasileira em relação à matéria.

Ao final, destacamos a importância de analisar as sanções inseridas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93 à luz dos princípios da legalidade, da razoabilidade, proporcionalidade e da reserva legal absoluta, ante a limitação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados que são ínsitas às sanções administrativas impostas pelo poder público.

1. PRESSUPOSTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E AS NOTAS DISTINTIVAS ENTRE A SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Respeitar as características que distinguem as sanções administrativas implica analisar a hipótese normativa descrita pelo legislador em consonância com a sua teleologia, com os princípios que as regem e interpretar de forma sistêmica o preceito, para melhor concretizá-las (MÜLLER, 2009, p. 305) no caso concreto. Ressalte-se que reconhecer a intencionalidade legislativa tal qual descrita na norma positivada não é o mesmo que aquiescer às intenções do legislador (WALDRON, 2004, p. 304), mas tão-somente admitir que a legislação indica os pontos de partida e traz em si elementos prescritivos (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 293) para a interpretação judicial, apesar de não se constituir a única ferramenta para a criação da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Antes de se posicionar, por conseguinte, acerca dos limites das sanções administrativas em comento, faz-se mister analisar os comandos normativos em que estão inseridas, as características de cada uma e suas notas distintivas, pressuposto e ponto de partida dos limites da interpretação na concretização normativa.

No caso da declaração de inidoneidade e da suspensão temporária, por se tratarem de limitações impostas à liberdade dos jurisdicionados, assemelham-se às sanções de cunho penal, submetendo-se o Poder Público às mesmas limitações hermenêuticas para aplicá-las. É o entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO E INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. TAXI. PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALI-

DADE ESTRITA.

1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 21.922/GO, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 21/06/2007 p. 273) (Grifos nossos)

Se “Não há que falar-se de um ilícito administrativo distinto de um ilícito penal” (CRETELLA JUNIOR, 2006, p. 397), impõe-se o atendimento ao princípio da reserva legal absoluta, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa para regular a questão, ou de aplicação analógica das sanções a casos não prescritos em lei. Noutros termos, é uma questão de competência, ou seja, todo e qualquer ato que venha a intervir no direito de liberdade ou de propriedade das pessoas carece de lei prévia que o autorize (STF, 2007).

Estabelecidas as balizas interpretativas das sanções administrativas, é de se ter em conta que as restrições à contratação com o poder público podem ser de duas espécies: a) Sanção por ato doloso, com declaração de inidoneidade para licitar, com efeitos *erga omnes*, que geram o impedimento de contratação com toda a Administração Pública¹ e por prazo não determinado em lei; b) Sanção culposa, com suspensão temporária do direito de licitar, que tem efeito territorialmente delimitado por força de lei e temporalmente restrito ao prazo máximo de dois anos.

A limitação territorial da sanção de suspensão temporária está delineada pelo termo “Administração”, utilizado pelo legislador no art. 87, III, da Lei 8.666/93, cujo art. 6º, XII, conceitua como o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. A

¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

intenção do legislador parece evidente: ao distinguir na própria lei os termos “Administração” e “Administração Pública”, delimita o âmbito de incidência das sanções, constituindo uma gradação necessária à adequação da penalidade ao caso concreto, conforme rezam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuja teleologia é a vedação de obrigações, restrições ou sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins (MEDAUAR, 2002, p. 158). Também decorre da gradação das penalidades a impossibilidade de serem cumuladas as sanções dos incisos III e IV do art. 87, sob pena de se caracterizar *bis in idem*, vez que ambas apresentam eficácia e objetivos semelhantes, posição agora assumida também por Marçal Justen Filho, que retifica equívoco grave reiterado em edições anteriores de seus comentários à Lei 8.666/93 (JUSTEN FILHO, 2010, p. 896).

Outra distinção entre as duas sanções está na competência para a imposição. Ao passo que a declaração de inidoneidade é exclusivamente imposta por Ministro de Estado ou autoridade equivalente, a suspensão temporária pode ser aplicada por qualquer gestor, conforme disponha o regimento interno da autoridade contratante (FURTADO, 2007, p. 451).

Apesar de a própria ontologia das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade se encarregar de limitar a atuação interpretativa do operador do direito, há controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à distinção dos referidos conceitos, que podem ser atribuídas à posição isolada de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2010, p. 892) e do estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça limitado à análise das ementas dos acórdãos tidos por paradigmas acerca do tema, que abaixo serão minudenciados.

2. OS PROBLEMAS ADVINDOS DA “EMENTOLOGIA” DO STJ

O neologismo “ementologia” refere-se à atividade de estudo do entendimento dos tribunais limitado à análise das ementas dos acórdãos, que, nem sempre, reproduzem com fidelidade os aspectos fático-jurídicos debatidos nos autos, o que finda por induzir em erro aqueles que se restringem a esta análise perfunctória dos julgados. Colhe-se apenas o extrato que supostamente sintetizaria toda a problemática, porém olvida-se o fato de que a concretização de uma norma apenas surge topicamente, ou seja, a partir do problema, e sem a análise de suas nuances que envolvem a construção normativa, pode ser le-

vado o intérprete a uma situação de concluir equivalentes situações meridianamente distintas.

Nesse sentido, lembra Viehweg (2008, p. 97) que “as partes integrantes da Jurisprudência, seus conceitos e suas proposições têm de permanecer vinculadas de um modo específico com o problema e só podem ser compreendidas a partir dele”. Entendidos como o fio condutor do pensamento (VIEHWEG, 2008, p. 40), os lugares-comuns ou *topoi* indicam as premissas sobre as quais se lastreia a fundamentação de um raciocínio, constituindo-se “lugares de amplificação” (REBOUL, 2004, p. 51) da aplicabilidade das decisões. O pensar “ementológico” consubstancia, pois, em nosso sentir, uma fundamentação tópica das decisões judiciais. É justamente o caso dos Recursos Especiais nº 151.567/RJ e 174.274/SP, ambos provenientes da Segunda Turma do STJ e tidos por paradigmas sobre o tema, os quais em uma observação puramente “ementológica”, poderia levar a crer que o Superior Tribunal de Justiça não distinguiria o alcance da sanção de suspensão temporária e da declaração de inidoneidade, ante a suposta indiferença entre os termos “Administração” e “Administração Pública”.

O REsp nº 174.274/SP² (STJ, 2004, p. 294) lançou-se contra a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O TJSP debruçou-se de maneira percuciente sobre a matéria e fundamentou o julgado em diversos doutrinadores de escol, v. g. Hely Lopes Meirelles, Toshio Mukai, Carlos Ari Sundfeld e Márcia Walkiria Batista dos Santos. A conclusão do Tribunal paulista não poderia ser outra: a restrição dos efeitos da suspensão temporária de licitar com a Administração, entendida de forma diversa da expressão “Administração Pública”. Laconicamente, no entanto, o acórdão no recurso especial limita-se a lastrear sua fundamentação no único acórdão que também dispõe sobre a matéria, o REsp nº 151.567/RJ, sem realizar maiores digressões acerca do tema.

Por sua vez, o REsp nº 151.567/RJ³ (STJ, 2003, p. 208) buscou garantir a aplicação de punição de inidoneidade, ainda que por via canhestreia, ao licitante recorrente, que se encaixava perfeitamente no art. 88, II, da Lei 8.666/93, ato passível de declaração de inidoneidade. O voto do Ministro Relator traz trecho do voto condutor do acórdão recorrido, que

2 Ementa: “ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.”

deixa transparecer os motivos da aplicação da sanção naquele caso concreto: “...art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a idéia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.”

Para possibilitar, por conseguinte, que um licitante que atuou dolosamente e inadimpliu o contrato não sofresse a punição que por lei lhe era cabida, qual seja, a declaração de inidoneidade, o STJ arrimou-se no entendimento isolado de Marçal Justen Filho, cuja opinião não verbera a posição majoritária da doutrina, a qual conclui pela distinção entre os termos “Administração” e “Administração Pública”, além de expressamente delimitarem a punição de suspensão temporária do direito de licitar para o âmbito do órgão da Administração que aplicou a sanção. Também o RMS nº 9707/PR⁴ (STJ, 2002, p. 115), apesar de não se debruçar acerca da distinção entre as penalidades dos incisos III e IV do art. 87, segue o entendimento de Justen Filho acerca da indiferença entre os conceitos “Administração” e “Administração Pública” para ampliar os efeitos de suspensão temporária decorrente de fraude contra a licitação decorrente da falsificação de documentos necessários à habilitação no certame, ato tipificado como crime no art. 90 da mesma Lei e, portanto, punível com declaração de inidoneidade.

Observa-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça, com a ampliação da sanção de suspensão temporária nos casos acima descritos, busca retificar em equívocos cometidos pela Administração ao aplicar a penalidade no caso concreto, o que circuns-

creve aquela interpretação a casos específicos e não podem ser tomados por paradigma de intelecção da Corte acerca do tema.

A inexistência de entendimento formado acerca da matéria fica ainda mais evidente quando se observa que o Resp nº 914.087/RJ⁵ (STJ, 2007, p. 190) consignou expressamente que as sanções dispostas no art. 87 são caracterizadas por uma gradação e devem ser balizadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ao revés do que ocorrera, por conseguinte, com os arestos supra minudenciados, que não fizeram distinção entre as sanções e aplicaram à suspensão temporária os efeitos erga omnes da declaração de inidoneidade.

Patente, pois, a inexistência de uma jurisprudência consolidada acerca da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, observa-se uma profusão de decisões divergentes nas instâncias inferiores, o que ocasiona grave insegurança jurídica. A situação demonstra ainda mais a necessidade de os intérpretes do direito buscarem em outras fontes a solução para a controvérsia, ao exemplo da doutrina e dos Tribunais de Contas.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS

A ausência de posição assente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance das sanções descritas no art. 87 da Lei de Licitações reverbera nos sodalícios estaduais e federais de forma negativa, posto que os entendimentos dissonantes

3 Ementa: “ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. – É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.”

4 Ementa: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é uma, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

5 III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido.”

Ementa: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLETO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

(...)

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.”

submetem os jurisdicionados a situação de incerteza e tratamentos desiguais em situações idênticas.

Mesmo após quatro anos do primeiro acórdão tido por paradigma acerca da questão federal em comentário, ilustrava a existência de entendimentos conflitantes a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, na Apelação Cível nº 1.0071.06.028499-0/001⁶ (TJMG, 2007), limitou a sanção de suspensão temporária ao âmbito da Administração que aplicou a penalidade. No mesmo ano, entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Reexame Necessário nº 70021006465⁷ (TJRS, 2007) estendeu a qualquer órgão da Administração Pública os efeitos da suspensão temporária para licitar com a Administração.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2004), do Maranhão (TJMA, 2008) e, após o ano de 2007 também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, 2009), acolheram o raciocínio lançado pelo STJ e consideraram espacialmente ilimitada a sanção de suspensão temporária para licitar. Em posição distinta encontra-se, no entanto, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No ano de 2009, na Remessa Oficial em Mandado de Segurança nº 101440/PE (TRF5, 2009b), aplicou-se a distinção entre as expressões Administração e Administração Pública, tal qual consignados no art. 6º da Lei 8.666/93, e determinou-se a limitação dos efeitos de sanção de suspensão temporária ao órgão da Administração que o aplicou. No mesmo ano, o TRF-5ª Região aplicou raciocínio idêntico e, portanto, divergente daquele consignado pelo STJ, na Apelação Cível nº 375240-CE (TRF5, 2009a).

Ainda que se observe uma inclinação dos Tribunais no sentido de se curvar ao entendimento refletido nas ementas dos arestos do Superior Tribunal de Justiça acima minudenciados, persistem nos mais diversos sodalícios do país entendimentos divergentes, o que demonstra a necessidade de se buscar em outras fontes do direito subsídios para a interpretação das sanções administrativas e se firmar um posicionamento jurisprudencial único, prestigiando-se a isonomia entre os jurisdicionados e a segurança jurídica.

6 O acórdão restou assim ementado: “ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LICITATÓRIO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA LICITAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE - ÂMBITO DE EFICÁCIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. A decisão imposta pela comissão julgadora consistente em punir a empresa com pena de suspensão temporária de participar em licitação e impedi-la de contratar com o Poder Público, limita-se ao âmbito da Administração correspondente.”

7 Ementa: “REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. Os efeitos da suspensão de participação de licitação se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.”

4. A POSIÇÃO DA DOUTRINA

Conforme adiantado e abaixo se comprova, o entendimento da doutrina brasileira, tirante a posição de Marçal Justen Filho, é uniforme no sentido de que, se a lei distingue os termos “Administração” e “Administração Pública”, delimitando expressamente as penalidades que derivam da competência de um órgão isolado (da “Administração”) ou de todo o corpo administrativo brasileiro (da “Administração Pública”), é vedado ao interprete desconsiderar tais definições.

Para Hely Lopes Meirelles “A sanção aplicada pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com órgãos e entidades de cada um desses entes estatais, e, se declarada por repartições menores, só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subalternos.” (MEIRELLES, 2002, p. 237). Na mesma linha de Hely Lopes, o entendimento de Toshio Mukai (MUKAI, 2008, p. 207-208):

De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissoluvelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica a sanção. Ou seja: o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção. É que se trata, em primeiro lugar, de um ato administrativo (punitivo) onde avulta a competência do agente público; e este tem seu âmbito de atribuições demarcado pelo princípio da especialidade e pela legislação. Nesta, o inciso III do art. 87 diz que a pena é de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Porquanto o âmbito de validade da pena é na Administração. Já aquela prevista no inciso IV (declaração de inidoneidade) valerá para o âmbito geral, visto que, como veremos abaixo, essa pena decorre de uma norma penal em branco (art. 97) e o próprio inciso diz que tal penalidade abrange a Administração Pública. (...) Qual a diferença, para os efeitos da Lei n. 8.666/93, entre as expressões Administração e Administração Pública? O art. 6º nos dá a resposta legal sobre essa indagação. Com efeito, Administração é o órgão, entidade ou unidade

administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente (inciso XII do art. 6º). Administração Pública é a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (inciso XI do art. 6º). Eis aí as diferenças (legais) entre as expressões Administração e Administração Pública quanto aos âmbitos de aplicação de uma ou outra pena. Sublinham tais diferenças, dentre outros, Hely Lopes Meirelles, Wolgram Junqueira Ferreira, Carlos Ari Sundfeld, Marcos Juruena Villela Souto.

Na mesma linha, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (FERNANDES, 2008, p. 287), Jessé Torres Pereira Junior segue a linha da distinção conceitual entre os termos Administração e Administração Pública e ressalta que o art. 97 da Lei 8.666/93 tipifica como crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I), porém não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa (PEREIRA JUNIOR, 2002, p. 791). Observa-se, pois, que a distinção entre o alcance das sanções de suspensão temporária e a declaração de inidoneidade é verbalizada pela doutrina majoritária e diverge do suposto entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, conforme minudenciado, segue a linha de raciocínio adotada por Marçal Justen Filho para justificar situações peculiares, não se podendo falar em posição assente sobre a matéria no âmbito daquela Corte.

5. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Além da doutrina e dos julgados do Poder Judiciário, outra importante fonte no intuito de dirimir a controvérsia instaurada sobre o alcance das sanções administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade são as decisões dos Tribunais de Contas, órgão de controle que, “no caso brasileiro, deve, em primeira medida averiguar a compatibilidade do exercício do exercício da função administrativa com a lei” (NÓBREGA, 2009, p. 340).

Ao analisar Representação formulada contra o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, na decisão plenária 352/98 (TCU, 1998, p.

19), julgou a (i)legalidade de cláusula de edital de licitação formulado pelo STJ, onde restou afastada a possibilidade de participação de empresas que estivessem apenadas com suspensão temporária para licitar. A Corte de Contas entendeu que a cláusula restringia o caráter competitivo da licitação e afrontava o princípio da isonomia, uma vez que a sanção imposta de suspensão temporária estaria adstrita ao órgão que a aplicou. Ao final, frisa que “caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal”. E conclui: “Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva.”

Como resultado da decisão do TCU, ficou a determinação ao STJ que, em observância ao princípio da legalidade, não mais incluísse nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação de interessados eventualmente apenados por outro órgão ou entidade da Administração Pública. Impende consignar a importância deste entendimento para todos os entes públicos, uma vez que a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União (TCU, 1995) dispõe expressamente que: “As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O mesmo entendimento firmado na Representação 352/98 foi reiterado no Acórdão nº 1.727/06, da 1ª Câmara (TCU, 2006), bem como no Acórdão nº 842/05 (TCU, 2005), do Plenário daquele mesmo Tribunal.

Entendimento similar foi fixado pelo Tribunal de Contas de Pernambuco (TCPE, 2009) em resposta a Consulta formulada pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco e relatada pelo Conselheiro Marcos Loreto, cujo voto foi fundamentado no parecer elaborado pela Procuradora Geral Adjunta do Ministério Público de Contas, Eliana Maria Lapenda Moraes Guerra.

O referido parecer interpreta o alcance das sanções administrativas de acordo com a teleologia da norma, e infere ser decorrência do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter pedagógico-punitivo a gradação das penalidades impostas aos particulares pelos órgãos públicos. Entende, outrossim, que a declaração de inidoneidade estende seus efeitos a todos os entes públicos e em qualquer esfera de Poder, enquanto a suspensão temporária estaria

restrita ao órgão sancionante.

Além das notas distintivas e da teleologia de cada uma das sanções, há, por conseguinte, de se levar em conta uma questão de lógica evidenciada na técnica legislativa que instituiu as penalidades ora em comento: “À evidência, a declaração de inidoneidade, diferentemente da suspensão temporária, seria aplicada em último caso e dada a gravidade da conduta do particular, caso contrário não haveria por que dispô-las em incisos distintos.” (GUERRA, 2009, p. 64).

CONCLUSÕES

O intuito deste artigo foi externar observações concernentes ao art. 87 da Lei 8.666/93, em especial, os limites das sanções de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” e a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”. Nesse sentido, analisar as características e a teleologia das duas sanções mostra-se pressuposto gnoseológico imprescindível ao estabelecimento de balizas interpretativas para o operador do direito em sua atitude de concretização da norma em questão frente ao caso concreto.

Evidenciada a natureza jurídica de cunho penal das sanções administrativas, demonstrou-se a impossibilidade de serem aplicadas analogicamente ou realizadas interpretações extensivas dos dispositivos, ante a observância do princípio da reserva legal, que deve norteá-las. Além de topograficamente situadas em incisos distintos, o que, de per se, já denota a existência de penalidades diversas, o âmbito territorial e temporal das sanções é estabelecido pelo legislador de forma a prestigiar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem reger a Administração Pública. As distinções entre a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade são, pois, formal e materialmente explicitadas pelo próprio legislador.

Apesar das restrições interpretativas na aplicação das sanções estatuídas pelo próprio legislador ao delimitar os conceitos utilizados na norma, que se adicionam às limitações inerentes à natureza e aos princípios que regem a norma, uma análise perfunctória do entendimento do Superior Tribunal de Justiça poderia levar à idéia de que aquela Corte não distingue as duas sanções, exorbitando os efeitos da suspensão temporária a todos os entes da Administração Pública. Uma análise mais acurada revela, entretanto, que os julgados tidos por paradigmas estão

circunscritos a situações específicas e não podem ser considerados como entendimento consolidado sobre a matéria.

A falta de um posicionamento firme no STJ implica insegurança jurídica, dada a profusão de entendimentos diversos nas instâncias inferiores e, para auxiliar a dirimir a controvérsia instaurada, destacamos o importante papel da doutrina no estudo da natureza e dos limites das sanções administrativas, bem como as luzes colhidas do entendimento dos Tribunais de Contas, cuja especialização técnico-jurídica sobre a matéria é cediça e serve de importante auxílio não só ao Poder Judiciário, como também a todos os entes públicos na interpretação e aplicação das sanções administrativas.

Entendemos ser tarefa árdua para o ente público estabelecer critérios objetivos que diferenciem, no caso concreto, quando aplicar a pena de suspensão temporária e quando fazer incidir a declaração de inidoneidade. Definida, entretanto, qual a pena a ser aplicada, impõe-se a limitação dos efeitos da sanção ao preceituado no texto legal.

Após o estudo das notas distintivas e da finalidade das sanções administrativas, temperadas pela incidência dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, nos filiamos, por conseguinte, à corrente doutrinária e jurisprudencial, bem como ao entendimento do Tribunal de Contas da União, que limita a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração ao âmbito de incidência do ente público que aplicou a punição, enquanto a declaração de inidoneidade abrangeria a todos os órgãos da Administração Pública, em todas as esferas de poder. A conclusão a que chegamos possui razão simples de ser: o Poder Judiciário e a Administração não podem inovar procedimentos nem criar preceitos, salvo se expressamente previstos em lei, sob pena de ruptura do princípio da legalidade, desembocando em abuso de poder (ALCOFORADO, 1998, p. 43).

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e contrato administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de junho de 1993.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 jun. 03.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 151567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 abr. 2003, p. 208

_____, _____. REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 22 nov. 2004, p. 294

_____, _____. REsp 914087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007. **Diário da Justiça da União**, Brasília 29 out. 2007, p. 190

_____, _____. RMS 9707/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2001. **Diário da Justiça da União, Brasília**, 20 mai. 2002, p. 115

_____, Tribunal de Contas da União. Pleno, Decisão nº 352/98. **Diário Oficial da União**, Brasília, nº 116, 22 de junho de 1998, p. 19

_____, _____. Pleno, Acórdão nº 842/05. **Diário Oficial da União, Brasília**, 05 de julho de 2005, p. 88.

_____, _____. 1ª Câmara, Acórdão 1727/2006, rel. Min. Guilherme Palmeira. **Diário Oficial da União**, Brasília 05 de julho de 2006.

_____, _____. Súmula 222. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de janeiro de 1995.

_____, Tribunal de Contas de Pernambuco. Pleno, Processo nº 0904623-9, rel Cons. Marcos Loreto, acórdão unânime julgado em 04 de novembro de 2009. **Diário Oficial do Estado**, Recife, 01 de dezembro de 2009.

_____, Tribunal de Justiça do Maranhão. 1ª Câmara. Cível, Agravo de Instrumento no 017026/2007, rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, julgamento

em 29/05/08. **Diário da Justiça**, São Luis, 18 de junho de 2008, p. 5

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câmara. Cível, Reexame Necessário nº 1.0674.08.005521-5/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgamento em 16/12/08. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 13 fev. 2009.

_____, _____. 6ª Câmara. Cível, Apelação Cível nº 1.0071.06.028499-0/001, rel. Des. Edilson Fernandes, julgamento unânime em 10/07/07. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 24, jul, 2007.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara. Cível, Reexame Necessário Nº 70021006465, rel. Desa. Liselena schifino robes ribeiro, julgado em 16/08/2007. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 24 ago. 2007.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara. de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 357.281-5/9-00, rel. Des. Aloísio de Toledo Cesar, julgamento em 06/04/04. **Diário da Justiça**, São Paulo, 2004.

_____, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 3ª Turma, AC375240-CE, rel. Des. Fed. Conv. Amanda Lucena, julgado em 03/11/2009, **Diário da Justiça**, 21 set. 2009.

_____, _____. 3ª Turma, REOMS-101440-PE, rel. Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho, julgamento em 26/03/09. **Diário da Justiça da União**, 17 abr. 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Eliana Maria Lapenda de Moraes. O alcance das sanções administrativas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 96, p. 59-66, dez. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei**

de licitações e contratos administrativos. 14. ed. – São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 27. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos.** 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** 2. ed. – São Paulo: RT, 2009.

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco Queiroz (orgs.). **Princípio da Legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.** 5. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência** – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Profª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POR UMA NOÇÃO DE EXECUÇÃO FORÇADA: PEQUENAS PROVOCAÇÕES AOS DEFENSORES DA EXECUTIVIDADE DA “EXECUÇÃO” INDIRETA

Roberto P. Campos Gouveia Filho

Bacharel e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Civil da mesma Instituição de Ensino Superior. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Advogado.

Raquel Silva Araújo

Bacharela em Direito pela UNICAP. Advogada.

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Este singelo artigo não tem maiores pretensões acadêmicas¹. Foi pensando a partir de uma discussão travada por seu primeiro autor² no Grupo de Discussão Eletrônico da Associação Norte e Nordeste dos Professores do Processo (ANNEP) que teve por mote a suposta executividade da chamada execução indireta. Na defesa da tese oposta, escreveu-se um texto diminuto publicado no Blog Pontes de Miranda³.

A tese da executividade da execução indireta cresce a passos largos. No Brasil, dentre outros, destacam-se os trabalhos de Fredie Didier Jr.⁴, Araken de Assis⁵ e, principalmente, Marcelo Lima Guerra⁶.

Longe de fazer um verdadeiro apanhado do posicionamento de tais autores, pretendemos, de modo um tanto provocativo, formular algumas perguntas aos defensores da corrente combatida, não apenas os mencionados juristas. Perguntas estas que, no grupo de discussão acima mencionado, não foram, data venia, satisfatoriamente, respondidas.

Acima de tudo, visamos fazer, com este texto, uma singela homenagem ao maior jurista brasileiro

da história: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o homenageado da obra coletiva na qual o presente artigo se insere. Não é por outro motivo que boa parte das premissas e conclusões a serem estabelecidas tem por base o pensamento ponteano.

Homenageamos, além disso, a ANNEP como um todo e, especificamente, seus membros que, seguindo os devidos rigores científicos, se dispuseram ao diálogo. Esperamos, sem dúvida, uma difusão deste último com publicação do presente texto.

Em rigor, o texto a seguir é a versão mais analítica do texto publicado do blog acima citado. Optamos por deixá-lo mais no formato de um *post* de blog, de modo que não há maiores preocupações metodológicas. O tom, ademais, pende ao pessoal. É, por isso, que, em sua maioria, as referências bibliográficas constarão logo do título do item ou subitem escrito, refletindo, obviamente, as bases que serviram para a construção das ideias defendidas.

2. A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS: PREMISSAS NECESSÁRIAS

2.1. Considerações iniciais

A premissa fundamental deste trabalho é o fato de ser a execução forçada uma espécie de realização dos direitos. Nessa esteira, é importante, antes de adentrar no cerne da problemática, estabelecer-se, primeiramente, o que vem a ser realização de um direito, em seguida quais são os tipos de direitos realizáveis e, por fim, quando é possível falar em realização forçada dos direitos. É disso que adiante trataremos.

2.2. Primeiras premissas necessárias: o di-

1 Artigo originariamente escrito para a obra coletiva *PONTES DE MIRANDA E O DIREITO PROCESSUAL*. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2013, a qual constitui o quarto volume da Série da ANNEP em homenagem a processualistas norte/nordestinos falecidos.

2 Após isso, a segunda autora deste texto contribuiu, em igualdade, não só com a pesquisa, como também, e principalmente, com a redação.

3 Ver, para tanto: <http://blogpontesdemiranda.blogspot.com.br/2012/10/por-uma-nocao-de-execucao-forcada.html>.

4 Nesse sentido, ver DIDIER JR., Fredie et alli. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, v. 5, p. 34-39.

5 ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 142-143

6 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1998, passim.

reito como situação jurídica relacionada a um fim social e sua realização como momento jurídico de consumação de tal fim⁷

De início, é preciso consignar que a noção de direito aqui empregada é referente à qualquer situação jurídica ativa, ou seja, qualquer posição de vantagem que alguém titularize no mundo jurídico. Direito é, pois, considerado em sentido amplo, englobando não só o direito subjetivo em sentido estrito, mas também outras situações jurídicas ativas como a pretensão, especialmente, e a ação. Além disso, neste momento inicial, é irrelevante diferenciar qualquer espécie de direito, como, por exemplo, os direitos potestativos e os direitos prestacionais, ou os créditos e os direitos reais: todos eles, invariavelmente, se encontram englobados.

Dito isso, podemos prosseguir.

Sem adentrar em maiores problemáticas acerca da natureza jurídica do direito subjetivo, é inegável ser ele ligado a um fim social. O direito objetivo, como cediço, é processo de adaptação social, devendo ser ligado, portanto, ao mundo social ao qual ele se presta. Frisamos que afirmar ter todo direito (ou, no mínimo, dever ter) um fim social não significa adoção da teoria de Ihering acerca de ser o direito um fim juridicamente protegido.

Podemos dizer, assim, que todo direito tem um conteúdo, e neste, abstratamente, concentra-se a função social que serviu de mola mestra para a delimitação do direito. Por exemplo, o crédito (espécie de direito subjetivo) tem por conteúdo uma vantagem de alguém contra outrem a fim de que este cumpra uma prestação, patrimonialmente mensurável, devida.

Desse modo, realização de um direito pode ser entendida, pragmaticamente, como o momento em que o conteúdo do direito (fundado numa determinada situação social e a ela servindo), até então abstração, se concretiza, modificando-se, com isso, a realidade social a qual ele se presta. Numa relação jurídica de crédito pecuniário, por exemplo, quando o devedor efetua o pagamento da soma em dinheiro, realiza o conteúdo do crédito, de modo que, além da modificação jurídica imediata (ultimação da relação jurídica, com sua automática extinção), repercute

para fora do mundo jurídico, na própria realidade socioeconômica, base de tal relação jurídica.

Metaforicamente, realização é o ponto final na reta da vida do direito. Ela é fim, portanto. Não é sem razão, pois, a emblemática definição de Clóvis do Couto e Silva sobre ser a obrigação um processo que caminha para o adimplemento⁸. Ou seja, entende-se o adimplemento como a ultimação (momento final) do crédito, elemento estrutural da relação jurídica obrigacional.

Ao realizar o direito, a relação jurídica que o envolve (além de, obviamente, ele próprio) se extingue. Realizar, nesse sentido, significa extinguir. Nem toda extinção, todavia, enseja realização. Há, pois, formas de extinção realizadoras, como o pagamento, e formas de extinção não realizadoras, como a resolução por inadimplemento do art. 474, CC.

Utilizando-se mais uma vez de uma metáfora, podemos dizer: na vida dos direitos há a possibilidade de mortes naturais (com realização) e não naturais (sem realização).

2.3. Segunda premissa necessária: Distinção entre direitos prestacionais e direitos potestativos⁹

Uma classificação dos direitos de toda relevante para o presente texto é aquela que tem por critério o objeto deles.

Aqui, dividem-se os direitos em prestacionais e potestativos. Vejamos as características de cada um.

Nos primeiros, têm-se as seguintes: a) seu objeto é uma prestação devida por alguém, assumida por este quer de forma voluntária (alguém, ao contrair um empréstimo em dinheiro, aceita pagar o correspondente mais os consectários, por exemplo) quer de forma imposta (e. g., o proprietário de imóvel predial urbano, nos moldes do regramento específico, tem o dever de pagar o valor correspondente ao IPTU). Por prestação, deve-se entender o ato humano, positivo ou negativo, de cumprimento do dever; b) em virtude disso, pode-se dizer que a realização de um direito prestacional, por consistir num fazer ou num não fazer (dar e pagar, em rigor, são espécies de fazer), é algo perceptível aos sentidos humanos, ocorrido no mundo físico; c) por fim, na normalidade, a realização do direito prestacional de-

7 Subitem escrito com base, acima de tudo, em PONTES DE MIRANDA e Marcos Bernardes de Mello. Do primeiro, foram analisadas as seguintes obras: *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 1-2; *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 1; *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1-6, em especial os tomos 1 e 5. Do segundo, destacam-se: *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia* – 1ª. parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

8 Sobre o tema, ver SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: FGV, 2006.

9 Escrito com base, não necessariamente de forma atrelada, nas seguintes obras: DIER JR., Fredie, op. cit.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., t. 5.

pende de ato cooperativo do sujeito passivo, ou seja, depende do cumprimento da prestação devida por este. Não é a toa que, não havendo o cumprimento, o titular do direito tem, salvo expressa vedação legal em contrário (como nas dívidas de jogo permitido), ação para impor o cumprimento.

Já os segundos apresentam as seguintes características; a) o objeto é uma transformação a ser operada no mundo jurídico. Eis a razão de denominar-se tal tipo de direito igualmente de formativo, pois, quando realizado, ele muda o mundo jurídico: criando algo nele, modificando e extinguindo algo dele (o direito ao divórcio, por exemplo, é direito ao desfazimento do casamento e deu sua eficácia enquanto categorias jurídicas; já o direito a aceitar uma oferta é direito a formar um contrato); b) em face disso, a realização de um direito potestativo dá-se num plano ideal, lógico: o mundo jurídico, existente não no plano físico, mas sim no plano da intersubjetividade¹⁰; c) a realização de um direito potestativo independe por completo de qualquer ato cooperativo do sujeito passivo, o qual apenas se submete à realização dele, nada podendo, por total irrelevância, lógica e prática, opor¹¹. Aqui, vale uma breve consideração, alguns direitos potestativos só se realizam processualmente, como o direito a decretar uma falência. Isso, todavia, não faz com que haja a necessidade de cooperação do sujeito passivo, apenas se tem a sentença judicial como elemento necessário à concreção do suporte fático da falência. O ato do Estado-juiz, no caso, é ato exclusivo, e não substitutivo de um não cumprimento por parte do sujeito passivo de tal direito.

Por fim, impende destacar que é possível que, realizado um direito potestativo, surja um direito prestacional. Por exemplo, resilido o contrato de locação por inadimplemento do dever de pagar os alugueres, surge para o antes locador o direito a reaver do antigo locatário a coisa locada; direito a uma prestação, sem dúvida. Nesse caso, a realização de tal direito segue, por óbvio, o regramento dos direitos prestacionais.

2.4. última premissa necessária: A execução forçada *lato sensu* como espécie de realização de direitos prestacionais¹²

10 Sobre tal característica do mundo jurídico, em especial da incidência normativa, ver COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Incidência da Norma Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

11 Há de considerar que, para servirem os direitos potestativos, é possível existir pressões à exigência de prestações das mais diversas, em geral prestações negativas. Por exemplo, o condômino tem o direito de, estando quite, votar nas assembleias do condomínio (art. 1.335, III, CC), não podendo este, na pessoa do síndico ou de qualquer quem seja, criar (prestação negativa) qualquer embaraço ao exercício do direito daquele.

Neste subitem, ao se enquadrar a execução forçada como espécie de realização de direitos, já se apresentará a própria definição do instituto. A razão de já se partir para isso está no fato de que o objeto do presente artigo é uma crítica à suposta executividade da chamada execução indireta. Assim, faz-se necessário definir o instituto a fim de que, partindo de tal definição, se possa, em juízo de falseabilidade, demonstrar os equívocos da ideia criticada.

Em rigor, a definição de execução forçada é corolário de seu enquadramento como espécie de realização de direitos: tendo-se, anteriormente, definido a noção de realização de direitos e ao se dizer que executar é realizar, já se estabelece, ao menos, seus limites.

De plano, faz-se um devido corte epistemológico: o termo forçada se refere sempre a algo relacionado à atuação do Estado-juiz, valendo-se, acima de tudo, de seu *imperium*. Descartamos, com isso, qualquer forma de realização de direitos de forma extrajudicial, como um pagamento voluntário, uma novação acordada etc.

Desse modo, podemos definir execução forçada de dois modos: a) primeiramente, num sentido amplo, como atividade de realização de situações jurídicas (direitos, em especial) a uma prestação¹³ pelo processo. Quem executa é o Estado-juiz. Nesse sentido, execução forçada é sinônimo de tutela jurisdicional satisfativa de direitos. O termo execução é, aqui, empregado impropriamente; b) em segundo lugar, de modo restrito, execução forçada é atividade pela qual o Estado-juiz, sub-rogando-se na pessoa do executado, retira algo da esfera jurídica deste, pondo-o na esfera jurídica de outrem, aquele que pleiteia a execução. Execução forçada, aqui, só abrange a chamada execução direta ou por sub-rogação. Dentro da classificação quinária, as sentenças de força executiva, como o é a que julga procedente a ação reivindicatória, opera, ela mesma, a execução, de modo que, com sua simples prolação, o Estado-juiz

12 É imperioso, não só pelo tom de franca homenagem, mas também, e principalmente, pelo fato de as ideias aqui defendidas refletirem o posicionamento por ele defendido de há muito, fazermos alusão às obras de Pontes de Miranda relativas à execução forçada. De forma mais analítica, destacam-se seus *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 9, passim; mais sinteticamente, tem-se o capítulo referente à execução forçada contido no *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 193-204, tomo relativo aos modos de extinção das obrigações.

13 Num sentido muito amplo do termo, execução é sinônimo de qualquer realização de uma situação jurídica tutelável pelo ordenamento. Aqui, o termo engloba tanto os aludidos direitos prestacionais, como os direitos potestativos, estes que não têm por objeto uma prestação por parte do sujeito passivo. Como visto, a realização dos direitos potestativos dá-se, dentro dos moldes fixados, pelo exercício dele, ocasionando uma transformação do mundo jurídico, não perceptível em si aos sentidos humanos. Por vezes, a realização do direito potestativo só se dá mediante uma sentença judicial de natureza constitutiva. É o que ocorre, por exemplo, com o direito a anular negócios jurídicos no âmbito do direito privado. Este sentido, por ser muito amplo, não será adotado no presente trabalho.

já determina, se for o caso, a prática de atos materiais que a concretizam no mundo real (reintegração na posse da coisa, por exemplo)¹⁴; outras sentenças, a seu turno, embora não tenham carga suficiente (a chamada força sentencial) para operar a execução, contém eficácia relevante, formando título executivo, ou seja, um elemento necessário para a formação da execução forçada. Estas últimas têm sua executividade manifestada quando são descumpridas por parte do sujeito passivo, destinatários dela. Em alguns casos, a carga eficaz executiva é mais intensa, de modo que o simples descumprimento já possibilita a execução, como ocorre com as sentenças do art. 461-A, CPC, dispensando-se, assim, a chamada ação de execução da sentença (*actio iudicati*); noutros, além do descumprimento, é necessária a provocação do sujeito ativo, com o exercício, por parte deste, da ação de execução da sentença, algo presente, e. g., na sentença condenatória para o pagamento de quantia no âmbito do processo civil brasileiro, em virtude da especificação constante no art. 475-J, caput, segunda parte, CPC.

Válido frisar que, para a atividade executiva, não importa a prévia certificação do direito a ser realizado. Tanto há execução fundada na certeza jurídica; quanto, pautada num juízo de simples verossimilhança. Rigorosamente, a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa - vulgariza em 1994 com a modificação dos arts. 273 e 461, § 3º, CPC - enseja atividade executiva do segundo tipo. O estudo dela, portanto, deve ser feito dentro da execução forçada.

3. POSIÇÃO ADOTADA: EXECUÇÃO INDIRETA COMO FALSA EXECUÇÃO

Neste trabalho, como afirmado, repele-se o viés executivo da chamada execução indireta. A razão é simples. Vejamo-la abaixo.

Na chamada execução indireta, o Estado-juiz não opera o ato de executar, agindo tão-so-

mente para forçar a satisfação. Não são executivas, pois, ações como o arresto e o mandado de segurança, porquanto o ato do Estado-juiz seja um ato de ordenar que alguém faça algo, sem que ele possa fazê-lo em substituição. As sentenças mandamentais são aquelas que o Estado-juiz pratica algo (dá uma ordem) que somente ele pode fazer. Pensem no exemplo do “habeas corpus”, a mais importante ação mandamental existente: nela, apenas um juiz pode, dentro do Estado Constitucional (não apenas por questões de direitos fundamentais, mas também, e principalmente, por motivos relativos à distribuição do poder estatal), ordenar a uma autoridade policial para soltar ou deixar de prender alguém. Observem que, por outro lado, o juiz, dentro dos poderes constitucionalmente delimitados, não pode praticar isso no lugar da autoridade policial.

Aqui, deixemos claro, nenhuma executividade está em atos de ordenação (na sentença executiva tais atos existem, em maior ou menor grau, sem que nisso resida a executividade): a executividade está na referida transmutação das esferas jurídicas. Quando o juiz, por exemplo, ao julgar procedente uma ação de reintegração de posse, determinada a tomada da coisa do réu e a entrega ao autor, ele, obviamente, ordena. Tal ordem, todavia, não é ato executivo, e sim mandamental (elemento mandamental da sentença executiva). Aqui, a execução, em nível de linguagem, já se operou na própria sentença - transmutando-se as esferas jurídicas das partes. Necessita-se, contudo, concretizar a sentença - e, mais especificamente, a própria executividade - no mundo físico, eis a razão, portanto, de o juiz ordenar a quem tem competência para tanto (um oficial de justiça, no caso) a reintegração na prática.

Talvez o erro na imputação da executividade das sentenças na prolação de ordens (ou, até mesmo, comandos) resida no fato de, ainda hoje, a multiplicidade eficaz das sentenças em graus diversos, tão decantada por Pontes de Miranda, não ser, por motivos vários, bem assimilada pela processualística em geral, a ponto de se falar em sentenças meramente declaratórias¹⁵.

As cominações, ademais, concretizadoras da chamada execução indireta são, em verdade, sentenças acessórias de cunho condenatório: cumpra sob pena de ser condenado a algo (pagar multa, a cumprir pena de prisão etc.). Trata-se de condenação condicionada ao descumprimento, eventual, pois. Alguns autores, como Luiz Guilherme Marinoni¹⁶, veem nelas a própria mandamentalidade, um equívoco, pensamos. Tais medidas, claro, exercem

14 Na classificação ponteana, a qual se defende, aqui, ser a mais racional, semântica e pragmaticamente, a chamada sentença executiva opera a própria execução forçada. Em alguns casos, como na sentença que julga procedente a ação de reintegração de posse, atos materiais hão de ser praticados, mas, tais atos, são apenas um braço da sentença que se estende ao mundo real. Tem-se, com eles, a concretização no plano real da operação promovida no plano da linguagem. Observe-se que, no exemplo, a executividade da sentença está no fato de que o Estado-juiz, ao determinar a retirada da coisa da posse do réu, o faz para entregar ao autor a coisa, entrega esta que deveria, no âmbito da relação jurídica processualizada (*res in iudicium deducta*), ser feita pelo réu. Ademais, temos sentenças executivas que dispensam, inclusive, atos materiais, como as sentenças substitutivas de declaração de vontade não emitida do art. 466-A, CPC.

pressão psicológica (maléfica ou, em menor número de casos, benéfica) sobre o réu, mas isso não retira delas o viés condenatório (no caso das medidas benéficas, como descontos, não há, obviamente, condenação, mas sim exatamente o oposto: a premiação pelo cumprimento). Caso haja o descumprimento de uma ordem (ou, a depender do caso, comando) judicial, para o qual se cominou multa pecuniária, não se tem a composição dos elementos necessários à instauração de uma execução forçada: título executivo e inadimplemento? Sendo assim, porque não seriam, pois, condenatórias tais cominações? Talvez a razão do grande preconceito ainda existente por parte de muitos sobre a existência de uma sentença mandamental decorra exatamente no fato de ver a força sentencial do tipo não na ordem pura e simplesmente, mas sim nas medidas utilizadas para dar efetividade a ela.

Rigorosamente, a sentença mandamental é autorrealizável, já que, ao ordenar, o Estado-juiz cumpre com seu dever. Coisa diversa da mandamentalidade é o cumprimento da ordem, que, por não poder ser feito pelo Estado-juiz em substituição, não pode, só por isso, ser enquadrado como execução forçada. Vejam que, havendo cominação, das duas uma: ou há o cumprimento voluntário, e não se pode falar, obviamente, em execução, ou, na hipótese de descumprimento, opera-se a cominação e a execução será não da ordem em si, mas da sentença acessória que, como dissemos acima, tem força condenatória.

Aos que defendem a natureza executiva da chamada “execução indireta”, formulamos seguintes questionamentos. A execução forçada está: a) na emissão da ordem (mandamento) ou, conforme o caso, comando (condenação)? b) No efetivo cumpri-

mento deles? c) Na cominação feita para o eventual descumprimento? d) Na execução da cominação operada em virtude deste último?

Reticamente, respondamos as nossas próprias perguntas:

a) no primeiro caso, a execução seria apenas um ato formal de emitir uma ordem ou comando. Nesse sentido, qualquer sentença condenatória, mandamental ou, até mesmo, declaratória já executaria, não havendo sentido na distinção, tão cara à Ciência Processual moderna, entre conhecimento e execução, entre dictum e factum. Percebam, o ato de condenar (e é importante frisar a condenação, já que muitos dos autores que defendem a execução indireta são refratários, consciente ou inconscientemente, à sentença mandamental, logo a invocação desta última para o caso é praticamente irrelevante) já seria a própria execução;

b) no segundo caso, a distinção, necessária, entre cumprimento espontâneo e execução cairia por terra, notadamente se a sentença contivesse uma condenação. Não haveria como, por exemplo, distinguir as duas situações previstas no caput do art. 475-J, CPC: a primeira, relativa ao cumprimento da sentença, quando, instado a cumprir, o condenado paga, sob pena de multa; a segunda, surgida em virtude exatamente do descumprimento do comando sentencial, referente ao início da atividade executiva a partir do requerimento do exequirente;

c) no terceiro caso, a execução residiria apenas no ato de cominar algo por um eventual descumprimento de uma ordem ou, conforme o caso, comando. Toda sentença que condenasse ou mandasse cominando sanção pelo descumprimento seria, ela própria, execução. Ou seja, aqui, a execução não é forma de realização de um direito, mas sim apenas um ato que pode ensejar isso. Fazendo uma comparação, no âmbito das relações jurídicas obrigacionais stricto sensu, o cumprimento da prestação não seria o adimplemento, mas sim o simples fato de o sujeito passivo ser instado a cumprir;

d) no último caso, a tese da executividade da “execução” indireta cai num vício lógico incontornável, já que a execução da cominação não é efetivação da ordem ou do comando, mas sim a própria execução direta da sentença condenatória acessória (cominação). Enfim, a “execução” indireta é tão execução quanto a outra, pois ela reside na execução (direta!) da cominação efetuada pelo descumprimento do comando ou da ordem. Maior petição de princípio não

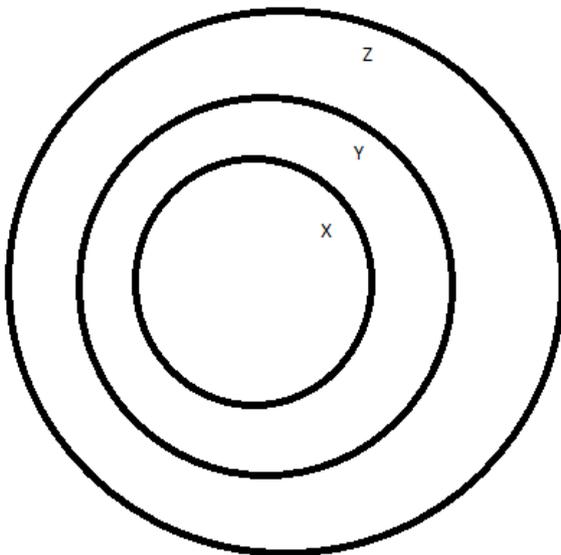
15 Não há sentença meramente declaratória. A sentença de força ou eficácia preponderante declaratória sempre vem enxada de uma eficácia mandamental, de modo implícito. Tal eficácia mandamental é o preceito do Estado-juiz dirigido a todos para que não atentem, no plano real, contra a certeza jurídica gerada pela declaração judicial. Caso o façam, é possível pleitear a execução indireta da sentença, por intermédio de técnicas coercitivas. Um caso talvez ajude na compreensão. Suponha-se a existência de uma sentença declaratória da inexistência de uma dívida. Suponha-se, além disso, que a “dívida”, declarada inexistente, esteja representada por um título, o qual vem a ser protestado. Ora, no caso, o protesto é fato do mundo real que atenta contra a eficácia mandamental da sentença declaratória, de modo que o prejudicado pode, de logo, pleitear a execução indireta da sentença. Não precisa, por óbvio, propor qualquer ação pela qual possa se discutir, de modo definitivo ou provisório, a dívida já declarada inexistente. Nesse sentido, a chamada cautelar inominada de sustação de protesto, medida muito comum como preparatória da ação declaratória em questão, é, na verdade, uma técnica que possibilita a antecipação da eficácia mandamental da futura e provável sentença declaratória de inexistência da dívida consubstanciada no título protestado. O uso de tal técnica como ação cautelar inominada deu-se pelo fato de, até 1994, como cediço, não termos, genericamente, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa do direito. Sobre a eficácia imediata mandamental da sentença de força declaratória, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 2, p. 62-63 e, especialmente, 77-79.

16 Nesse sentido, ver, entre outras obras, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 96 e segs.

pode haver.

4. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Numa total liberalidade acadêmico-didática, podemos dizer o seguinte: a) temos um conjunto maior (Z) denominado de realização dos direitos pelo processo. Nele, até mesmo os direitos formativos são colocados. Realização esta que, como se sabe, ocorre no mundo jurídico; b) um subconjunto dele (Y) é a satisfação, a qual engloba os direitos prestacionais (o complementar do segundo em relação ao primeiro fica apenas com os direitos formativos); c) um terceiro (x), que é subconjunto do segundo, é a execução forçada, a qual tem a ver apenas com a realização de direitos prestacionais por ato de substituição do Estado-juiz. No complementar do subconjunto (X) em relação ao conjunto Y temos a satisfação dos direitos prestacionais que, embora sejam feitas pelo sujeito passivo destinatário da ordem ou comando, se deve, de algum modo, à medida coercitiva (cominação) implementada pelo Estado-juiz. Em tal conjunto complementar situa-se, portanto, a “execução” indireta. Temos, num diagrama, a seguinte figura:



DA FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA EXERCIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS NOS PROCESSOS CONCESSIVOS DE APOSENTADORIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS – DO DECURSO DE PRAZOS PARA A FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Tatiana Marie Baia Bittencourt

Advogada, Pós-graduada em Direito Público.

Sumário

1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO. 3. DAS HIPÓTESES DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS. 3.1. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE 3.2. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. 3.3. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. 3.4. APOSENTADORIA DO PROFESSOR. 3.5. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, QUE EXERCEM ATIVIDADE DE RISCO OU ATIVIDADES QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE E A INTEGRIDADE FÍSICA. 3.6. DOS CRITÉRIOS DE TRANSIÇÃO PARA APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO PREVISTOS NAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS. 3.6.1. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41. 3.6.2. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47. 4. CONSTITUIÇÃO E PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 4.1. DO PRAZO PARA O INÍCIO DA AUDITORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA REGISTRO DO ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIAS. 5. DO DECURSO DE PRAZOS DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA REALIZAR A FISCALIZAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO. 6. CONCLUSÃO. 7. ANEXO. 8. BIBLIOGRAFIA.

Resumo

O presente trabalho versa sobre as peculiaridades acerca do procedimento do tribunal de contas para realizar auditorias e exercer o controle externo dos atos concessivos de aposentadoria dos servidores públicos.

Foram explanados os conceitos de servidor e em-

pregado público, sua diferenciação, bem como as hipóteses de aposentadoria atualmente vigentes; para, enfim, ingressarmos no procedimento do Tribunal de contas da união, sua lei orgânica e seu regimento interno.

Enfim, foram avaliados os efeitos do decurso do prazo decadencial da lei de processo administrativo para o início da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União.

Palavras chave: Servidor público – aposentadoria – tribunal de contas da união – prazo decadencial.

Abstract

This work deals with the peculiarities about the procedure of the court of auditors to conduct audits and to oversee the acts concessional retirement of public servants.

Have been described the concepts of server and public servant, differentiation, and the chances of retirement now in effect, for at last we enter the procedure of the Court of Audit, its organic law and its bylaws.

Finally, we assessed the effects of lapses during the period of administrative law for the commencement of audit by the Court of Audit.

Keywords: Public servant - retirement - Court of Audit - deadline lapses.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa a respeito do prazo que possui o Tribunal de Contas para realizar o controle externo de legalidade nos atos administrativos concessivos de aposentadoria aos servidores públicos.

Iremos verificar o conceito de servidor público, a diferença existente entre servidor e empregado público, as hipóteses legais de aposentadoria; bem como os critérios de transição estabelecidos pelas emendas constitucionais nº 41 e 47.

Observaremos a composição do Tribunal de Contas da União, e o procedimento envolvido para a realização de auditorias para fiscalização e análise dos atos administrativos concessivos de aposentadorias dos servidores.

Por fim, examinaremos o prazo legal para o início da auditoria do Tribunal de Contas da União, bem como as conseqüências jurídicas pelo decurso do prazo.

2. CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO

Em sentido amplo, pode-se definir servidor público como aquele admitido no serviço público em cargo ou emprego público, através da realização e aprovação em concurso de provas ou provas e título, de conformidade com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei; conforme disposição do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração¹”

O conceito de serviço público, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, compreende “todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público.”²

Diferencia-se servidor público de empregado público. O servidor público é aquele ocupante de cargo público, criado por lei, para atuar perante pessoa jurídica de direito público. É regido por um

1 Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6ª edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

2 Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Página 240.

regime próprio, estatutário ou institucional; o empregado público ocupa função pública de regime contratual, o qual é regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há ainda, a função pública, a qual diz respeito a uma determinada função de comando ou direção, que será exercida pelo agente titular de cargo público. Será sempre criada por lei. Não se trata de cargo em comissão.

O servidor público, que segue regime estatutário, não tem direito adquirido a regime jurídico, o que vale dizer, que a administração pública poderá alterar que é vedado o decesso remuneratório, e também é ressalvado de tal preceito o direito adquirido. O presente trabalho visa, então, avaliar o procedimento do tribunal de contas da união na fiscalização e homologação das aposentadorias dos servidores públicos, o que se verificará nos tópicos a seguir.

3. DAS HIPÓTESES DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

A Constituição Federal assegura aos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que sejam titulares de cargos efetivos, também incluídos os titulares de cargos vitalícios, o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS; o qual é um regime de previdência fechado, de caráter contributivo e solidário, que visa preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos dos artigos 40, da Constituição Federal, in verbis: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)”³

Como ressaltou o doutrinador Celso Spitzcovsky, “A EC 41-2003 manteve a natureza do regime de previdência antes previsto pela EC 20-1998, uma vez que o critério continuou a ser o “tempo de contribuição”, o que faz com que só possam aposentar-se por essas regras os servidores que, em alguma medida, tenham contribuído para a seguridade social.”⁴

O regime de previdência do servidor público se apresenta em três modalidades, quais sejam, apo-

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

4 Celso Spitzcovsky, Direito administrativo, 2007, página 441.

sentadoria por invalidez permanente; aposentadoria compulsória (70 anos) e aposentadoria voluntária, nos termos do art. 40, § 1º, incisos I, II e III, da Constituição Federal: “§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003); II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98); III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98); a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98); b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”⁵

Os valores pecuniários percebidos pelos servidores públicos aposentados serão intitulados proventos, na melhor dicção oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, “Proventos é a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos (aposentados e disponíveis)”⁶.

3.1. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE

A aposentadoria por invalidez permanente será com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; contudo, excetuam-se os casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. Nestes casos, a aposentadoria por invalidez permanente será dada com proventos integrais. Vale salientar que não há prazo carencial para obtenção da aposentadoria nesta modalidade.

3.2. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

pública de ofício irá proceder com a sua aposentadoria compulsória, a qual se dará com proventos proporcionais ao tempo de contribuição do servidor público.

Da exegese do inciso II, do artigo 40, da Constituição Federal, leciona Celso Spitzcovisky que “ao atingir o limite de idade ali estabelecido, traz como obrigação a aposentadoria do servidor, não se tratando de mera possibilidade para ele e muito menos de uma atividade discricionária por parte do Poder Público”⁷.

3.3. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

E, por fim, a aposentadoria voluntária do servidor público, a qual poderá ocorrer em duas hipóteses que surgiram decorrentes da alteração do texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, no inciso II, alíneas “a” e “b”, do artigo 40, da Constituição Federal.

Verifica-se do texto constitucional que o servidor público necessita haver cumprido o período de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Não obstante os requisitos supra indicados, também foram estabelecidos critérios diferenciados com base no sexo do servidor. Através de tais critérios, será estabelecido se o servidor público irá ser aposentado com proventos proporcionais ou integrais.

Conforme a alínea “a”, do inciso III, do artigo 40, da Constituição Federal, o servidor público homem que requerer aposentadoria voluntária, e tiver concomitantemente sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de contribuição; ou, se mulher, tiver cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, farão jus a aposentadoria com proventos integrais.

Já a alínea “b”, do inciso III, do artigo 40, da Constituição Federal, estabelece que serão proporcionais ao tempo de contribuição os proventos do servidor público que, sendo homem, tiver sessenta e cinco anos de idade; e, sendo mulher, sessenta anos de idade, e requererem perante a administração sua aposentadoria.

3.4. APOSENTADORIA DO PROFESSOR

Também o artigo 40 disciplinou a aposenta-

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

6 Curso de Direito Administrativo, 22ª edição revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006, Malheiros Editores, 2007, página 277.

7 Spitzcovisky, Celso. Direito Administrativo. Páginas 447-448.

doria especial de professor servidor público. Verifica-se que a dita aposentadoria não alcança os professores universitários.

Note-se que apenas estão abrangidos pelo critério de transição fornecido pela emenda os professores do ensino infantil, fundamental e médio. Por tal critério, a idade e o tempo de contribuição deverão ser reduzidos em cinco anos em relação ao critério proposto pelo parágrafo 1º, inciso III, alínea “a”.

parágrafo 1º, inciso III, alínea “a”.

Para que o professor se aposente sob os requisitos do parágrafo 5º, do artigo 40, da Constituição Federal, o professor deverá haver cumprido todo o tempo de contribuição no magistério.

Contudo, o entendimento do que se configura como magistério se alterou na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na sessão plenária de 26 de novembro de 2003, foi aprovada a Súmula 726, *in verbis*: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

Após a criação da súmula supra, em 10 de maio de 2006, a Lei nº 13.301, alterou o parágrafo 2º, do artigo 67, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passando a prever que o exercício de diretor, assessor e coordenador escolar não serão afastados do benefício do parágrafo 5º, do artigo 40, da Constituição federal, considerando tais atividades como magistério. “Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: § 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006)”⁸

Após a edição de tal lei, no julgamento da ADI 3772, o Supremo Tribunal Federal através de decisão do Pleno, por maioria, alterou o entendimento anteriormente firmado na súmula 726, para estender

o conceito de magistério, se adequando ao conceito legal do parágrafo 2º, do artigo 67, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificado pela a Lei nº 13.301, de 10 de maio de 2006.⁹

3.5. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, QUE EXERCEM ATIVIDADE DE RISCO OU ATIVIDADES QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE E A INTEGRIDADE FÍSICA.

O texto constitucional também criou as hipóteses de aposentadorias especiais de servidores públicos portadores de deficiência, que exercem atividades de risco, que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nestes casos, lei complementar deverá ser criada para disciplinar e indicar as situações práticas para a concessão de aposentadoria em tais moldes.

3.6. DOS CRITÉRIOS DE TRANSIÇÃO PARA APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO PREVISTOS NAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 41 E 47.

Vale salientar que não obstante os critérios atuais de aposentadoria dos servidores públicos, também foram estabelecidos critérios de transição, através das Emendas Constitucionais 41, de 19 de dezembro de 2003 e 47, de 05 de julho de 2005; as quais estabeleceram regras diferenciadas de aposentadoria para os servidores que se enquadrassem nas hipóteses que foram indicadas no texto das citadas emendas.

3.6.1. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41

Inicialmente, trataremos dos critérios de transição introduzidos pela Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Para uma melhor abordagem do tema, vale trazer a colação seu artigo 2º, *in verbis*: “Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativa-

⁹ No julgamento da ADI 3772 (DJe nº 59/2009), o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria, decidiu que as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=726.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>

⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm>

mente: I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.¹⁰

Verifica-se que o servidor público que ingressou no serviço público até a data da publicação da dita emenda, preenchidos os requisitos acima listados, possuirá direito a proporcionalidade de seus proventos garantida a permanente preservação de seu valor real (paridade plena entre ativos e inativos), na melhor dicção oferecida por Celso Antônio Bandeira de Melo.¹¹

Valendo ressaltar que a concessão da aposentadoria pelos critérios ditados pela emenda poderá ser realizada a qualquer tempo, conforme o artigo 3º, da EC 41, tendo em vista que a aposentadoria por tal critério constitui direito adquirido do servidor que preencher os requisitos legais.

Outrossim, o artigo 6º, da dita emenda também traz uma possibilidade de aposentadoria com proventos integrais, desde que o servidor público preencha concomitantemente os requisitos que seguem, quais sejam, 20 anos de efetivo exercício no serviço público, 10 anos de carreira, 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria; e, se homem, 60 anos de idade e 35 de contribuição; e, sendo mulher, 55 anos de idade e 30 de contribuição.

Também esta hipótese será aplicada aos servidores públicos que ingressarem no serviço público até a data da publicação da emenda, e terá paridade total entre ativos e inativos.

3.6.2. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47.

A emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, previu em seu artigo 3º, mais um critério de transição para a aposentadoria, para quem houver ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998, com paridade total entre ativos e inativos, *in verbis*: “Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41,

de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo. Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.¹²”

4. CONSTITUIÇÃO E PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União tem uma função fiscalizatória, e é composto por 9 ministros, tem sede o Distrito Federal. É um órgão técnico, seus atos têm natureza administrativa, e ele não integra o poder judiciário.

O Tribunal de Contas analisa os casos concretos e expõe pareceres, poderá avaliar a legalidade e a constitucionalidade das leis nos casos concretos.

Para ser ministro do TCU, necessário se faz que o candidato seja brasileiro nato ou naturalizado, com idade entre 35 e 65 anos, além de possuir ampla idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública.

O candidato também necessita ter mais de 10 anos no exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos acima indicados.

A lei orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, trata sobre a competência e as atribuições do dito Tribunal, e, em seu inciso V, do artigo 1º, aduz que: “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal

10 Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6ª edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

11 Curso de Direito Administrativo. Página 282.

12 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc47.htm>

e na forma estabelecida nesta lei: V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no regimento interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.¹³

O controle de legalidade acerca das aposentadorias dos servidores públicos é ato complexo, salientando que atos complexos são “os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes”.¹⁴

Sendo assim, após o procedimento administrativo realizado pela administração pública, o qual expede o ato de registro da aposentadoria deverá ser revisto pelo Tribunal de contas da União, nos termos do artigo 39, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, in verbis: “Art. 39. De conformidade com o preceituado nos arts. 5º, inciso XXIV, 71, incisos II e III, 73 in fine, 74, § 2º, 96, inciso I, alínea a, 97, 39, §§ 1º e 2º e 40, § 4º, da Constituição Federal, o Tribunal apreciará, para fins de registro ou reexame, os atos de: II - concessão inicial de aposentadoria, reformas e pensões, bem como de melhorias posteriores que tenham alterado o fundamento legal do respectivo concessório inicial. Parágrafo único. Os atos a que se refere este artigo serão apreciados pelo Tribunal na forma estabelecida no regimento interno.”¹⁵

Assim dispõe o regimento interno do Tribunal de Contas da União: “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992: VIII - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida na Seção III do Capítulo II do Título IV deste Regimento, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.”¹⁶

13 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2005/L8443.shtm>>

14 Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 409.

15 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2005/L8443.shtm>>

16 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/institucional/Legislacao/Regimento/Tit4Cap1.html>>

Verifica-se que após o ato concessivo da aposentadoria do servidor ser expedido pela administração pública, ele não possui eficácia plena; pois, terá de passar por um novo processo de análise pelo Tribunal de Contas da União, para, enfim, ser registrado.

Nesse sentido, ainda dispõe o regimento interno do Tribunal de Contas da União, no inciso II, do artigo 186: “Art. 186. O Tribunal apreciará, para fins de registro, mediante processo específico ou de fiscalização, na forma estabelecida em instrução normativa, os atos de: II - concessão de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório inicial.”¹⁷

Denomina-se auditoria o procedimento realizado pelo Tribunal de contas para a análise dos atos concessivos de aposentadoria dos servidores. A auditoria irá verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos para a concessão; e, irá analisar todos os dados correlatos a fim de que se possa proceder com o registro da aposentadoria do servidor público.

No sentido do esposado, o inciso VI, do artigo 204; e o inciso VI do artigo 206; ambos do regimento interno do Tribunal de Contas da União: “Art. 204. A fiscalização a cargo do Tribunal, mediante realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como as atinentes a atos sujeitos a registro, tem por objetivo verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos e fatos administrativos, com a finalidade de: “VI - viabilizar a apreciação dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, pensão e reforma. Art. 206. Auditoria é o procedimento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para, com a finalidade indicada nos incisos I, IV, V e VI do art. 204: VI - analisar dados relativos a admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, pensão e reforma, na forma estabelecida em instrução normativa.”¹⁸

Vale notar que a autoridade administrativa que concedeu a aposentadoria do servidor deverá fornecer ao Tribunal de Contas da União todos os documentos que subsidiaram o procedimento administrativo inicial, bem como os pareceres que ensejaram a concessão da aposentadoria. “Art. 187. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos

17 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Institucional/Legislacao/Regimento/Tit4Cap2.html#secaoIII>>

18 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Institucional/Legislacao/Regimento/Tit4Cap2.html#secaoIII>>

termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de Controle Interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em instrução normativa.¹⁹

Sendo assim, no curso do procedimento administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União o procurador geral deverá obrigatoriamente comparecer as sessões do Tribunal quando se tratar do exame dos atos concessivos de aposentadorias; conforme aduz o artigo 81, da Lei orgânica do Tribunal de contas da União: “Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no regimento interno, as seguintes atribuições: II - comparecer às sessões do Tribunal e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal, sendo obrigatória sua audiência nos processos de tomada ou prestação de contas e nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.”²⁰

Após a análise, o Tribunal de Contas da União irá emitir seu parecer, o qual verificará no caso concreto a legalidade do ato concessivo. Sendo legal, o Tribunal irá se manifestar pelo registro do ato concessivo, quando, enfim, o ato complexo será perfeito, tendo em vista que foram exauridas com sucesso todas as suas etapas de formação.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias a sua produção.”²¹

Contudo, no caso de ser verificada a ilegalidade do ato concessivo, o Tribunal de Contas da União irá recusar o registro do ato, através de decisão motivada, e irá determinar que cesse o pagamento dos proventos num prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal.

Vale notar que caso não se proceda com o término do pagamento dos proventos, a autoridade administrativa responsável poderá ser responsabilizada

solidariamente pela sua omissão.

Perceba que o aposentado de boa-fé não poderá ser prejudicado em face de ato ilegal cometido pela administração, mesmo tendo ele sido beneficiado, razão pela qual não deverá ressarcir o erário dos proventos recebidos indevidamente.

Nesse sentido, os artigos 190 e 191, do regimento interno do Tribunal de Contas da União: “Art. 190. O Tribunal decidirá pela ilegalidade e recusará registro ao ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão que apresentar irregularidade quanto ao mérito. Art. 191. Quando o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.”²²

Contudo, sendo verificado que o ato ilegal que ensejou a percepção de proventos se deu em face de má-fé do aposentado, não obstante as penalidades legais e penais cabíveis será o aposentado compelido a ressarcir o erário naqueles valores percebidos indevidamente.

Outrossim, também quando verificado ilegalidade da aposentadoria, e não for suspenso o pagamento dos proventos no prazo de 15 dias da ciência da decisão do Tribunal, ou ainda quando houverem indícios de procedimento culposos ou dolosos quando da concessão inicial da aposentadoria, o Tribunal deverá instaurar procedimento para apuração de responsabilidade; e, proceder com o ressarcimento dos valores despendidos; conforme melhor dicção do parágrafo único, do artigo 191: “Parágrafo único. Caso não seja suspenso o pagamento, ou havendo indício de procedimento culposos ou dolosos na concessão de benefício sem fundamento legal, o Tribunal determinará a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento, aos cofres públicos, das despesas irregularmente efetuadas.”

Sendo assim, no curso do procedimento administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União o procurador geral deverá obrigatoriamente comparecer as sessões do Tribunal quando se tratar do exame dos atos concessivos de aposentadorias; conforme aduz o artigo 81, da Lei orgânica do Tribunal de contas da União: “Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da

22 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Institucional/Legislacao/Regimento/Tit-4Cap2.html#secaoIII>>

19 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Institucional/Legislacao/Regimento/Tit-4Cap2.html#secaoIII>>

20 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2005/L8443.shtm>>

21 Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 370.

União, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no regimento interno, as seguintes atribuições: II - comparecer às sessões do Tribunal e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal, sendo obrigatória sua audiência nos processos de tomada ou prestação de contas e nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.²³

4.1. DO PRAZO PARA O INÍCIO DA AUDITORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA REGISTRO DO ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIAS.

Já vimos que o ato administrativo que concede a aposentadoria do servidor público é ato complexo, tendo em vista que após a realização do processo administrativo para a concessão da aposentadoria do servidor público pela administração pública, em quaisquer das modalidades indicadas nos tópicos anteriores; inicia-se uma fase de controle de legalidade externo que é realizada pelo Tribunal de contas.

Saliente-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seus artigos 53 e 54, dispõe que a administração poderá anular seus atos, desde que sejam respeitados os direitos adquiridos, e, ainda, no prazo decadencial de cinco anos da data em que foram praticados, quando dos atos decorrerem efeitos favoráveis aos destinatários, in verbis: “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos**. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados**, salvo comprovada má-fé.”²⁴

Ou seja, dentro do prazo decadencial de cinco anos contados da data da prática do ato lesivo, a administração pública poderá anular o ato concessivo da aposentadoria deferida, caso reste verificada alguma ilegalidade no mérito do processo concessivo.

Sendo assim, a atuação do Tribunal de Contas da União na análise dos processos administrativos para a concessão de aposentadorias dos servidores públicos deverá ocorrer dentro desse prazo decadencial, após o qual, a administração pública perde o direito em proceder com tal análise.

23 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2005/L8443.shtm>>

24 Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6ª edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

Não obstante a preservação do direito adquirido que nasce com o silêncio da administração perante os administrados, a lei visa garantir a segurança jurídica das relações entre a administração e os administrados.

Neste sentido, cabe colacionar relevante decisão do Egrégio STF: “MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, “reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40 CB/88) cumulado com provento militar (art. 42 CB/88), situação não abarcada pela proibição da emenda”. Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso IV do art. 5º). 5. Segurança concedida.(MS 24448 / DF - DISTRICTO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 27/09/2007, Tribunal Pleno, DJ 14-11-2007).²⁵”

25 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24448&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

5. DO DECURSO DE PRAZOS DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA REALIZAR A FISCALIZAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO.

Conforme relatado no tópico anterior, o Tribunal de Contas possui um prazo de cinco anos para realizar o controle de legalidade do ato concessivo de aposentadoria do servidor público.

Contudo, ultrapassado tal lapso temporal, nasce o direito adquirido do servidor a manutenção da aposentadoria nos termos em que se deu pela administração pública, em face do silêncio do Tribunal de Contas.

Saliente-se que a Lei nº 9.784-99, em seus artigos 53 e 54, dispõe que a administração poderá anular seus atos, desde que sejam respeitados os direitos adquiridos, e, ainda, no prazo decadencial de cinco anos da data em que foram praticados, quando dos atos decorrerem efeitos favoráveis aos destinatários, *in verbis*. “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos**. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados**, salvo comprovada má-fé.”²⁶

Sendo assim, caracterizada a boa-fé do servidor público, e o decurso de prazo sem que o Tribunal de Contas haja iniciado o procedimento administrativo de controle de legalidade da aposentadoria deferida, decai o direito do Tribunal de contas de fazer qualquer controle de legalidade acerca da aposentadoria deferida.

Caso haja qualquer atuação do tribunal de contas da União no sentido de suspender a aposentadoria deferida, este ato será manifestamente ilegal, devendo a aposentadoria suspensa ser restabelecida, não obstante o pagamento retroativo dos proventos não pagos, acrescidos de multa legal e juros moratórios.

Ora, o prazo decadencial que a administração dispõe para anular os atos os quais ela acredite ser ilegais decai após cinco anos; após tal lapso temporal nasce o direito adquirido do aposentado, razão pela qual a aposentadoria jamais pode deixar de ser paga.

Neste sentido, decisão do Pleno do STF: “PENSAO. DISPUTA ENTRE HERDEIRAS. APLICAÇÃO DA LEI Nº 6.782/80. ATO ADMINISTRATIVO DO TCU. FILHA SEPARADA APÓS O ÓBITO DO PAI. REVERSÃO DO BENEFÍCIO. DIREITO ADQUIRIDO. EXISTÊNCIA. 1. Filha viúva, divorciada ou desquitada equipara-se à filha solteira, se provada dependência econômica ao instituidor, à data da sucessão pensional. 2. Verificado o óbito desse quando da vigência da Lei nº 6.782/80, a filha solteira, enquanto menor, faz jus à pensão, perdendo-a ao se casar. 3. Quota-parte da pensão cabível àquela que se casou transferida para a outra. **Impossibilidade da reversão tempos depois em face da consolidação do direito adquirido**. Mandado de Segurança conhecido e deferido. (STF, MS 22604 / SC - SANTA CATARINA, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 28/04/1998, Tribunal Pleno, DJ 08-10-1999)²⁷”

Outra relevante decisão do Pleno do STF: “Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. **Pensão concedida há vinte anos**. 3. **Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo**. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos**. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica**. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. **Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável**. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança ju-

26 Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6º edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

27 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22604&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

rídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (STF, MS 24268 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 05/02/2004, Tribunal Pleno, DJ 17-09-2004).²⁸

Outra relevante decisão do Pleno do STF: “Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (STF, MS 24268 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 05/02/2004, Tribunal Pleno, DJ 17-09-2004).”²⁹

28 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24268&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

29 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Outrossim, há de se entender que, uma vez instaurado o processo administrativo pelo Tribunal de Contas da União para verificação da legalidade do ato concessivo de aposentadoria este não irá se sujeitar ao prazo indicado no art. 54, da lei do processo administrativo.

Contudo, obviamente, deverá ser dado prazo razoável para a duração do processo administrativo, conforme os ditames constitucionais do artigo 5º, inciso LXXVIII “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

No sentido de todas as argumentações expendidas, é cabível colacionar relevante decisão constante do Informativo nº 343, do STF, anexa, a qual expõe o tema relatado na presente monografia

No mesmo sentido do julgado supra é a presente monografia. Ora, o silêncio da administração pública e do Tribunal de Contas como órgão fiscalizador da administração não pode gerar efeitos eternos sobre os administrados.

Decorrido o quinquídio legal para realizar a análise dos atos proferidos pela administração, não se admite que o Tribunal de Contas haja para prejudicar o aposentado; pois, tal ato iria ferir frontalmente os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do direito adquirido e da segurança jurídica.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, garante aos litigantes em processo administrativo ou judicial a ampla defesa e o contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes, os quais jamais devem obrigatoriamente ser observados pelo Tribunal de Contas da União.

Consoante aduziu o informativo colacionado supra, aos administrados é garantido o direito de informação, o qual “obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes”; o direito de manifestação, “que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo”; e, ainda, o direito de ver seus argumentos considerados, “que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.”

No mesmo sentido da doutrina supra, dis-

põe a lei 9.784-99, que regulamenta o processo administrativo, a qual determina expressamente em seu art. 2º a obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; e, ainda, completa em seu parágrafo único dispondo que serão observadas as formalidades essenciais a garantia dos direitos dos administrados e a garantia dos direitos a comunicação.

Não obstante o art. 53, da lei nº 9.784-99, a administração jamais poderia haver instaurado procedimento administrativo no ano de 2006, para questionar atos os quais já foram abarcados pela decadência, em face do decurso do prazo de cinco anos; salientando que, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, como é o caso da percepção de proventos, o prazo de decadência será contado da percepção do primeiro pagamento, conforme dispõe o art. 54, parágrafo primeiro: “§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”³⁰

No sentido dos argumentos esposados, vale colacionar decisão correlata proferida pelo Pleno do STF. “MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, “reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40 CB/88) cumulado com provento militar (art. 42 CB/88), situação não abarcada pela proibição da emenda”. Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve obversar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. **A inércia da Corte de Contas, por sete anos,**

consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida. (STF, MS 24448 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 27/09/2007, Tribunal Pleno, DJ 14-11-2007).³¹”

Outrossim, ainda a respeito do mesmo tema, podemos destacar a súmula vinculante nº 3, de 30 de maio de 2007, a qual dispõe: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão.”³²

Note-se que a Súmula vinculante nº 3, afasta o contraditório e a ampla defesa na apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão; porém, de uma análise mais apurada dos julgados que ensejaram a confecção da dita súmula, não está afastado o devido princípio legal, nesse sentido: “Do enunciado, depreende-se que o TCU deve respeitar o contraditório e a ampla defesa no caso de sua decisão vir a resultar em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuando-se a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Todavia essa delimitação, objetiva ou material, deve ser pautada pela legislação de referência e pelos precedentes citados na súmula. Da legislação de referência, sobressai que, em respeito ao devido processo legal, o TCU deve assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos de controle instaurados com fulcro no art. 71, III, da CF/88, que aduz competir ao Tribunal: “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas

30 Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6ª edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

31 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24448&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

32 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3. NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>

as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;”. Vale dizer, a súmula trata do respeito a esses princípios apenas no âmbito dos processos de admissão e de aposentação (CF/88, art. 71, III). Não versa sobre o devido processo legal, com seus consectários: contraditório e ampla defesa, no âmbito dos demais processos de fiscalização (auditorias, denúncias, representações etc.) nem no dos processos de contas (anuais, extraordinárias e especiais – CF/88, art. 71, II). É claro que isso não significa estar dispensado o respeito ao contraditório e à ampla defesa nos demais processos, de fiscalização e de contas. Mas tão-somente que a súmula 3 não dispõe sobre a observância desses princípios nesses processos, regendo apenas o devido processo legal nas fiscalizações atinentes ao registro de admissões ou de aposentadorias, reformas e pensões. Já, dos precedentes judiciais citados, exsurge o fundamento para a ressalva contida no enunciado da súmula. É que, nos mandados de segurança citados, o STF manifestou-se pela necessidade, ou não, de estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como corolários do devido processo legal. No MS 24.268, o ilustre Ministro Gilmar Mendes deferiu a segurança, abrindo dissidência que acabou sendo vitoriosa no Pleno do STF, por entender que não caberia ao TCU considerar ilegal, promovendo a revisão de pensão anteriormente já registrada, sem assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa aos interessados, mormente depois de passados vinte anos do primeiro registro. (...) ³³

De qualquer sorte, acredito padecer de equívoco a interpretação de que o ato poderá concessivo poderá ser analisado, após o prazo legal do artigo 54, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; pois tal artigo previu expressamente que o prazo de cinco anos é decadencial. Ora, sendo decadencial, passado tal prazo, decai o direito da administração em realizar a análise do ato concessivo; pelo que, o registro deveria decorrer do mero silêncio do Tribunal de Contas da União; e não ensejar um prazo *ad eternum* a administração para proceder com a análise de aposentadorias, alterando situações jurídicas já consolidadas.

6. CONCLUSÃO

Em razão de todo o exposto, em todo o pre-

sente trabalho monográfico verificamos as hipóteses legais para a concessão de aposentadorias dos servidores públicos da união; as quais estão descritas na constituição federal, no art. 40; quais sejam, aposentadoria por invalidez, aposentadoria voluntária, aposentadoria compulsória, aposentadoria especial do professor, aposentadoria especial para os servidores públicos deficientes físicos, que exercem atividade de risco ou atividades que prejudiquem a saúde e a integridade física.

Verificamos que após o ato concessivo da aposentadoria pela administração, o Tribunal de Contas da União deverá instaurar auditoria para proceder com o controle externo do ato administrativo, e realizar a análise da legalidade do ato concessivo; num prazo decadencial de cinco anos, nos termos da lei do Processo administrativo.

Caso a administração pública instaure o procedimento administrativo dentro do quinquídio legal, não haverá prazo para que o processo finde; contudo, deverá haver a duração razoável do processo.

Verificada a legalidade do ato, o Tribunal de contas irá proceder com o registro da aposentadoria; caso contrário, não obstante o procedimento de apuração da ilegalidade, e sanções previstas, a aposentadoria deverá ser suspensa num prazo de 15 dias contados da ciência da decisão do tribunal de contas da união.

Contudo, ultrapassado o lapso temporal de cinco anos do ato concessivo da aposentadoria, o Tribunal de contas não poderá mais rever o ato em detrimento do administrado; tendo em vista que o seu silêncio fez nascer o direito adquirido do autor, e, tal procedimento se verifica em face da segurança jurídica dos administrados.

7. ANEXO

INFORMATIVO Nº 343

Processo Administrativo e Contraditório (Transcrições)

MS - 24268

Processo Administrativo e Contraditório (Transcrições) (v. Informativo 336) MS 24268/MG* REL. PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO GILMAR MENDES Voto-vista: Como anotado no relatório apresentado pela Ministra Ellen Gracie, “a **impe-trante alega, em síntese, que o Tribunal de Contas da União, sem ouvi-la na condição de beneficiária**

33 CARVALHO, André Luis. Súmula Vinculante nº 3 do STF: considerações e alcance. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1443, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014>>.

adotada, em ato atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada, decidiu, unilateral e sumariamente, cancelar o pagamento da sua pensão especial, concedida há dezoito anos”. (...) Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5o, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (...) Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). (...) Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5o LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommen-

tar, Art. 103, vol. IV, no 97). Dessa perspectiva não se afastou a Lei no 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2o desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (inciso VIII) e de “garantia dos direitos à comunicação” (inciso X. Também registra Celso de Mello, no que toca à adoção da ampla defesa no processo administrativo: “‘RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’. - O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5o, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.” (RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” (MS 24.268/MG, Voto, Min. Celso de Mello) (...) A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito privado, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deve ocorrer cumprindo-se, de maneira irrestrita, o que se entende como devido processo legal (lato sensu), a que o inciso LV do artigo 5o objetiva preservar. (...) Sua Excelência concluiu pela insubsistência do ato da Administração que, de uma hora para outra, afastou a continuidade da percepção das parcelas, fazendo-o ao abrigo da máxima segundo a qual é possível a anulação de atos ilegítimos. Esse caso encaixa-se com luva ao precedente. A Turma proclamou, então, na ementa do acórdão: Ato administrativo Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída Inte-

resses contrapostos - Anulação - Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular (Recurso Extraordinário no 158.543/RS, do qual fui Relator - acórdão proferido por maioria de votos - RTJ 156, página 1.042 à 1.048. Conheço do recurso e lhe dou provimento para ajustar o acórdão recorrido aos referidos precedentes. Publique-se. Brasília, 09 de abril de 2001. (Ministro NELSON JOBIM Relator, DJ de 19/04/2001, p. 00056)” [p. 141/144] (RE 211.242) (...) **Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão - e agora já são 20 anos.** Não estou seguro de que se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei no 9.784, de 1999, (Lei no 9.784, de 29.1.1999: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”) - embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei -, uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos. **Mas, afigura-se-me inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião. A propósito do direito comparado, vale a pena ainda trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:** “É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, **o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados.** (...) Embora do

confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., **o anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria.”** (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, No 46, 1988, p. 11-29) (...) **É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da causa petendi limitado-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento. Entendo, porém, que se há de deferir a segurança postulada para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie (CF, art. 5º, LV).** Brasília, 15 de março de 2004. * acórdão pendente de publicação. (grifei).³⁴

8. BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, André Luís. Súmula Vinculante nº 3 do STF: considerações e alcance. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1443, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014>>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 13ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Juliana. Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. Malheiros: São Paulo, 2007 SPITZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo. 10ª edição revista, atualizada

34 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=informativo+343&pagina=2&base=baseInformativo>>

e ampliada. São Paulo, 2008.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª Edição, São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed., São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1990.

Vade Mecum Acadêmico de direito. Anne Joyce Angher, organização. 6ª edição, São Paulo: Rideel, 2008, p. 1838.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3. NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= informativo+343 &pagina=2&base=baseInformativo>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2005/L8443.shtm>

<http://www.tcu.gov.br/institucional/Legislacao/Regimento/Tit1Cap1.html>

<http://www.tcu.gov.br/Institucional/Legislacao/Regimento/Tit4Cap2.html#secaoIII>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=726.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24268&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24448&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver->

[ProcessoAndamento.asp?numero=22604&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22604&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= informativo+343 &pagina=2&base=baseInformativo>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24448&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

OS MECANISMOS DE FORMAÇÃO, APROVAÇÃO E QUESTIONAMENTO DA LEI DA FICHA LIMPA NAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS

Anne Caroline Ataíde de Araújo

Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela ESA/PE-TRE/PE, Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco, Advogada e Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela AESO Faculdades Integradas Barros Melo e em Relações Internacionais pela Faculdade Integrada do Recife Estácio/FIR Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4441314Z1>.

Resumo

Este trabalho tem como escopo realizar uma análise do comportamento dos atores envolvidos no processo de criação, aprovação e aplicação da Lei Complementar n.º 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. O estudo da Lei da Ficha Limpa divide-se entre os cenários pelo qual percorreu (a trajetória histórica) para que fosse possível sua aplicação. Esses processos se analisam com base na teoria neoinstitucionalista e suas três vertentes, o institucionalismo histórico, o institucionalismo da escolha racional e o institucionalismo sociológico. Por meio dessas teorias, analisa-se o percurso histórico percorrido pela lei, a influência das instituições responsáveis pela determinação dos atores e seus interesses. Assim, analisa-se a Lei da Ficha Limpa durante sua criação pela iniciativa popular, sua aprovação e modificação pelos parlamentares no Congresso Nacional e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, é possível compreender de forma coerente o cenário em que se formou a Lei da Ficha Limpa.

Palavras-chave: Comportamento. Lei da Ficha Limpa. Teoria neoinstitucionalista.

Abstract

This work has as target to carry through an analysis of the behavior of actors involved in the process of creation, approval and application of the Complementary Law n.º 135/2010, known as “Law Of Clean File”. The study of the Law of Clean File will be divided into scenarios which it pass (path dependence) so it’s application would be possible. These processes will be analyzed based on neoinstitutionalism theory

and its three slopes, the historical institutionalism, the institutionalism of rational choice and the sociological institutionalism. Through these theories, it will be able to analyze the path dependence done by the law, the influence of the institutions which are responsible for the determination of the actors and its wills. So, will be analyzed the Law Of Clean File during your creation by the popular initiative, its approval and modification by the parliaments in the National Congress, and its application by the Supreme Corte of Brazil. Thus, will be able to comprehend coherently the scenario which the Law Of Clean File was formed.

Keywords: Behavior. Law Of Clean File. Neoinstitutionalism theory.

Introdução

Este trabalho analisa o comportamento dos atores envolvidos no processo de criação, aprovação e aplicação da Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa” (LFL), para que se possa melhor compreendê-la. Para isso, é necessário entender o que motivou as escolhas, as ações e, conseqüentemente, as decisões dos responsáveis na sua trajetória histórica por meio da análise dos interesses e das estratégias adotadas por eles (Hall e Taylor, 2003).

A ausência de trabalhos sobre o tema na Ciência Política e a sua imensa relevância no cenário político brasileiro, gerou uma enorme vontade do pesquisador em compreender este fenômeno através da análise do seu processo de formação, aprovação e aplicação. Assim, há uma curiosidade acadêmica

em decifrar e entender as motivações, os interesses e estratégias adotados pelos atores envolvidos nesse processo.

Para a compreensão da trajetória histórica da lei, é necessário entender o comportamento e os interesses dos atores envolvidos nesse percurso; os indivíduos agem e tomam decisões conforme os interesses que possuem, utilizando-se de estratégias para conseguir alcançar seus desejos (Della Porta e Keating, 2008). Esses interesses, por sua vez, são influenciados pelo contexto das instituições em que os agentes se encontram inseridos. Partindo-se desses pressupostos, analisa-se o comportamento dos que atuaram durante o processo de criação, aprovação e aplicação da Lei da Ficha Limpa.

A LFL caminhou por uma trajetória histórica para ser aprovada, isto é, sua formação foi estruturada em diversos espaços institucionais. Primeiro, o então Projeto de Lei n.º 518, de 2009, resultado de uma iniciativa popular da sociedade civil, submetido à aprovação nas duas casas do Congresso Nacional; depois, passou pelo crivo de legalidade do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), para que pudesse ser aplicada no espaço institucional eleitoral brasileiro. Desse modo, por meio desses cenários institucionais, analisa-se o objeto de pesquisa deste trabalho, a Lei da Ficha Limpa, ou seja, fazem-se pequenos cortes nessa trajetória histórica para se compreender as ações e motivações dos atores presentes.

Este trabalho divide-se em quatro etapas, mais as considerações finais. No primeiro, faz-se uma abordagem teórica e metodológica necessária para embasar o objeto de pesquisa, utilizando a teoria neoinstitucionalista, que divide-se em três vertentes: institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico.

Na segunda parte, bastante relevante, é o recorte no processo de criação da lei por intermédio da iniciativa popular da sociedade civil e de suas entidades. O recorte realizado nessa seção vai da sua criação pela sociedade até a entrega do projeto ao Congresso para aprovação. Objetiva-se, com isso, explicar quem foram as pessoas envolvidas, seus interesses e suas atitudes e práticas no contexto do surgimento do processo.

Na terceira seção, analisa-se o comportamento dos atores durante o processo de aprovação da lei nas duas casas do Congresso, isto é, na Câmara dos Deputados e no Senado. Nesse trajeto, o projeto de lei sofreu diversas modificações realizadas pe-

los parlamentares, alterando seu conteúdo de várias normas, além de influência dos costumes e práticas desses atores. Compreendendo as estratégias adotadas e os interesses que estavam em jogo ao votarem o projeto, com a finalidade de buscar o que motivou as ações desses atores. Mais importante, realiza-se entrevista com parlamentares e ex-parlamentares para saber sua opinião sobre a lei e tomar conhecimento sobre o que, de fato, ocorreu durante a votação do projeto, tentando descobrir os interesses perseguidos pelos parlamentares e o que poderá ter influenciado seu voto nesse processo. Por fim, realiza-se a comparação entre o projeto inicialmente entregue ao Congresso e as alterações feitas pelos parlamentares ao encaminhar o projeto à sanção presidencial.

Na quarta e última parte do artigo, estuda-se a constitucionalidade e aplicação da Lei da Ficha Limpa pelo julgamento do STF.

Assim, podemos observar a importância do trabalho para o campo da Ciência Política, por nos proporcionar uma ampla compreensão acerca do objetivo estudado. Pois, dessa forma, foi possível detalhar e interpretar os processos casuais, as instituições, os atores envolvidos e seus interesses, nos fornecendo uma visão peculiar do fenômeno e de seus mecanismos de formação, aprovação e aplicação.

Pressupostos teóricos

Esta pesquisa científica se fundamenta em pressupostos ontológicos que definem a interpretação acerca do objeto a ser estudado. Buscamos explanar os conceitos teóricos que darão embasamento aos métodos desta pesquisa.

Os cientistas políticos consideram que a pesquisa científica é desenhada de forma a descrever ou explicar interferências nas bases de informações empíricas. Diante disso, explicam-se as três diferentes bases utilizadas no estudo da ciência política. São elas: a base ontológica, a base epistemológica e a base metodológica (Della Porta e Keating, 2008, p. 21). A ontologia é um substrato da filosofia que estuda a natureza do ser, de sua realidade e de questões metafísicas. A questão ontológica torna-se fundamental para relacionar à existência de um mundo real e objetivo. A epistemologia, por sua vez, é o estudo científico do conhecimento. Estuda a origem, validade, estrutura, as limitações e os métodos do conhecimento, por isso, também se denomina de teoria do conhecimento. A base epistemológica relaciona-se com a possibilidade de conhecer os fatos e saber a que esse conhecimento pode levar, ou, como diz

Popper (1974: 51), relaciona-se com “decisões acerca da maneira de manipular os enunciados científicos”.

Por fim, a metodologia é o sistema de métodos, os quais são regras necessárias para explicar e interpretar o conhecimento científico, isto é, refere-se a instrumentos técnicos que se usam para ordenar o conhecimento (Pennings, Keman e Kleinnijenhuis, 1999, p. 22; Della Porta e Keating, 2008, p. 21). Desse modo, torna-se possível a análise e interpretação de fatos para se chegar à compreensão de um determinado evento.

Nesse sentido, neste trabalho, faz-se uma análise e uma interpretação por serem essenciais à compreensão do objeto de estudo. O que distingue as ciências sociais de outras ciências é o comportamento humano, que pode apresentar diversos entendimentos subjetivos conforme a realidade externa, por isso, o interpretativismo busca o significado, isto é, uma compreensão do fato mediante esses entendimentos (Della Porta e Keating, 2008, p. 25).

É importante destacar também que o estudo de caso tem por objeto um fenômeno cuja ocorrência se dá no momento em que se realiza a pesquisa, permitindo investigar o caso pelo “lado de dentro”, na perspectiva subjetiva dos membros do grupo, favorecendo o entendimento do processo e permitindo a apreensão dos processos de mudança (Gerring, 2007). O estudo de caso é adequado por proporcionar maior clareza aos fenômenos pouco conhecidos, e para a descrição de grupos e organizações. Podem servir, ainda, a propósitos exploratórios, descritivos e explicativos, buscando o entendimento e a compreensão da realidade estudada (Walton, 1992; Ben-net e Colin, 2007; Gerring, 2007).

A narrativa consegue organizar os fenômenos sociais ocorridos e sua sequência temporal, além de fornecer uma visão geral acerca dos resultados da interação dos atores, suas escolhas, preferências e consequências. Assim, é por meio da narrativa que pode ser feita uma sequência lógica e temporal dos eventos ocorridos para melhor compreensão da estrutura institucional e das ações dos atores na escolha racional (Levi, 2004).

As narrativas possibilitam que se entendam as escolhas realizadas em situações históricas complexas, como também as consequências que elas podem trazer para os atores envolvidos e os arranjos institucionais (Levi, 2004). Com o conhecimento desses elementos, é possível se fazer uma análise mais aprofundada sobre o objeto a ser estudado pelo obser-

vador.

Para dar início a uma narrativa analítica, é preciso identificar quem são os atores, quais são seus objetivos, suas crenças e suas preferências, quais as regras e os valores da instituição. Desse forma, é possível identificar as estratégias adotadas pelos atores e como todos esses aspectos influenciam em seu comportamento e na tomada de suas decisões (Domingues-da-Silva, 2010).

Para a realização de tal análise histórica, é necessária a utilização das teorias neoinstitucionalistas e suas três vertentes (institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico), porque elas mostram a importância da trajetória histórica para se compreender as regras, crenças e os valores das instituições, bem como o porque do comportamento dos atores e de suas decisões, além das estratégias adotadas por eles. Diante disso, pode-se ter um entendimento completo sobre um objeto analisado.

As teorias são de muita importância em um trabalho científico, por proporcionar todo o embasamento da pesquisa, que norteará que pensamento seguir. É necessária uma explanação das teorias para clarear e efetivar a relação de comunicação entre o objeto de estudo e sua aplicação (Van Evera, 1997). Um trabalho de pesquisa necessita definir seu contexto teórico-metodológico com a finalidade de explicar e enunciar o tema a ser trabalhado na pesquisa (Lakatos e Marconi, 2001).

A teoria neoinstitucionalista e suas três vertentes compartilham um objetivo comum, preocupam-se com as dificuldades em verificar o comportamento dos atores e quais são seus interesses, que são influenciados pelo contexto das instituições (Immergut, 1998).

O institucionalismo histórico vê o Estado como um complexo de instituições organizadas de maneira a influenciar o comportamento dos indivíduos que compõem essas instituições (Théret, 2003). Busca compreender o fenômeno em etapas, considerando as escolhas dos indivíduos envolvidos (Hall e Taylor 2003). Essa finalidade da teoria institucionalista histórica deixa bastante clara a intenção do estudo do objeto de pesquisa. O Projeto de Lei da Ficha Limpa será estudado por meio da divisão de etapas às quais fora submetido. Dessa forma, estuda-se a criação do projeto pela iniciativa popular, analisando as escolhas e atitudes dos atores envolvidos nesse período. Num segundo momento, analisa-se o

projeto de lei levado à aprovação no Congresso e as mudanças realizadas pelos atores que compõem tal instituição. Em um terceiro momento, analisam-se a sanção presidencial e as discussões e repercussões levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) para a aplicação da lei.

Por meio dessa característica, sugerimos que o Projeto de Lei não poderia ser aprovado da forma como fora criado pela sociedade e suas organizações. Há uma grande influência durante seu processo de aprovação, no momento em que as decisões dos atores envolvidos, componentes dessas instituições, modificam seu objeto com base em seus interesses, ideias e crenças, que foram moldados pelas organizações institucionais que compõem.

Com essa ideia, sugere-se que as instituições e suas regras têm a capacidade de delinear as decisões dos agentes, ou seja, o ambiente político é capaz de influenciar os atores em suas decisões e escolhas (Steinmo, 2008). Assim, caso o agente político não estivesse naquele ambiente, sua decisão poderia ter sido outra, porque poderia haver outros fatores e regras que o influenciasse.

Para a teoria da escolha racional, os indivíduos estruturam suas ações com a finalidade de maximizar seus interesses, sua vontade interior (Tsebelis, 1998). Os atores, conforme suas características culturais, sempre buscam adequar suas ações aos seus interesses, sejam eles pessoais, políticos, religiosos, etc. As escolhas dos agentes baseiam-se em seus objetivos, crenças e possíveis ganhos (benefícios), ou seja, suas decisões políticas baseiam-se em atitudes estratégicas (Elster, 1994). Por conseguinte, as escolhas dos agentes políticos no Congresso, ao aprovar o Projeto de Lei, além de serem influenciadas pelas instituições e suas regras, são influenciadas por seus objetivos e pela vontade de maximizar seus interesses.

A teoria do institucionalismo sociológico busca uma abordagem cultural dos atores e da instituição que integram (Della Porta e Keating, 2008, p. 116). Essa teoria estuda as decisões políticas como o resultado dos procedimentos organizacionais responsáveis por produzirem essas decisões (Immergut, 1998). Segundo o institucionalismo sociológico, as instituições se compõem de normas, crenças, valores, símbolos e diversos aspectos culturais, que são os responsáveis pelas ações humanas (Hall e Taylor, 2003).

O institucionalismo sociológico é importante na formação da Lei da Ficha Limpa, porque as ins-

tuições são produtos da sociedade. Sendo assim, a influência das instituições nas decisões dos atores, por sua vez, também se forma por influências sociais e culturais da sociedade (Thelen, 1999). O Projeto de Lei da Ficha Limpa, além de sofrer influência das instituições, influenciou-se intrinsecamente pela cultura da sociedade.

Dessa forma, o processo de formação e aprovação da Lei da Ficha Limpa sofre influência do comportamento de seus atores, e eles se influenciam por suas escolhas, crenças e objetivos (institucionalismo da escolha racional) e as regras e normas das instituições que compõem (institucionalismo histórico). Essas instituições também se influenciam pela cultura, pela vida social (institucionalismo sociológico). Desse modo, pode-se observar claramente que a utilização da teoria neoinstitucionalista é plenamente adequada para o objeto de pesquisa, haja vista que ele será compreendido em etapas, considerando as escolhas e preferências dos atores.

Ao longo deste trabalho, comprovar-se-ão as mudanças que ocorreram no objeto da Lei da Ficha Limpa resultantes da interferência dos atores e de seus interesses e estratégias que estavam envolvidos nesse processo, usando como base teórica, as teorias apresentadas por serem capazes de explicar o fenômeno ocorrido.

Arena 1: iniciativa popular e a formação da lei

O Projeto de Lei da Ficha Limpa, agora concretizado na Lei Complementar n.º 135/2010 (Brasil, 2010), surgiu mediante a mobilização social, que demonstrou como interesse principal a melhoria na qualidade dos quadros de políticos brasileiros, ao impedir a candidatura de políticos com antecedentes inidôneos e aumentando as situações que impedem o registro de uma candidatura no processo eleitoral.

O cenário no qual fora introduzido o Projeto da Lei da Ficha Limpa é de uma continuidade da Lei n.º 9.840/99 (Brasil, 1999), também de iniciativa popular, responsável por afastar dos cargos os políticos envolvidos em práticas de abuso e corrupção e da Lei Complementar n.º 64/90 (Cavalcante Júnior e Coêlho, 2010, p. 10).

O contexto da sociedade brasileira, ator fundamental para a criação do projeto de lei, encontra-se em um momento bastante delicado. Há um sentimento de frustração generalizada com o processo eleitoral, além dos jogos nem sempre limpos praticados nas várias esferas de poder, com maior destaque ao Poder Legislativo (Young, 2010). Isso contribuiu

para que houvesse uma piora na qualidade dos políticos e um aumento do número de escândalos vergonhosos e revoltantes (Barbosa, 2010).

A partir desse cenário, a população reúne-se com a finalidade de buscar seus interesses, os quais são erradicar os desvios de conduta e os casos de corrupção constantemente vistos na realidade política (Menezes, C., 2010). A população atua com a motivação de melhorar a qualidade da política brasileira por intermédio de representantes mais honestos, idôneos e fiéis ao seu compromisso com a sociedade (Barbosa, 2010; Young, 2010). A atuação da sociedade é incisiva e deixa claro quais são suas motivações e interesses para construir um cenário político melhor.

Sentindo-se prejudicados, os eleitores buscaram exercer seu direito e sua cidadania. Assim, a solução buscada desde a Lei n.º 9.840/99 e a LC n.º 64/90, foi a criação de legislação mais rigorosa que possa evitar tais comportamentos políticos, considerados inadmissíveis e vergonhosos pelo eleitor (Young, 2010). O instrumento de efetivação garantida à disposição da sociedade é a iniciativa popular, a mesma exercida pela Lei n.º 9.840/99, conhecida por “Lei da Compra de Votos” (Barbosa, 2010).

A campanha da Lei da Ficha Limpa foi lançada em abril de 2008 e teve a contribuição do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), ator imprescindível para a mobilização social, autor do projeto e principal responsável pela coleta das assinaturas no Estado brasileiro. O MCCE é uma organização da sociedade civil, isto é, uma organização não governamental (ONG), composta por 51 entidades nacionais, responsável por movimentos, organizações sociais, religiosas e entidades da sociedade civil (MCCE, 2010). Além do MCCE, outra organização que ajudou na coleta de assinaturas para o projeto foi a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (Abracci), fundada pelo próprio MCCE. A Abracci é uma rede composta por 78 entidades que visam “contribuir para a construção de uma cultura de não corrupção e impunidade no Brasil por meio do estímulo e da articulação de ações de instituições e iniciativas com vistas a uma sociedade justa, democrática e solidária” (Carvalho, 2012).

O cenário que explica o impulso do MCCE foi a necessidade expressa na própria Constituição Federal de 1988, que determina a inclusão de novos critérios de inelegibilidades, levando em conta a vida pregressa dos candidatos (Cavalcante Júnior e Coêlho, 2010). Assim, a atitude teve como objetivo

alterar a Lei Complementar n.º 64/90, conhecida por “Lei das Inelegibilidades”.

O MCCE, a Abracci e toda a sociedade buscaram desenvolver suas ideologias por meio do Projeto de Lei n.º 518/09. Sua escolha pela iniciativa popular demonstrou o interesse na participação direta da população que objetiva modificar a conjuntura política atual de desonestidade, impunidade e corrupção dos representantes políticos.

Segundo dados do MCCE de setembro de 2010, o total foi de 1.604.815 assinaturas, conforme a Tabela 1 (Mcce, 2011b).

Tabela 1 – Total de assinaturas coletadas na Campanha da Ficha Limpa

UF	Assinaturas por Estado	Percentual
Acre	1.585	0,1%
Alagoas	4.270	0,25%
Amapá	9.835	0,61%
Amazonas	16.957	1%
Bahia	50.224	3,1%
Ceará	45.918	2,8%
Distrito Federal	55.374	3,4%
Espírito Santo	66.574	4%
Goiás	46.464	2,9%
Maranhão	46.292	2,88%
Mato Grosso	37.239	2,32%
Mato Grosso do Sul	7.217	0,45%
Minas Gerais	343.550	21,40%
Pará	17.734	1,1%
Paraíba	54.537	3,40%
Paraná	185.436	11,55%
Pernambuco	43.966	2,73%
Piauí	22.125	1,4%
Rio de Janeiro	110.032	6,85%
Rio Grande do Norte	9.015	0,56%
Rio Grande do Sul	76.744	4,78%
Rondônia	24.693	1,53%
Roraima	1.276	0,08%
Santa Catarina	87.625	5,46%
São Paulo	231.036	14,4%
Sergipe	3.438	0,21%
Tocantins	5.497	0,34%
Exterior	162	0,01%
Total assinaturas	1.604.815	

Fonte: Adaptada de MCCE (2011b, grifo nosso)

Na versão inicial do projeto de lei, pode-se verificar sua intenção, qual seja, a modificação da Lei Complementar n.º 64 (Lei da Inelegibilidade). O legislador é claro e incisivo ao afirmar a inclusão das hipóteses desejadas pela sociedade, que é proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. É evidente a intenção e o interesse da sociedade na busca de melhor qualidade de seus representantes políticos.

Ainda, a mudança temporal da elegibilidade, que passa de três anos para oito anos traduz maior rigorosidade e punição para aqueles candidatos com maus antecedentes, e devem, portanto, permanecer mais tempo para poderem voltar a se candidatar (Young, 2010). A sociedade, ator responsável pela iniciativa popular, não mais suportando as leves sanções e impunidade da legislação brasileira, resolve punir o parlamentar de forma mais rigorosa e mostrar que tais condutas são reprováveis e não mais aceitáveis pelo eleitorado brasileiro (Martins, 2010; Menezes, C, 2010).

Agora, não só as pessoas com sentença transitada em julgado, mas também condenadas em primeira ou única instância, aumentando, assim, a abrangência dos requisitos formais e a chance de punição dos responsáveis. Antes, haveria de se esperar o percurso de todas as instâncias possíveis para depois a sentença transitar em julgado, e então, haveria a suspensão da elegibilidade após o cumprimento da pena. Essa amplitude garante que mesmo que essas pessoas venham a recorrer, já podem ser suspensas do processo eleitoral, e não mais ameaçar a idoneidade das eleições. Esse é um importante avanço, porque mostra a intolerância da sociedade em relação a maus antecedentes de um candidato.

Além de que, prevê um rol de crimes (acréscimo de objeto material) que podem ser considerados para suspender a elegibilidade dos candidatos. Taxando, agora, os crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e afins, contra os costumes, contra o meio ambiente, saúde pública, crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, crimes eleitorais, crimes de lavagem de capitais ou ocultação de bens, direitos e valores, além de crimes de exploração sexual de crianças e adolescentes e a utilização de mão de obra em condições semelhantes à escravidão, etc. Dando ainda maior amplitude, abrange todos os crimes que não tenham pena inferior a dez anos. O fundamento para tal regra é: se a pessoa praticou tais crimes, como poderá administrar e representar o

povo numa gestão pública.

O Projeto de Lei n.º 518/09 é bastante incisivo quanto à punição dos políticos que tenham cometido crimes num rol bastante extenso. Dessa forma, o projeto de lei mostra a pretensão de punição de toda e qualquer atitude ilícita e em desacordo com seu mandato de representante do povo. É ainda inovador ao punir os chefes do Executivo das três esferas (União, Estado e Distrito Federal, e Municípios) e os membros do Poder Legislativo que renunciarem ao cargo por estarem sendo investigados ou por notícias que possam ensejar um futuro processo contra eles. Com isso, eles têm a finalidade de evitar que possam vir a sofrer processos de cassação, e renunciando ao cargo, não poderiam mais ser punidos. Agora, isso não será mais possível; se renunciarem ao mandato depois de ter sido apresentada representação contra eles, será considerado inelegível para o cargo.

São inelegíveis para o cargo de Presidente da República aqueles que nos quatro meses anteriores à eleição tiverem exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em entidade que tenha sido beneficiada pelos cofres públicos. Tal exigência feita na redação do Projeto de Lei da Ficha Limpa mostra a preferência da sociedade por candidato à Presidência sem nenhum envolvimento com os cofres públicos para que sua idoneidade seja garantida.

A redação de um dos dispositivos do projeto previa as consequências e o procedimento a ser seguido após o julgamento da representação. As consequências previstas é a suspensão da elegibilidade por oito anos, a cassação do registro e o envio dos autos ao Ministério Público Eleitoral para dar seguimento e ordenar qualquer diligência que for necessária para dar início a uma ação contra ele se for o caso.

Com a análise dos dispositivos do projeto inicial da Lei da Ficha Limpa, pode-se observar a intenção e os interesses da sociedade e das suas organizações em erradicar a prática corrupta e os abusos praticados pelos candidatos, que serão severamente punidos.

Após ser enviado ao Congresso Nacional, observamos que o Senado tinha o interesse de evitar candidatos reprováveis e com vida pregressa condenável, capazes de ameaçar a idoneidade das eleições, no entanto, a Câmara dos Deputados mostrou interesse contrário, uma vez que tal mudança seria desastrosa para os políticos que compõem essa casa do congresso.

O então presidente da casa, Michel Temer (PMDB-SP), afirmou que o projeto deve ser aprovado, no entanto, deverão ocorrer mudanças no seu conteúdo no sentido de flexibilizar as regras previstas para os candidatos que disputarem as eleições em 2010 (Guerreiro, 2010). Mesmo antes de ingressar para aprovação no Congresso, os deputados que compõem a Câmara mostraram inúmeras resistências e críticas ao projeto, atitude essa que demonstrava sua estratégia para que o projeto não fosse aprovado da forma que veio da sociedade, devendo ser emendado conforme seus interesses e preferências.

O Projeto n.º 518/09 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, permanecendo inerte por um longo tempo (Menezes, 2010). O projeto enfrentou a resistência dos parlamentares em adiar ao máximo sua análise para aprovação (Falcão, 2010). Era visível que os parlamentares utilizavam a estratégia de controlar a aprovação dos projetos para retardar o máximo possível sua análise, visto que seus interesses são conflitantes com o conteúdo do projeto. Os parlamentares defendem a manutenção da legislação atual.

Iniciou-se uma campanha para pressionar os deputados que apoiaram o projeto a pedir a celeridade de sua aprovação, porque, caso não entrasse em pauta antes do recesso do Congresso, ele só poderia ser julgado em 2010, o que efetivamente ocorreu.

A sociedade, representada por suas organizações e movimentos, foi bastante incisiva em suas estratégias para efetivar seus interesses externados pelo projeto. O MCCE, utilizando suas estratégias, sustentou o argumento de que o Projeto da Lei da Ficha Limpa não é contrário aos interesses dos parlamentares, mas sim em favor da dignidade do trabalho legislativo. E que, apesar de ser votado no ano eleitoral, o projeto não se submete às regras do artigo 16 da Constituição, o qual prevê a impossibilidade de aplicação de lei que modifique o processo eleitoral, porque o projeto não modifica nenhum dispositivo referente aos procedimentos formais, o qual configuraria o processo eleitoral (Guerreiro, 2009a).

Arena 2: congresso nacional e a aprovação da lei

Esta etapa visa identificar a relação do Poder Legislativo e do Poder Executivo no projeto de lei, com o objetivo de analisar os interesses em jogo e as estratégias adotadas pelos parlamentares ao elaborarem suas escolhas durante a aprovação da lei no Congresso Nacional.

Como mencionado, o Projeto de Lei da Fi-

cha Limpa teve uma trajetória histórica, desde sua iniciativa popular à sua aprovação no Congresso e repercussão causada no Supremo Tribunal Federal. Nessa trajetória, o projeto foi modificado e sofreu a influência dos costumes e práticas culturais das próprias instituições, além das escolhas, estratégias e interesses dos atores responsáveis pela tomada de decisões (Hall e Taylor, 2003). Desse modo, analisa-se parte da trajetória histórica, qual seja, a modificação do projeto de lei realizada pelos componentes do Congresso, e procura-se entender os interesses e as estratégias adotadas.

Analisando tal ação, pode-se destacar o desinteresse desses parlamentares ao não priorizar o projeto, por não ser compatível com seus interesses, e poderia acarretar a alguns parlamentares repercussão negativa para a eleição de 2010. Além de que pensavam que não haveria pressa, visto que se votassem e aprovassem o projeto em ano de eleição, 2010, conforme a regra constitucional, o projeto só poderia valer para as próximas eleições. Pode-se perceber a estratégia adotada pelos congressistas em retardar a aprovação e resguardar seus interesses.

Vários meses após a inércia dos parlamentares para votarem o Projeto de Lei da Ficha Limpa, as entidades da sociedade civil começaram a pressionar o Congresso para que finalmente ocorresse a votação (Guerreiro, 2009b). Depois de oito meses na Câmara dos Deputados, finalmente o Projeto de Lei da Ficha Limpa foi votado e aprovado de forma unânime.

Graças à pressão das entidades da sociedade civil, a casa do Senado Federal foi rápida e, em menos de um mês, aprovou o Projeto de Lei da Ficha Limpa por unanimidade, porém, com pequenas emendas (Pires, 2010b). No geral, houve algumas modificações no projeto, as quais serão posteriormente analisadas em breve.

Para melhor compreender os interesses e as estratégias adotadas pelos parlamentares, realizaram-se entrevistas com alguns parlamentares para que fosse possível entender a atuação deles durante o processo de aprovação do projeto. Os parlamentares entrevistados foram o ex-deputado federal Raul Jungmann (PPS) e o deputado federal Raul Henry (PMDB).

Para Raul Jungmann, o que explica a aprovação da lei é o fato de que, o Congresso é muito sensível aos anseios populares; por conta disso, o projeto teve mais votos que normalmente teria. Além de que o governo petista da época, que tinha ampla

maioria, mobilizou-se em razão de sua imagem suja em decorrência do “caso do mensalão”. Portanto, a votação ocorreu em virtude da pressão da opinião pública e dos meios de comunicação; do governo que estava no poder, que era efetivamente favorável ao projeto por conta do mensalão; e do apoio de alguns parlamentares de opinião.

Para o deputado federal Raul Henry, houve uma grande mobilização popular e uma enorme pressão da imprensa, o que contribuiu para que o Congresso embarcasse na ideia e não corresse o risco de ser punido nas urnas das eleições seguintes.

O maior interesse que impulsionou os parlamentares a votar a favor foi não querer expor-se contrário à opinião pública e à ideologia da lei, o que poderia acarretar um grande prejuízo eleitoral. Por fim, afirmou que o baixo clero que compõe a Câmara dos Deputados considerava a lei ruim e era contra o espírito da lei por estar retirando prerrogativas dos parlamentares. Se o voto fosse secreto, ele afirma, a grande maioria teria votado contra e talvez a lei não tivesse sido aprovada, porque a maioria considerava a lei como uma redução de prerrogativas e uma limitação de seus poderes. No entanto, muitos votaram favorável para parecer melhor diante da sociedade, por necessitar do voto do eleitor para se manter no Congresso.

Além das entrevistas, analisaram-se dois documentos elaborados pelo deputado Marcelo Itagiba (PMDB-RJ) e pelo senador Demóstenes Torres acerca do Projeto de Lei, no qual explanam suas opiniões a respeito do projeto.

Marcelo Itagiba, em seu parecer, ressalta a importância do respeito ao princípio da proibidade administrativa, o qual busca atingir a supremacia dos interesses públicos, devendo prevalecer mesmo que esteja restringindo o direito de um particular, ao princípio da presunção da inocência ou de poder recorrer à última instância do órgão, objetivo da Lei da Ficha Limpa.

O senador Demóstenes Torres ressalta a importância do projeto ao aprimorar e aperfeiçoar a legislação eleitoral brasileira, para impedir o exercício de um político que tenha histórico incompatível com a moralidade pública. E, que o projeto de lei encontra-se respaldado juridicamente e tem conteúdo adequado, de forma material e formal, isto é, as normas estão conforme os requisitos exigidos pela lei. E por fim, discorda dos argumentos de que o projeto estaria violando o princípio da presunção da

inocência, porque o âmbito de aplicação desse princípio se refere ao processo penal, e não às normas de cunho eleitoral.

Nesse sentido, pode-se verificar o posicionamento de alguns parlamentares, o que é imprescindível para melhor compreensão do momento pelo qual passou o projeto de lei no Congresso. Pode-se observar, ainda, a opinião deles sobre a matéria da inelegibilidade, regulamentada pelo projeto.

Algumas relevantes mudanças no projeto foram feitas, o que alterou significativamente seu conteúdo. Serão apresentadas as mudanças, buscando analisar o porquê, as estratégias adotadas, os interesses envolvidos e as repercussões que tiveram para a sociedade.

Quadro 1– Comparação entre o Projeto de Lei n.º 518/09 e a Lei Complementar n.º 135/2010 aprovada

PROJETO DE LEI N.º 518/09	LEI COMPLEMENTAR N.º 135/2010
<p>Altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14 § 9.º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.</p>	<p>Altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9.º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.</p>
<p>Art. 1.º - As alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g” e “h” do inciso I do art. 1.º da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>Art. “1.º [...]”:</p> <p>b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, ou cuja conduta tenha sido declarada incompatível com o decoro parlamentar, independentemente da aplicação da sanção de perda de mandato, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura;</p>	<p>Art. 1.º Esta Lei Complementar altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9.º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.</p>
<p>c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;</p>	<p>Art. 2.º A Lei Complementar n.º 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>I –</p> <p>c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;</p>
<p>d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;</p>	<p>d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;</p>

<p>e) os que forem condenados em primeira ou única instância ou tiverem contra si denúncia recebida por órgão judicial colegiado pela prática de crime descrito nos incisos XLII ou XLIII do art. 5.º da Constituição Federal ou por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e drogas afins, por crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, por crimes eleitorais, por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão de obra em condições análogas à de escravo, por crime a que a lei comine pena não inferior a 10 (dez) anos, ou por houverem sido condenados em qualquer instância por ato de improbidade administrativa, desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;</p>	<p>e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
<p>f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;</p>	<p>f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;</p>
<p>g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;</p>	<p>g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;</p>
<p>h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”.</p>	<p>h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;</p>

<p>Art. 2.º - O art. 1.º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido das seguintes disposições:</p> <p>“j) os que tenham sido julgados e condenados pela Justiça Eleitoral por corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei n.º 9.504/97), conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral (arts. 73 a 77 da Lei n.º 9.504/97) ou por captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei n.º 9.504/97), pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da realização da eleição;</p>	<p>j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;</p>
<p>l) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos após a apresentação de representação ou notícia formal capaz de autorizar a abertura de processo disciplinar por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura”;</p>	<p>k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;</p>
<p>Art.3.º - O inciso II do art. 1.º. da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, fica acrescido da alínea “m”, com a seguinte redação:</p> <p>“m) os que nos 4 (quatro) meses que antecedem ao pleito hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em entidade beneficiada por auxílio ou subvencionada pelos cofres públicos.”</p>	<p>l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;</p>
<p>Art. 4.º O art. 15 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 15. Publicada a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido”.</p>	<p>m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;</p>

<p>Art. 5.º. O inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.”</p>	<p>n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;</p> <p>o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;</p> <p>p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;</p> <p>q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;</p>
<p>Art. 6.º - O inciso XV do art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”.</p>	<p>§ 4.º A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.</p> <p>§ 5.º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea k, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.” (NR)</p>
<p>Art. 7.º - A presente lei entra em vigor na data da sua publicação.</p> <p>Brasília, 29 de setembro de 2009.</p>	<p>“Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.</p> <p>Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.” (NR)</p>

	<p>Art. 22</p> <p>XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;</p> <p>XV – (revogado);</p> <p>XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.</p>
	<p>“Art. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições.”</p>
	<p>“Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de habeas corpus e mandado de segurança.</p> <p>§ 1.o É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares.</p> <p>§ 2.o Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares.</p> <p>§ 3.o O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização.”</p>

	<p>“Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.</p> <p>§ 1.º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus.</p> <p>§ 2.º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.</p> <p>§ 3.º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”</p>
	<p>Art. 3.º Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o caput do art. 26-C da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990.</p>
	<p>Art. 4.º Revoga-se o inciso XV do art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990.</p>
	<p>Art. 5.º Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.</p>
	<p>Brasília, 4 de junho de 2010.</p>

Como se pode observar, há uma grande diferença entre o projeto inicial e a lei efetivamente aprovada pelo Congresso. Houve muitas alterações até chegar à legislação final.

As primeiras mudanças se referem à suspensão da elegibilidade dos políticos em primeira instância. Tal regra não foi satisfatória para os parlamentares, pois, afirmaram que poderia haver perseguição política de caráter regional, ficando estabelecido que essa decisão deva ser tomada por um colegiado de juízes (Guerreiro, 2009c).

Outra questão foi em relação à impossibilidade de renúncia dos mandatos políticos com o objetivo de escapar de processos de cassação. Houve uma forte resistência dos parlamentares em aceitar a aprovação do texto normativo. No entanto, a norma permaneceu intacta em virtude de descaracterizar a essência do projeto.

Para garantir suas antigas práticas, os parlamentares foram incisivos ao afirmar que tal norma apenas atingirá quem renunciar ao mandato após a

vigência da lei, pois os casos anteriores não tinham tal previsão e repressão legal. Dessa forma eles garantem que os parlamentares que exerceram tais práticas antes da vigência da lei sejam considerados impunes por falta de previsão legal (Amora e Cabral, 2010).

Outro impasse que se pode citar é quanto à listagem dos crimes que podem tornar o candidato inelegível caso sejam praticados por ele. Muitos parlamentares criticaram a ideia de não haver um rol taxativo listando todos os crimes previstos; outros defendem o rol exemplificativo em razão da extensão que a lista teria para ser inclusa no texto do projeto (Guerreiro, 2010b). Assim, foi efetuada uma modificação, e em vez de apenas exemplificar os crimes que podem levar à inelegibilidade, a atual lei prevê taxativamente o rol desses crimes.

A partir do momento em que o candidato ingressa com um recurso no processo que responde, a proibição da candidatura fica suspensa e ele pode concorrer normalmente às eleições até que a justiça julgue seu recurso. Agora, com a lei, há a previsão da

suspensão do impedimento da candidatura, no entanto, tal previsão não deixa claro se o impedimento ocorrerá de forma automática antes do julgamento do recurso ou não. Dessa forma, ficou estabelecido que a suspensão pode ocorrer sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal.

A previsão da alínea “b” do artigo 1.º foi suprimida, porque não era de interesse dos parlamentares ter sua inelegibilidade suspensa pela infração do artigo 55 da Constituição Federal, mesmo que tenha perdido o mandato ou não, em razão de possuir conduta incompatível com o decoro parlamentar. Não é de interesse dos parlamentares serem considerados inelegíveis apenas por conduta incompatível.

No artigo 54, tem expresso o que os parlamentares não podem fazer, e se o fizer, correm o risco de perder o mandato. No entanto, muitos são apenas processados e não chegam a perder o mandato em razão da demora dos processos judiciais, mas com a previsão da lei, eles seriam considerados inelegíveis por oito anos caso viessem a ser condenados quanto a tais condutas. Tal previsão foi retirada do texto pela CCJ sem muita discussão e repercussão, por ser contrária aos interesses da maioria dos parlamentares.

Tais mudanças geraram grande controvérsia no Congresso entre a Câmara dos Deputados e o Senado, especialmente após a aprovação da emenda do senador Francisco Dornelles (PP-RJ), que trocou em cinco dispositivos da lei a expressão “tenham sido” por “os que forem”. Essa alteração deixou claro que os políticos condenados, que já cumpriram sua pena, não serão atingidos pelas novas regras de inelegibilidade. Com essa mudança, o Congresso se dividiu, porque muitos afirmavam que tal mudança mudou o teor da lei, enquanto outra parte concordou com a alteração (Lopes, 2010a).

Portanto, podem-se observar as ações e os interesses dos parlamentares durante a aprovação do projeto, além das estratégias políticas utilizadas ao apresentar as mudanças na lei. Fica evidente que o projeto que emanou da sociedade civil não é o mesmo que foi aprovado como lei, porque há uma intervenção e atuação decisiva dos parlamentares no momento da consolidação da lei. Consolida-se, então, a ideia de que a lei passa por um processo histórico e é influenciada pelas instituições e pelos interesses dos atores que as compõem.

Logo de início, o presidente Lula mostrou-se

favorável ao espírito e sancionou o texto sem muitas delongas. O presidente, como afirmado por parlamentares nas entrevistas relatadas acima, pode ter usado a estratégia de uma rápida sanção e um total apoio ao projeto com a intenção de se redimir diante da sociedade pelo escândalo provocado pelo “mensalão” durante seu governo. Além de que, caso se mostrasse contra, seria bastante prejudicado na eleição que ocorreria em 2010, na qual sua sucessora partidária, Dilma Rousseff, foi eleita (Flor, 2011).

Arena 3: aplicação da lei supremo tribunal federal e questionamentos

Após a sanção presidencial da Lei da Ficha Limpa, iniciou-se um vasto debate acerca da aplicação da lei às eleições, com casos polêmicos de candidaturas barradas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Neste tópico, aborda-se a discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal (STF), a repercussão e, por fim, o julgamento final por ele realizado acerca da constitucionalidade da lei em fevereiro de 2012. Pretende-se compreender os interesses e as estratégias que motivaram as escolhas do STF ao julgar a lei.

O STF inicia os questionamentos por meio do julgamento do RE 630.147/DF do candidato ao governo do Distrito Federal em 2010, Joaquim Roriz (PSC). Roriz teve sua candidatura barrada pelo TSE com base na lei, por renunciar ao mandato de senador em 2007 com o objetivo de escapar de processo por falta de decoro parlamentar. Como consequência, o candidato seria considerado inelegível para o mandato ao qual foi eleito e para os oito anos subsequentes ao término da legislatura. No entanto, após ser julgado pelo TSE, o candidato recorreu ao STF (Seligman, 2010a).

Apesar do impasse, o julgamento do caso de Roriz continuou e terminou empatado, devido a composição par da Corte, por conta da aposentadoria de um ministro; ficando na espera para novo julgamento. No entanto, ele renunciou a candidatura de Governador, o que fez com que o recurso perdesse objeto e o processo foi extinto sem julgamento do mérito. Com isso, o Supremo terá de analisar a lei posteriormente em outro processo (Coutinho e Guerreiro, 2010).

Com o impasse, o STF deixou 1.248 candidatos à espera do julgamento, por terem tido os registros de candidatura negados pelo TSE (Madueño e Gallucci, 2010). Com o advento da lei, mais de 1.900 registros de candidaturas foram negados pelo TSE.

Os candidatos das eleições de 2010 considerados como “fichas-sujas” pelo TSE contabilizaram 8,7 milhões de votos nesse processo eleitoral (Oliveira e Ferreira, 2011).

O julgamento da lei foi retomado no caso de Jader Barbalho (PMDB-PA), no RE 631.102/PA, candidato ao Senado pelo estado do Pará nas eleições de 2010, que renunciou ao cargo de senador em 2001, para se livrar de um processo de cassação (Seligman, 2011). Novamente, o julgamento terminou empate.

Em decorrência da impossibilidade de definir uma situação determinada e aceitável pela maioria da composição do Supremo, seus membros decidiram manter a decisão dada pelo TSE para o caso de Jader Barbalho. O TSE em seus julgamentos, que considerou a lei constitucional e plenamente válida para as eleições de 2010 (Seligman, 2011).

Com a posse do ministro Luiz Fux, ocorreu um novo julgamento do recurso do caso de Leonídio Bouças, no RE 633.703/MG. Na decisão que se restringiu a afirmar que a lei não teria validade para as eleições de 2010 por alterar o processo eleitoral, prevaleceu o respeito ao disposto no artigo 16 da Constituição Federal, deve-se respeitar o princípio da anualidade – aprovação de uma lei com pelo menos um ano de antecedência à eleição (Zampier, 2011).

Após a decisão do STF, os políticos que foram barrados, tomarão posse no cargo caso tenham tido votos necessários para tanto.

Analisando as ações dos envolvidos, quais sejam, os ministros do Supremo, pode-se observar que as motivações de suas decisões e escolhas foram realizadas de forma racional, isto é, baseados na legislação. Assim, suas motivações foram de caráter jurídico, no estrito cumprimento da lei, agindo de forma racional às suas funções de julgadores. Nessa etapa do processo de aplicação da lei, os atores agiram buscando maximizar os interesses da lei, mesmo que estes se sobrepujassem aos interesses da sociedade, tornando suas escolhas fundamentadamente jurídicas.

Depois de quase dois anos, houve um julgamento final da constitucionalidade da lei e em relação à possibilidade de sua aplicação às eleições municipais de 2012. O julgamento ocorreu em relação às ações de constitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade (ADC) n.º 29, proposta pelo PPS e n.º 30, proposta pela OAB, e à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 4 578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais

(CNPL). Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da LC n.º 135/2010, que poderá ser aplicada integralmente nas eleições de 2012, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência.

Em especial, a alínea “m” (condenação por infração ético-profissional), foi descartada a hipótese de inconstitucionalidade, pois uma pessoa ser condenada por uma infração ético-profissional demonstraria uma inaptidão para interferência em gestão da coisa pública. Sendo compatível com a Constituição e deve ser visto “sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, da proteção ao interesse público”.

Decidiu que os casos de inelegibilidade da lei podem valer para fatos ocorridos antes da sanção da lei em 2011. Pois não devem ser vistos acerca de um enfoque penal, e sim de um enfoque eleitoral. Sendo assim, não seria aplicável o princípio da presunção da inocência e da irretroatividade da lei a esses casos, podendo ser esses, relativizados e devidamente aplicados aos fatos anteriores.

Assim, a lei foi declarada constitucional e plenamente válida para as eleições de 2012, além de declarar os dispositivos controversos compatíveis com a Carta Magna de 1988. Tal posicionamento mostra a intenção dos atores em ratificar a validade e constitucionalidade da lei pela sua importância para a sociedade. Com base nos interesses racionais jurídicos e sociais, os atores escolheram atender os anseios da sociedade em punir políticos condenados, por meio de sua estratégia de um discurso moral, justo e convergente com a lei.

Considerações finais

Esta pesquisa buscou analisar e compreender o comportamento, os interesses e as escolhas dos atores responsáveis pelo processo de criação, aprovação e aplicação da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135 de 2010). Essa lei foi resultado da iniciativa popular da sociedade civil e suas entidades com o intuito de melhorar a qualidade dos atores políticos no sistema eleitoral brasileiro. A LC n.º 135 passou por um processo, um percurso jurídico para que pudesse ter suas normas aplicadas. Desse modo, estudou-se exatamente a trajetória histórica pela qual passou, com especial atenção ao comportamento adotado pelos indivíduos que atuaram nesse processo, uma vez que foi por meio de seu comportamento, seus interesses, suas decisões, escolhas e estratégias que se pôde compreender a essência da lei.

Constatou-se que a Lei da Ficha Limpa foi aprovada por um processo; isto é, seguindo a linha do institucionalismo histórico, a LFL passou por uma trajetória histórica influenciada por diversos elementos, para que pudesse ser aprovada e aplicada. Nesse trajeto, pôde-se observar a destacável influência das instituições brasileiras, por meio de sua cultura e práticas costumeiras, responsáveis por determinar os interesses de seus atores. Uma instituição resulta de uma combinação de regras formais e comportamentos sociais, que são determinantes na formação das ações e decisões dos seus atores.

Assim, a Lei da Ficha Limpa, além de ser um produto da sociedade, por seu caráter legislativo de iniciativa popular, deriva da cultura, das práticas, dos costumes e das preferências das instituições brasileiras, sendo um verdadeiro reflexo da sociedade. A lei foi influenciada pelas instituições pelas quais passou e, ainda mais importante, pelas atitudes adotadas por atores dessas instituições, uma vez que, em vista de seu caráter de ser humano racional, os atores agem conforme seus desejos para alcançar seus interesses, o que se constatou neste estudo. Os atores buscaram aprovar a lei, sempre tentando alcançar seu interesse, qual seja, o voto do eleitor e a boa imagem para a sociedade.

Portanto, por meio da análise da influência institucional e comportamental dos agentes responsáveis por esse processo, foi possível entender a essência da Lei da Ficha Limpa, o que motivou sua criação, o que determinou suas mudanças e a consequente aprovação, além de sua aplicação. Tudo isso foi essencial para um estudo minucioso da Lei da Ficha Limpa e a detalhada compreensão do processo pela qual ela passou.

Referências Bibliográficas

AMORA, Dimmi; CABRAL, Maria Clara. (2010), *Texto aprovado pela Câmara sobre ficha suja atinge só 1 entre 110 políticos*. Folha Online, São Paulo, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/brasil/ult96u734342.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

AOKI, Masahiko. (2005), *Endogenizing institutions and institutional change*. In: World Congress Of The International Economic Association, Morocco.

BARBOSA, Dom Dimas Lara. (2010), *Participação popular*. Carta Capital, São Paulo, 20 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/participacao-popular>>. Acesso em: 22 set. 2010.

BENETT, A.; COLIN, E. (2007), *Case study methods in the international relations subfield*. Comparative Political Studies, v. 40, n. 2, p. 170-195.

BRASIL. Câmara dos Deputados. (2009), *Projeto de Lei Complementar n.º 518*, de 2009: apenso ao PLP n.º 168/2003. Grupo de trabalho para exame do PLP n.º 518. Amplia as hipóteses de inelegibilidade, alterando a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que “estabelece, de acordo com o art. 14, § 9.º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazo de cessação e determina outras providências. Autor: Deputado Antônio Biscaia e outros. Relator: Deputado Índio da Costa. Versão final. 2009a. Disponível em: <<http://tcjovem.files.wordpress.com/2010/03/plp-518-de-2009-2010-03-17-versao-final-do-gt.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2010.

BRASIL. (1999), *Lei Federal n.º 9.840/99*, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/legislacao/lei-contra-corrupcao-eleitoral-lei-9-840-99/>>. Acesso em: 19 maio 2011.

CARVALHO, Israel, G. R. (2012), *A Lei Ficha Limpa foi aprovada*. Gama Cidadão. Disponível em: <<http://www.gamacidadao.com.br/index.php/component/content/article/8-noticia/44-o-que-e-ficha-limpa>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir; COELHO, Marcus Vinícius Furtado. (2010), *Ficha limpa: a vitória da sociedade: comentários à Lei Complementar n.º 135/2010*. Brasília: OAB; Conselho Federal.

COUTINHO, Filipe; GUERREIRO, Gabriela. (2010), *Para juristas, renúncia de Roriz suspende julgamento da Lei da Ficha Limpa*. Folha Online, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/804188-para-juristas-renuncia-de-roriz-suspende-julgamento-da-lei-da-ficha-limpa.shtml>>. Acesso em: 8 set. 2011.

COX, Gary W. (2004), *Lies, damned lies, and rational choice analyses*. In: Shapiro, Ian; Smith, Rogers M.; Masoud, Tarek E. (Ed.). *Problems and methods in the study of politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

DELLA PORTA, Donatella; KEATING, Michael. (2008), *How many approaches in the social sciences?: an epistemological introduction*. In: _____ (Org.). *Approaches and methodologies in the social sciences*.

ces. Cambridge: Cambridge University Press.

DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano M. (2010), *Como surgiu a TV Digital no Brasil: uma narrativa analítica sobre formação de preferências e decisão governamental*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ELSTER, Jon. (1994), *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.

FALCÃO, Marcio. (2010), Sem consenso, Câmara quer texto conjunto para tentar votar projeto “ficha limpa”. *Folha Online*, São Paulo.. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u688708.shtml>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. (2001), A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 45, p. 5-24.

FERREIRA, Luiz Pinto. (1959), *O problema da inelegibilidade*. Rio de Janeiro: Redação.

FERREIRA, Manoel R. (1915), *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Organização da Secretaria de Documentação e Informação do Tribunal Superior Eleitoral. 2. ed. rev. São Paulo: eBooksBrasil.

FERREIRA FILHO, Manoel G. (1995), *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva.

FLOR, Ana. (2009), Projeto popular de “ficha limpa” recolhe 1,3 milhão de assinaturas. *Folha Online*, São Paulo. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u624367.shtml>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

GERRING, John. (2007), *Case study research: principles and practices*. Cambridge: Cambridge University Press.

GUERREIRO, Gabriela. (2009), Movimento entrega à Câmara projeto que proíbe ficha suja de disputar eleição. *Folha Online*, São Paulo, 24 set. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u628721.shtml>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. (2003). As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100010>. Acesso em: 10 mar. 2011.

IMMERGUT, Ellen. (1998), The theoretical core of

the new institutionalism. *Politics & Society*, vol. 26, n. 1, p. 5-34, mar.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. (2001), *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalhos científicos*. 6. ed. São Paulo: Atlas.

LEVI, Margaret. (2004), An analytic narrative approach to puzzles and problems. In: Shapiro, Ian; Smith, Rogers M.; Masoud, Tarek E. (Ed.). *Problems and methods in the study of politics*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 201-226.

LOPES, Eugênia. (2010). Emenda deixou claro que veto a candidatos só vale para o futuro. *Estadão*, São Paulo, 20 maio. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,emenda-deixou-claro-que-veto-a-candidatos-so-vale-para-o-futuro,554200,0.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

MADUEÑO, Denise; GALLUCCI, Mariângela. (2010), Ficha limpa e indecisão do Supremo deixam 1.248 candidatos na berlinda. *Estadão*, São Paulo, 2 out. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/ficha-limpa-e-indecisao-do-supremo-deixam-1248-candidatos-na-berlinda/>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

MAHONEY, James. (2000), Path dependence in historical sociology. *Theory and Society*, v. 29, n. 4, p. 507-548.

MARCH, James G; OLSEN, Johan P. (2008), Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 16, n. 31, nov.

MARTINS, Rodrigo. (2010), Os fichas sujas na corda bamba. *Carta Capital*, São Paulo, 5 set. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/os-fichas-sujas-na-corda-bamba>>. Acesso em: 20 set. 2010.

MCCE. (2011), *Total de assinaturas coletadas Campanha Ficha Limpa*. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/Assinaturas_2011.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2011.

MENEZES, Cynara. (2010), Menos hipocrisia. *Carta Capital*, São Paulo, 27 jul. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/menos-hipocrisia>>. Acesso em: 23 set. 2010.

MENEZES, Noeli. (2010), Movimento de combate à corrupção vai ao Senado pedir urgência de ficha

limpa. *Folha Online*, São Paulo, 5 maio. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u730628.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

NICOLAU, Jairo M. (2004), *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. da FGV.

NIESS, Pedro Henrique T. (1994), *Condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Élida; FERREIRA, Flávio. (2010), TSE liberou um terço dos candidatos 'fichas-suja's. *Folha Online*, São Paulo, 13 dez. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/844651-tse-liberou-um-terco-dos-candidatos-fichas-suja's.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

PENNINGS, Paul; KEMAN, Hans; KLEINNIJENHUIS, Jan. (1999), *Doing research in political science*. London: Sage Publication.

PIRES, Carol. (2010), Alteração de última hora ao projeto Ficha Limpa volta a ser discutida no Congresso. *JusBrasil*, São Paulo, 26 maio. Disponível em: <<http://estadao.jusbrasil>>.

POPPER, Karl. (1997), *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix.

RECONDO, Felipe; GALLUCCI, Mariângela. (2011), Indicado ao STF pode esvaziar Ficha Limpa. *Estadão*, São Paulo, 3 fev. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,indicado-ao-stf-pode-esvaziar-lei-da-ficha-limpa,674731,0.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011.

SHEPSON, Kenneth; BONCHEK, Mark S. (1997), *Analyzing politics: rationality, behavior and institutions*. W.W. New York: Norton & Company.

SKOCPOL, Theda; PIERSON, Paul. (2001), Historical institutionalism in contemporary political science. In: Katznelson, Ira; Milner, Helen V. (Ed.). *Political science: state of the discipline*. Nova York: W.W. Norton.

SOARES, Gláucio A. Dillon. (2005), O calcanhar metodológico da ciência política no Brasil. *Sociologia, Problemas e Práticas*, v. 2, n. 48, p. 27-52.

STEINMO, Sven. (2008), Historical institutionalism. In: Della Porta, Donatella; Keating, Michael (Org.). *Approaches and methodologies in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press.

TAVARES, André R. (2002), *Curso de direito constitu-*

cional. São Paulo: Saraiva.

THÉRET, Bruno. (2003), As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n. 58, p. 225-254.

TSEBELIS, George. (1998), *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Edusp.

SELIGMAN, Felipe. (2010), STF pode julgar "ficha suja" de Joaquim Roriz na semana que vem. *Folha Online*, São Paulo, 15 set. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/799451-stf-pode-julgar-ficha-suja-de-joaquim-roriz-na-semana-que-vem.shtml>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

VAN EVERA, Stephen. (1997), *Guide to methods for students of political science*. Ithaca, NY: Cornell University Press.

WALTON, John. (1992), Making the theoretical case. In: Ragin, Charles C.; Becker, Howard S. (Ed.). *What is a case?: exploring the foundations of social inquiry*. Cambridge: Cambridge University Press.

YOUNG, Ricardo. (2010), Desilusão com a política representa risco à democracia. *Carta Capital*, São Paulo, 26 jul. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/desilusao-com-a-politica-representa-risco-a-Democracia>>. Acesso em: 22 set. 2010.

ZAMPIER, Débora. (2011), Fux vota contra Ficha Limpa em 2010. *Carta Capital*, São Paulo, 23 mar. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/fux-vota-contr-ficha-limpa-em-2010>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL E A SÍNDROME DE BURNOUT

SCHAMKYPOU BERNARDO BEZERRA

Professora Universitária, advogada Trabalhista, Especialista em direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Mestre em direito pela UFPE

1. Introdução

Esse presente trabalho tem como escopo estudar o assédio moral, principalmente na modalidade assédio moral organizacional, o qual faz, com que, o empregador, atinja os direitos de personalidade do empregado causando dano moral a dignidade e a integridade psíquica dos trabalhadores assediados

O assédio moral é uma das condutas mais cruéis que um ser humano pode causar a outro. O assediador age com o objetivo de acabar com a auto estima e com o conceito de si próprio do assediado, causando –lhe mágoa, dor, angústia e sofrimento.

Vale a pena lembrar, que a incidência do assédio moral não é apenas nas relações de trabalho, mas também nas familiares, escolares, entre outras. No entanto, neste estudo, nos ateremos ao assédio moral desenvolvido nas relações de trabalho.

O assédio moral, em que pese, sempre ter existido, atualmente, se apresenta com novas feições, principalmente, no que tange as relações laborais, nesse contexto surge o assédio moral organizacional, o qual na verdade tem o objetivo não de segregar ou excluir a vítima, mas de fazer com os assediados, em regra aumentem a produtividade ou resultados. Nesse tipo de modalidade, o mercantilismo excessivo prepondera acima de quaisquer direitos, de cunho fundamentais

O desrespeito aos direitos básicos superam a ética e a moral esperada pelo homem comum.

Passam a surgir nos modelos contemporâneos várias espécies de assédio, de diferentes modalidades e maneiras, todos fazendo com que o ser humano trabalhador adoeça do corpo, da alma, da mente.

A idéia desse trabalho é demonstrar as diferentes espécies de assédio moral, bem como o assé-

dio moral no ambiente de trabalho e como degrada o trabalhador.

Neste viés, vale salientar, que a concepção de Estado democrático de direito contemporâneo, implica em restrições ao poder diretivo do empregador, privilegiando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

2. Assédio moral.

2.1 Aspectos Gerais

“A Bíblia (Gênesis, capítulo 37, versículos: 3 a 24), já se referia ao assédio moral, nos seguintes termos:

José filho de Jacó, foi vítima de assédio moral por parte dos irmãos, estes com ciúmes do amor do pai pelo irmão mais novo, tramaram sua morte, como não tiveram coragem de subtrair sua vida física, tentaram priva-lo da presença e do amor do pai.

José era odiado pelos irmãos não somente, pelo fato do pai amá-lo mais e sim, também por ter mais responsabilidade e desempenhar melhor a tarefa do que os demais.

(...) vendo, pois seus irmãos que o pai o amava mais que a todos, os outros filhos odiaram-no e já não podia falar pacificamente(...)¹

Na realidade, esse episódio bíblico é apenas para ilustrar que o assédio moral não é nenhuma novidade, ele sempre existiu, seja nas relações familiares, nas relações escolares ou nas relações de trabalho.

1 BELMONTE, Alexandre Agra. O Assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. *Revista Ltr legislação trabalhista*. São Paulo: Ed Ltr, n 11, ano72, p. 1329 – 1337, 2008,p.1330.

2.2 Terminologia

Nesse contexto, vale a pena compreender o significado da expressão assédio moral.

ASSÉDIO: Segundo o Dicionário Houaiss, é insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constante em relação a alguém. MORAL: Conforme Houaiss, é o conjunto de valores como a honestidade, a bondade, a virtude, etc, consideradas universalmente como norteadores das relações sociais e da conduta dos homens².

Feliz são as palavras de Roland Hasson³ sobre assédio moral:

O assédio moral – sendo claramente uma agressão a dignidade do ser humano – minando sua auto estima e minorando sua capacidade de decisão, implica em reduzir de maneira drástica a sua liberdade. Afinal o homem espezinhado, oprimido por reprimendas e injúrias, resta tolhido na sua capacidade de agir/decidir. E, tolhido nestes atributos, nenhum ser humano pode dizer-se livre.

Dessa forma, podemos entender por assédio moral, a conduta ilícita e abusiva de alguém que de forma constante tenta afrontar a dignidade de outrem, com o intuito de desequilibrar o emocional da vítima.

3. Assédio moral no meio ambiente de trabalho

O meio ambiente de trabalho seguro e saudável é direito constitucionalmente protegido para o empregado e dever do empregador fornecê-lo, tendo esse, a função de proteção perante os seus obreiros e assim com a obrigação de tutela pela higidez física dos mesmos .

Entenda-se meio ambiente de trabalho não apenas no que se refere a normas de segurança em relação ao local de trabalho, mas também a forma e o meio como esse trabalho é executado. Se o trabalho é desempenhado como forma de causar qualquer dano a saúde do empregado, ainda que seja de natureza moral, o empregador viola uma de suas obrigações essenciais do contrato e assim abusa do seu poder diretivo e comete ato ilícito. O assédio mo-

2 SCHIAVI, Mauro. *Ação de reparação por danos decorrentes da relação de trabalho*. São Paulo: Ed LTr, 2008, p.108.

3 HASSON, Roland. Proteção aos direitos da personalidade- assédio moral. *Revista Ltr legislação trabalhista*. São Paulo: Ed Ltr, n 11, ano 72, p. 1355 – 1358, 2008, p.1355.

ral como conduta do empregador é tipicamente um abuso do poder diretivo e um desvirtuamento da subordinação jurídica.

A expressão “assédio moral” apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos, na década de 1970. Até então, ninguém falava de assédio moral. Falava-se de exploração, de opressão e de pressão dos chefes em cima dos trabalhadores.

Pouco a pouco, os países industrializados da Europa passaram a falar sobre este assunto. Mas foi nos anos 90 que a expressão passou a ser mais conhecida por todos. Hoje, a palavra assédio moral traduz a velha exploração e opressão do trabalho, mas adaptada e, infelizmente aumentada, devido à nova realidade do mundo do trabalho.

No final do século XX, a partir do final dos anos 1970, o mundo foi varrido por um vendaval: o neoliberalismo. Esta filosofia política passou a dominar quase todos os países e impôs novas formas de exploração e opressão.

A partir desta busca desesperada de altos lucros, o sistema econômico procurou diminuir seus custos. O resultado foi milhões de desempregados e a retirada de muitos direitos antigos dos trabalhadores. É a chamada “flexibilização”. Dentro deste quadro, aumentou fortemente a pressão sobre os trabalhadores. Pressão para trabalhar mais, para render mais e, com isso, gerar mais lucros. Dessas premissas, nasceu a expressão “assédio moral”. Assédio moral é, então, uma novidade que já nasceu velha. É a velha opressão sobre os trabalhadores, renovada e aumentada, nestes tempos de neoliberalismo.

O motivo geral do assédio moral não é só a maldade psicológica de um chefe ou outro. A raiz do assédio moral é a necessidade do capital de aumentar seus lucros e vencer seus concorrentes.⁴

Marie – France Hirigoyen⁵ entende:

o assédio moral como sendo “ toda e qual-

4 SINDIPETRO, Nosso Sindicato, *Cartilha Assédio moral: exploração e opressão em dose dupla*. Disponível em: http://www.telecentros.desenvolvimento.gov.br/_arquivos/capacitacaoempresarial/AssedioMoral.pdf Acesso em 3 dez 2012.

5 HIRIGOYEN, Marie France. *A violência Perversa do cotidiano*. Trad Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 2001, p.65.

quer conduta abusiva manifestando-se sobre tudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos a personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Alice Monteiro de Barros também define o assédio moral

*O termo 'assédio moral' foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), acoso moral (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como 'a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego.'*⁶

Margarida Barreto ainda sobre assédio moral no trabalho

*O assédio moral no trabalho é: a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas, autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.*⁷

No assédio moral a vítima é excluída ou segregada do grupo, o assediador tenta criar um ambiente hostil para o assediado. De acordo com Pamplona⁸ “a conduta abusiva e reiterada, atentatória a dignidade psíquica do indivíduo, deve ter por finalidade a exclusão da vítima do ambiente”

Para caracterização do assédio moral é muito comum que os superiores hierárquicos forneçam tarefas excessivas, impossíveis de serem cumpridas, isolem a vítima do grupo não concedendo nenhuma tarefa para que a mesma se sinta incompetente, proibem que os demais empregados entrem em contato com o trabalhador (assediado) para que o mesmo se sinta isolado, agressões hierárquico tais como : burro, incompetente, idiota, etc...

O ambiente de trabalho para o empregado passa a ser um inferno em que o mesmo se sente pressionado, angustiado, humilhado, desesperado.

Sobre as práticas de assédio moral⁹ Reginaldo Felker diz que

o ambiente de trabalho que deveria ser marcado pela cordialidade e solidariedade transforma-se, a miúdo, em arena de disputas, em cenário de verdadeiras tragédias, onde desponta toda vilania, a mesquinhez e a infâmia de que é capaz a alma humana.

4. Espécies de assédio moral nas relações de trabalho

Nas relações de trabalho, pode-se encontrar várias espécies de assédio moral tais como : assédio moral vertical, o assédio moral horizontal, assédio moral ascendente e ainda o assédio moral organizacional.

O assédio moral vertical é mais freqüente, trata-se de assédio na modalidade em que o superior hierárquico assedia o seu subordinado.

O assédio moral horizontal também é freqüente, em que pese ter menor incidência que o assédio vertical, nessa espécie de assédio, a vítima sofre o os abusos dos seus próprios colegas, ou seja, companheiros de trabalho de mesma hierarquia que a sua. Existe grande incidência do referido caso quan-

7 BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde, trabalho* - Uma jornada de humilhações. São Paulo: Educ - Editora da PUC-SP, 2000. p.119

8 FILHO, Rodolfo Pamplona. Noções conceituais sobre assédio moral na relação de emprego. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, n 125, ano 33, jan- mar , p.192- 212, 2007, p.199.

9 FELKER, Reginaldo Delmar Hintz. *O Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho*. São Paulo: Ed Ltr,2006,pág 186.

6 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ed Ltr,2007, p. 901

do se trata de cumprimento de metas de vendas, por exemplo, onde o colega que alcançou a meta almejada, passa a assediado o outro que não conseguiu e assim passa a chama-lo de : bola muita, zerado, fracassado, entre outros.

Já o assédio ascendente ocorre em raríssimas situações e se refere ao assédio do subordinado, em face do seu superior hierárquico. É óbvio que a situação é incomum. Pode haver a incidência em situações em que o assediador visava o cargo do assediado, e assim começa a assediá-lo como forma de intimidação, tentando demonstrar que o chefe é incompetente, que não deveria estar naquele lugar.

Márcia Novaes Guedes¹⁰ menciona um caso de assédio moral ascendente.

No romance O primo Basílio, Eça de Queiroz nos traça um quadro inusitado dessa espécie de assédio moral. A coitada da Luízinha, esposa do conselheiro Jorge, foi martirizada moralmente pela criada Juliana até a morte.

Em que pese, o caso acima narrado tratar-se de uma ficção, nada impede que venha a acontecer na vida real e assim venha a caracterizar o assédio moral ascendente.

Por último, o assédio moral organizacional ou ambiental, o qual trataremos em nosso estudo, em capítulo próprio, com maior detalhamento. Nesse tipo de assédio, o assediador age de forma indeterminada, generalizada, como política de gestão da empresa, com o objetivo não de segregar a vítima, mas de pressionar o grupo para melhores metas ou produtividade.

5. Assédio moral organizacional.

Com a derrocada dos modelos de produção fordista e taylorista, e com os avanços tecnológicos e científicos, reaparece com força total a concorrência desenfreada em busca de um mercado –capital extremamente competitivo, para superar essa competição em face do mercado globalizado, alguns empreendimentos sobrecarregam os seus empregados, fornecendo-lhe um meio ambiente de trabalho tenso e nem sempre com políticas éticas. Nesse contexto surge o assédio moral organizacional.

Tal assédio se baseia numa política de gestão da empresa, fazendo com que os empregados

se assemelhem a máquinas de produção. A política gerencial da empresa é fazer com que grupos de empregados se sintam humilhados e temerosos e assim tentem superar os seus limites superando metas e aumentando de forma excessiva a produtividade, para que não venham a sofrer o assédio moral. As práticas são as mais variadas possíveis e consistem em : fazer reuniões com as pessoas que não conseguiram atingir as metas (normalmente para empresas que trabalhem com vendas) e os denominá-los de zerados e assim chamá-los com o intuito de ridicularizá-los, fazendo com esses paguem prendas, falem frases do tipo : sou um fracassado, tudo para que se sintam inferiorizados.

São exemplos de assédio moral organizacional empresas que desenvolvam atividades de teleatendimento ou telemarketing, ou outra, em que os trabalhadores: precisam atingir metas exageradas; tem o tempo do banheiro controlado, geralmente em cinco minutos; precisam seguir o manual o manual do que deve ser dito ao cliente, normalmente com o oferecimento de produtos e serviços, sob pena de freqüentes advertências e outras sanções disciplinares; não podem apresentar atestados médicos para não ficarem visados ou serem despedidos. Nestas empresas o assédio organizacional é utilizado como estratégia para controle dos empregados, coibição da formação das demandas individuais e coletivas e, especialmente, aumento da produtividade, com o controle do tempo de trabalho e do conteúdo das conversas das conversas com o cliente.¹¹

O assédio moral organizacional, diferentemente, do assédio moral típico, não decorre de uma atividade ostensiva do empregador tentando intimidar um determinado empregado com o objetivo de excluí-lo e estigmatizá-lo dentro da relação laboral. Nesse tipo de assédio nem sempre existe as características típicas do assédio moral, de uma vez que decorre de uma política da empresa, política essa, que faz com que os empregados se sintam humilhados e constrangidos no meio ambiente de trabalho. Pois na realidade a idéia da empresa é aumentar a produtividade e conseqüentemente a lucratividade e não o de excluir ou isolar uma pessoa determinada.

Dallegrave¹² citando Adriane Reis de Albu-

10 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. São Paulo: Ed Ltr, 2003, p. 37

11 GOSDAL, Thereza Cristina, SOBOLL, Liz Andréa, SCHATZMAM, Mariana, EBERLE, André Davi. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo : Ed Ltr, 2009, p. 37

querque define o assédio moral organizacional como:

Conjunto de natureza abusivas, de qualquer natureza exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

Na realidade, o assédio moral organizacional decorre de uma política de gestão da empresa para alcançar mais lucratividade. Não se visa a pessoa humana, mas sim o patrimônio da empresa. O objetivo é o lucro pelo lucro, o capitalismo selvagem sobre põe a dignidade do trabalhador.

O assédio moral é um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou aumento de produtividade e resultados, ou a exclusão e prejuízos de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios.¹³

O stranning ou assédio moral organizacional marca a substituição da ética do trabalho pela recompensa, prêmio, instituída pelos “novos” modelos de produção americano e japonês e que também se apóiam na tolerância do mal. O ambiente de trabalho é tomado como um campo aberto onde tudo é possível em nome da competitividade. Várias são as vítimas e a nova cultura gerencial se expande em discursos, reuniões, palestras, em que o grupo é, inicialmente, admoestado a produzir e atingir metas.

Síndrome de burnout

A síndrome do burnout é um dos muitos efeitos drásticos que pode vir a ser ocasionado com o assédio moral organizacional.

Os primeiros estudos sobre a Síndrome de Burnout datam da década de 70 nos Estados Unidos, o qual o psiquiatra americano Herbert J. Fredenberger descreveu o fenômeno observando em si e seus colegas com quadro de exaustão profunda, perda de motivação e responsabilidade para com o trabalho.

O termo advém do verbo em inglês to burn out, que em tradução livre significa ‘queimar por completo’, Fredenberger[31] definiu a síndrome como um esgotamento de energia, no qual os acometidos sentem-se sobrecarregados por causa de outras pessoas. Tornando seu trabalho ineficiente, não se relacionando com a perda da criatividade, muito menos ao tédio, mas a causa principal advém do relacionamento interpessoal.¹⁴

Síndrome de burnout em inglês significa queimar para fora, em grego significa conjunto de sintomas.

O burn out pode ser definido como um resultado de uma inadequada gestão do stress laborativo, como um processo ineficaz de adaptação a um stress individual excessivo, uma condição de desadaptação, nascida de um processo transacional que representa uma solução de acomodamento, uma negociação com a própria consciência perante situações de trabalho não administráveis de outra forma.¹⁵

A psicóloga Rosana Galipp Spina¹⁶ para ilustrar a síndrome de burnout menciona a síndrome do sapo fervido ensinando que:

Vários estudos provaram que um sapo colocado em um recipiente com a mesma água de sua lagoa, ele fica estático durante todo o tempo em que se aquece a água.

O sapo não reage ao gradual aumento da temperatura e morre quando a água ferve.

Mas qualquer sapo que seja jogado nesse

12 NETO, José Afonso Dallegrave. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo : Ed Ltr, 2008, p. 211.

13 GOSDAL, Thereza Cristina, SOBOLL, Liz Andréa, SCHATZMAM, Mariana, EBERLE, André Davi. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo : Ed Ltr, 2009, p. 37

14 Stefanelli, Carolina Block <http://jus.com.br/imprimir/26496/consideracoes-sobre-assedio-moral-como-fator-desencadeador-para-a-sindrome-de-burnout-no-ambito-das-relacoes-de-trabalho#ixzz34luWRBh3>.

15 NASSIF, Elaine. Bournout, mobbing e outros males do stress, aspectos jurídicos e psicológicos. *Revista Itr legislação trabalhista*. São Paulo : Ed Ltr, n 6, ano 70, p. 728-734, 2006, p. 730.

16 SPINA, Rosana Galipp. *Síndrome de burnout disponível em* <http://www.fspine.com.br/burnout> Acesso em 27.08.09.

recipiente já com a água fervente, salta imediatamente para fora.

Muitas pessoas tem o comportamento similar ao do sapo fervido.

O que a psicóloga tentou ilustrar com a síndrome do sapo fervido, comparando com a síndrome do burnout é que o ser humano seria o sapo e começa a exercer suas funções conseguindo se adaptar ao trabalho, depois o volume desse trabalho vai aumentando, as condições do exercício desse trabalho piorando, até o ponto em que o ser humano chega ao seu limite – a sua exaustão emocional.

É muito comum ocorrer a exaustão emocional em atividades que necessitem de excessiva atenção tais como: controladores de voo, médicos de UTI, enfermeiras ou ainda de atividades que necessitem de excessivo trabalho dentro da jornada como por exemplo: operadores de telemarketing, advogados, também pode acontecer quando os empregados tem que cumprir metas (muito altas) dentro da empresa: vendedores, em empresas tipicamente de vendas e ainda pode ocorrer em profissões que lidam diretamente com o público e assim sujeito a desgastes.

De acordo com o psiquiatra e médico do trabalho Duílio Antero de Camargo, presidente da Comissão Técnica de Saúde Mental e Trabalho da Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT), o transtorno está vinculado a uma exposição contínua a fatores de estresse crônicos no ambiente profissional e costuma causar inúmeros prejuízos ao trabalhador.

A síndrome, classicamente, resulta em três problemas principais: a exaustão emocional, caracterizada por fadiga, fraqueza, falta de esperança, impaciência, irritabilidade e dificuldade em lidar com as situações estressantes; a diminuição da realização pessoal, caracterizada, por exemplo, pela baixa satisfação com as atividades do trabalho e pela perda da competência; e a despersonalização, ou seja, o distanciamento afetivo e a insensibilidade em relação às demais pessoas. Camargo ressalta que, embora a pessoa afetada possa apresentar alguns sintomas de depressão, a síndrome não se caracteriza como um transtorno de-

pressivo, segundo diversos autores.¹⁷

Alexandre Agra Belmonte¹⁸ sobre a síndrome do burnout e dano a saúde diz que:

A submissão a condições de trabalho degradantes, caracterizadas entre outros fatores, pelo excesso de exigências e de produtividade, abuso de autoridade, manipulação do medo em ambiente hostil, jornadas excessivas, competição acética e desenfreada, são suscetíveis de dano a saúde, podendo levar a exaustão emocional, avaliação negativa de si mesmo, desinteresse generalizado, depressão e insensibilidade a tudo e a todos.

Essa exaustão emocional que pode ser classificada como doença do trabalho, como os efeitos próprios, tem como causa principal a pressão psicológica direcionada à alta produção, com qualidade e baixo custo, gerando ansiedade permanente e ansiedade e tensão emocional crônica. Os veículos utilizados são a manipulação do medo da perda do emprego ou do cargo e o estímulo à competição desmedida em ambiente estressante e acético.

Como doença de trabalho que é pode gerar a incapacidade temporária e definitiva, para a prestação de serviços e a responsabilidade civil patronal pelos danos morais e patrimoniais resultantes.

Restando comprovado a síndrome de burnout, tendo em vista que trata-se de doença de trabalho, deverá o empregador emitir o CAT encaminhando o empregado para que o mesmo permaneça em benefício.

Raramente as empresas emitem o CAT, em decorrência da síndrome de burnout; primeiro, por não admitir que o trabalho que o empregado vem exercendo seja excessivo, segundo, o temor da estabilidade que esse empregado vai adquirir. O empregado estável passa a ser um “peso morto” para o empregador. E como já foi exaustivamente mencionado acima, as empresas que possuem a prática de assediar moralmente os seus trabalhadores até os mesmos ficarem doentes não estão preocupadas com sua saúde e seu bem estar, mas apenas com o

17 <http://laerciojsilva.blogspot.com.br/2011/02/sindrome-de-burnout-afeta-grande-numero.html>

18 BELMONTE, Alexandre Agra. O Assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. Revista Ltr legislação trabalhista. São Paulo: Ed Ltr, n 11, ano 72, p. 1329 – 1337, 2008, p.1330.

patrimônio do empreendimento.

O TST vem recentemente entendendo a síndrome de burn out como doença do trabalho a qual ocasiona indenização para o empregado acometido com a referida doença, foi o que aconteceu com a operadora de telemarketing que xingou cliente, depois de um pico de estresse e foi diagnosticada com síndrome de burn out.

Vejamos a referida decisão do TST

TST – Cotidiano estressante provoca síndrome de burnout em operadora de call center

Demitida por justa causa em outubro de 2010, após dirigir expressão de baixo calão a um cliente, uma teleoperadora da Atento Brasil S.A. comprovou que sua reação foi causada pela síndrome de burnout, também chamada de síndrome do esgotamento profissional. Com isso, conseguiu reverter, na Justiça do Trabalho, a demissão em dispensa imotivada e receber indenização por danos morais em decorrência de doença ocupacional no valor de R\$ 5 mil.

O processo foi julgado pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que negou provimento ao agravo de instrumento da Atento. A relatora do processo, ministra Kátia Magalhães Arruda, manteve o despacho do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO) que negou seguimento aos recursos de revista de ambas as partes. A teleoperadora tinha interposto recurso adesivo, pleiteando aumento da indenização para R\$ 15 mil, mas, como o recurso adesivo segue o resultado do principal, seu agravo foi julgado prejudicado.

Atendimentos desgastantes

O episódio que motivou a dispensa aconteceu durante um atendimento em que o cliente ficou irritado com o procedimento da empresa e tinha dificuldades em entender as explicações sobre as providências cabíveis. Na reclamação trabalhista, a teleoperadora juntou atestado médico concedido dias após o episódio, com diagnóstico de problema mental. Em juízo, a perícia técnica reconheceu a síndrome de burnout, com nexo de causalidade com o trabalho. Ao julgar o caso, o TRT-GO condenou a

empresa a pagar indenização de R\$ 5 mil por danos morais, salientando o cotidiano de trabalho demasiado estressante dos teleoperadores.

Entre os diversos fatores, citou cobrança de metas, contenção de emoções no atendimento e reclamações diárias de usuários agressivos. Diante desse cenário, sobretudo pela ausência de pausas após os atendimentos desgastantes em que havia agressões verbais, o Regional entendeu caracterizada a doença ocupacional e devida a indenização, por ofensa à integridade psíquica da trabalhadora, de quem empresa não citou problemas relativos ao histórico funcional.

A Atento, então, recorreu ao TST. Alegou, quanto à indenização, que a perícia não foi realizada no local de trabalho e que a concessão de pausas reconhecida pela própria operadora, não foi levada em conta para a decisão.

A ministra Kátia Arruda, ao fundamentar seu voto, destacou que o reexame das alegações da empresa de que não foram demonstrados os pressupostos para a configuração do dano moral demandaria nova análise das provas, o que é vedado pela Súmula 126 do TST. Observou também que o fato de não ter havido perícia in loco “não modifica a conclusão do TRT sobre a constatação de dano moral, uma vez que a valorização das provas cabe ao juízo, o qual, segundo o princípio do livre convencimento motivado, decide sobre o direito postulado”.

O que é a síndrome de burnout

De acordo com o laudo pericial que serviu de base à decisão, a síndrome de burnout “é um quadro no qual o indivíduo não consegue mais manter suas atividades habituais por total falta de energia”. Entre os aspectos do ambiente de trabalho que contribuem para o quadro estão excesso de trabalho, recompensa insuficiente, altos níveis de exigência psicológica, baixos níveis de liberdade de decisão e de apoio social e estresse.

Os principais sintomas são a exaustão emocional, a despersonalização (reação negativa ou de insensibilidade em relação ao público que deveria receber seus serviços) e diminuição do envolvimento pessoal

no trabalho. O quadro envolve ainda irritabilidade e alterações do humor, evoluindo para manifestações de agressividade, alteração do sono e perda do autocontrole emocional, entre outros aspectos.

Ainda segundo o laudo, estatisticamente a síndrome afeta principalmente profissionais da área de serviços. Os fatores determinantes do burnout podem ser classificados segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10) como “problemas relacionados ao emprego e desemprego: ritmo de trabalho penoso” ou “circunstância relativa às condições de trabalho”. No Brasil, o Regulamento da Previdência Social (Decreto 3048/1999), em seu Anexo II, cita a “Sensação de Estar Acabado” (“Síndrome de Burnout”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”) como sinônimos.

Processo: AIRR-1922-31.2011.5.18.0013

Responsabilidade civil do empregador em face do assédio moral organizacional e a síndrome de burn out

A prática do assédio moral gera reparação para a vítima e dever de indenizar do empregador, como visto no tópico anterior, o empregador, inclusive, responde pelos danos causados ao empregado, também em relação a síndrome de burn out.

Vale ressaltar que não será apenas no caso de ocorrer a síndrome de burn out, que o empregador terá o dever de indenizar, sua conduta reprovável de assédio moral organizacional ainda que não tenha ocasionado sequelas para a vida do empregado, gerou danos e todo dano merece uma reparação.

De acordo com Luiz Salvador¹⁹

Assim, o lesado por assédio moral pode pleitear em juízo além das verbas decorrentes da rescisão contratual indireta, também ainda, a indenização por dano moral assegurada pelo Inc X do art 5o da Lex Legium, eis que a relação de trabalho não é de suserania, é de igualdade, de respeito, de intenso respeito, cabendo frisão que a igualdade prevista no art 5o da CF não restringe a relação de trabalho a mera

relação de trabalho subordinada : assegura ao trabalhador o necessário respeito à dignidade humana, a imagem, à honradez e a auto estima.

Nesta esteira, sendo configurada o assédio moral organizacional, cabe a empresa se responsabilizar pela sua ação que ocasionou danos graves ao seu empregado. Assim, deve o empregador pagar uma indenização razoável para a vítima, devendo ser levado em consideração dois escopos : O primeiro deles é que sirva de forma compensatória e reparatória para o reclamante, o segundo é que tal indenização sirva de forma pedagógica para que a empresa não cometa tal atitude , de desrespeito com os operários, para ter mais cuidado com seus trabalhadores e respeitá-lo como pessoa humana, não sobrepor a sua saúde do empregado o patrimônio da empresa e sobretudo para ensiná-lo a propiciar um meio ambiente digno e saudável para os seus empregados, não violando condutas morais e éticas.

A indenização reparatória para o empregado que sofreu o assédio moral tem fundamento legal, além do art 5o da CR /88 , nos arts 186 e 187 do Código Civil.

Dispõe o art 186 do Código Civil

Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

Dispõe ainda o art 187 do Código Civil

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Restando evidenciado que houve assédio moral organizacional fica caracterizado o ato ilícito cometido pelo empregador e, não resta dúvida quanto ao dever de indenizar da empresa em relação ao empregado, no entanto tal dever de indenizar deve ser feito de forma razoável para que conceda a parte o mínimo de reparação do evento sofrido.

Deve se ter muito cuidado para a banalização do dano moral, para que não se assumam uma postura cínica e passe a achar que tudo é normal, decorrente de incentivo de produção ou do poder

19 SALVADOR, Luiz. Assédio Moral – Doença Profissional que pode levar a incapacidade permanente até a morte. *Jornal Trabalhista*. Brasília : Ed Consulex, n 1992/3, 2002,p.100

diretivo do empregador. E conseqüentemente fazendo uma ponderação de valores de forma invertida, sobrepondo o patrimônio do empregador em detrimento da dignidade e integridade do empregado.

Conclusão

A globalização conjuntamente com os avanços científicos e tecnológicos fizeram ressurgir nesse início de século XXI o capitalismo selvagem. As idéias neoliberais tentam destruir o que através de muitos anos e duras conquistas sociais se alcançou. Neste sentido, os empreendimentos econômicos cada vez mais privilegiando o mercantilismo excessivo, burlam a ética, a moral e passam por cima dos direitos humanos, fundamentais e garantias constitucionais.

A miséria, a fome e o desemprego auxiliam para que as empresas excedam no seu poder diretivo e deturpem o conceito de subordinação jurídica.

Vale salientar que poder diretivo do empregador sofre limitações frente aos direitos fundamentais e sociais do empregado, não concedendo, portanto, o direito ao empregador de destratar e humilhar os seus subordinados

Nessa esteira, jamais o ente patronal deve se utilizar de seu poder de direção para atingir a dignidade, honra e integridade de seus empregados, devendo sempre, partir do pressuposto que o homem trabalha para ganhar dignidade, e não para perdê-la.

Assim, a subordinação jurídica que regem os contratos de trabalho não é sinônimo de submissão do operário em sua condição humana, mas apenas no se refere ao direcionamento de suas atividades que exerce dentro da empresa.

O assédio moral organizacional como modelo de gestão da empresa, como forma de aumento da produtividade e busca por metas, deve ser severamente coibido, tendo em vista que afronta severamente a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Neste viés, é importante salientar que o trabalhador não é uma máquina de produção é um ser humano com direito a saúde, a meio ambiente de trabalho digno e ao respeito a suas condições físicas e psíquicas.

É certo que esse começo de século XXI não pode ser denominado como um dos mais humanistas, no entanto, é necessário, coibir condutas reacionárias em favor do capitalismo desmedido, para que

assim não haja um retrocesso social, retomando aos velhos modelos do Estado liberal.

A síndrome do burnout como exaustão emocional decorrente de um excessivo trabalho por causa do assédio moral organizacional, é um exemplo claro que esse capitalismo selvagem que cega, que aleija e que mata não pode prevalecer frente ao Estado Democrático de Direito que tem como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Essa venda de mão de obra quase que retornando aos modelos de servidão, demonstram o modelo de escravidão de uma sociedade contemporânea do lucro, consumismo e capitalismo

A visão cínica de que paga para que o trabalhador perca a sua saúde, não pode prevalecer frente a ideias de igualdade dos homens, liberdade, solidariedade, respeito, fraternidade e dignidade do indivíduo.

O cidadão deve sempre ser respeitado em todas as suas esferas, seja no meio em que vive ou que trabalha.

Por fim, resta inegável, o dever do empregador em reparar os danos causados ao empregado em decorrência do assédio moral organizacional praticado pela empresa, como forma de minimizar a violação perpetrada à cidadania do trabalhador.

REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde, trabalho - Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Educ – Editora da PUC-SP, 2000

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ed Ltr, 2007

BELMONTE, Alexandre Agra. O Assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. **Revista Ltr legislação trabalhista**.

FELKER, Reginaldo Delmar Hintz. **O Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: Ed Ltr, 2006

FILHO, Rodolfo Pamplona. Noções conceituais sobre assédio moral na relação de emprego. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, n 125, ano 33, jan- mar, p.192- 212, 2007, p.199

GOSDAL, Thereza Cristina, SOBOLL, Liz

Andréa, SCHATZMAM, Mariana, EBERLE, André Davi. **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo : Ed Ltr, 2009

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: Ed Ltr, 2003

HIRIGOYEN, Marie France. **A violência Perversa do cotidiano**. Trad Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 2001

NASSIF, Elaine. Bournout, mobbing e outros males do stress, aspectos jurídicos e psicológicos. **Revista ltr legislação trabalhista**. São Paulo : Ed Ltr, n 6, ano 70, p. 728-734, 2006

NETO, José Affonso Dallegrave. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo : Ed Ltr, 2008

SALVADOR, Luiz. Assédio Moral – Doença Profissional que pode levar a incapacidade permanente até a morte. **Jornal Trabalhista**. Brasília : Ed Consulex, n 1992/3, 2002

SCHIAVI, Mauro. **Ação de reparação por danos decorrentes da relação de trabalho**. São Paulo: Ed LTr, 2008

SPINA, Rosana Galipp. **Síndrome de burnout** disponível em <http://www.fspine.com.br/burnout>. Acesso em 27.08.09

Stefanelli, Carolina Block. <http://jus.com.br/imprimir/26496/consideracoes-sobre-assedio-moral-como-fator-desencadeador-para-a-sindrome-de-burnout-no-ambito-das-relacoes-de-trabalho#ixz-z34luWRBh3>.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM MATÉRIA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO RGPS

Marcos André Couto Santos

Advogado, Procurador do Estado de Pernambuco, Mestre em Direito pela UFPE, Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito da ESMATRA-6ª Região e da ESA/OAB-PE
Email: marcosandre.77@bol.com.br

Sumário: Introdução; 1. Direito previdenciário e proteção social; 2. Prescrição e decadência no Direito Previdenciário – conceitos e evolução legislativa; 3. Prescrição e decadência no direito previdenciário – entendimento jurisprudencial; 4. AgRg no REsp nº 1.407.710-PR – Novas perspectivas para aplicação da decadência previdenciária; Conclusões; Bibliografia Referencial.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é tratar de um tema de grande importância teórica e prática no Direito Previdenciário do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, qual seja: a prescrição e a decadência em matéria de benefícios previdenciários.

O destacado tema se relaciona ao período temporal que os segurados ou dependentes têm para rever erros da Autarquia Previdenciária – INSS, quando da concessão e/ou revisão do valor dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

A matéria enfrentada, afeta a prescrição e decadência no direito previdenciário, é extremamente relevante do ponto de vista social e econômico, já que consolida erros administrativos do INSS em latente prejuízo às partes mais fracas desta relação jurídica, os segurados e dependentes de segurados.

Para fins de estudo da prescrição e da decadência em relação aos benefícios previdenciários do RGPS, promoveu-se a seguinte divisão temática no presente trabalho:

No primeiro capítulo, resta destacada a importância social do direito previdenciário na busca da proteção dos hipossuficientes, na garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, é analisada a prescrição

e a decadência previdenciárias em matéria de benefícios do RGPS, estabelecendo a forma como a legislação pátria enfocou e trata atualmente o tema.

No terceiro capítulo, estabelecem-se os entendimentos dos Tribunais Pátrios, especialmente do STF, do STJ e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU, acerca da prescrição e da decadência previdenciárias em matéria de benefícios do RGPS.

No quarto capítulo, é asseverado o teor do recente julgamento do AgRg no REsp nº 1.407.710-PR, que traz, - no nosso entender -, renovadas perspectivas para aplicação da decadência previdenciária no RGPS.

Ao final, são estabelecidas conclusões, possibilitando uma reflexão sobre este tema de elevada relevância jurídico-social.

1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROTEÇÃO SOCIAL

O direito previdenciário é um ramo do direito, ordenado em Sistemas e em Regimes de Proteção dos participantes (segurado e dependentes de segurados) em face de infortúnios e de situações especiais, contendo para tanto normas de adesão, normas de obtenção de recursos e normas de concessão de prestações securitárias (benefícios e serviços previdenciários)¹.

Neste sentido, os segurados em geral contribuem para financiamento do Sistema Previdenciário, com o objetivo auferir benefícios para si e para os seus dependentes nos termos estabelecidos em lei.

No caso do Regime Geral de Previdência So-

¹ Sobre a caracterização do direito previdenciário, têm-se como relevantes as lições contidas na obra CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

cial – RGPS, este é o regime previdenciário público brasileiro, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – Autarquia Previdenciária Federal, que concede e mantém benefícios e serviços previdenciários em favor dos segurados e dos dependentes de segurados nas hipóteses previstas na legislação².

No RGPS, os segurados podem auferir benefícios previdenciários de Aposentadoria (Aposentadoria por Idade, Aposentadoria por Invalidez, Aposentadoria por Tempo de Contribuição, Aposentadoria da Pessoa com Deficiência³ e Aposentadoria Especial), de Auxílios (Auxílio-Doença e Auxílio-Acidente) e de proteção especial (Salário-Família e Salário-Maternidade), todos descritos e detalhados na Lei Federal nº 8.213/91⁴.

Já, os dependentes de segurados no RGPS podem auferir benefícios previdenciários de Pensão por Morte e de Auxílio-Reclusão, também discriminados e detalhados na referida Lei Federal nº 8.213/91.

Como fica evidenciado, o direito previdenciário protege os segurados e os dependentes de segurados diante de eventos específicos como idade avançada, invalidez, doenças, morte, deficiência, maternidade, situações em que estas pessoas se encontram em estado de vulnerabilidade social e econômica, precisando do apoio do ente previdenciário público para enfrentar a redução e/ou perda da capacidade laborativa, garantindo a sua subsistência (princípio do mínimo existencial⁵).

O direito previdenciário estatal – RGPS/INSS representa, assim, um forte instrumento de proteção social coletiva, que visa manter a dignidade dos excluídos (por exemplo: idosos, inválidos, doentes e acidentados), garantindo-lhes uma renda mensal que possibilite sua sobrevivência.

Assim, a efetivação adequada do direito previdenciário⁶, com o pertinente reconhecimento dos

direitos aos benefícios em favor dos idosos, inválidos, doentes, deficientes, acidentados, mulheres em situação de maternidade e menores de idade, representa o respeito à dignidade⁷ destas pessoas em situação de vulnerabilidade, dando possibilidade de uma existência humana menos sofrida para aqueles que não têm mais condições de exercer atividades laborativas e precisam da proteção previdenciária pública.

Infelizmente, no Brasil, resta notório que a Autarquia Previdenciária – INSS nega, muitas vezes, o acesso aos benefícios previdenciários por parte destas pessoas já deveras fragilizadas socialmente por diversos motivos, quais sejam, principalmente: 1-) Precariedade e baixa qualidade do atendimento dos órgãos do INSS, tornando difícil o reconhecimento dos direitos previdenciários dos segurados e dependentes de segurados; 2-) Indeferimentos administrativos do INSS de concessão dos benefícios previdenciários, por conta da exacerbada e ilegal exigência de documentos e/ou da inadequada interpretação e/ou aplicação da legislação previdenciária; e 3-) Concessão de benefícios previdenciários em valores menores do que os efetivamente devidos aos segurados e dependentes de segurados, por conta da análise não cautelosa do caso concreto e/ou da interpretação e aplicação restritiva das normas afetas à legislação previdenciária⁸.

Em decorrência destas séries de erros administrativos, muitos segurados e dependentes de segurados (idosos, inválidos, doentes, deficientes, acidentados, mulheres em situação de maternidade e menores de idade) acabam não tendo acesso à proteção previdenciária na esfera administrativa do INSS, que, desrespeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não promove a proteção destas pessoas em situação de vulnerabilidade⁹.

No mais das vezes, a única alternativa existente

2 A respeito da evolução da seguridade social e do direito previdenciário, ver: TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social - Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

3 Lei Complementar Federal nº 142/2013, regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.145/2013.

4 Sobre aspectos relevantes e polêmicos dos benefícios previdenciários do RGPS, ver: AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito previdenciário sistematizado*. 2ª edição, Salvador: Editora: JusPodivm, 2011; e VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

5 Acerca do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

6 A respeito da compreensão de uma adequada interpretação do direito previdenciário, o relevante artigo: SAVARIS, José Antonio. *O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: Um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado*. In: Revista da AJUFERGS, nº 6. Disponível em: <http://www.ajufers.org.br/revistas/rev06/revista_06.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

7 Inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor-fonte da ordem jurídico-constitucional pátria, estando previsto como um dos fundamentos/pilares básicos do Estado Constitucional Social Democrático Brasileiro, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, aplicando-se com grande densidade valorativa ao direito previdenciário. Sobre a dignidade da pessoa humana como valor fonte do ordenamento jurídico-constitucional: SANTOS, Marcos André Couto. *A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, pp. 163-191.

8 Sobre erros previdenciários na concessão dos benefícios: ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários (Regime Geral de Previdência Social) – Teses Revisionais – Da Teoria à Prática*. 6ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2014; e VIEIRA, Sérgio Pereira. *Manual prático sobre revisão de benefícios: teses contra o INSS*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

9 Para fins de detalhamento do processo previdenciário, em sua perspectiva administrativa e judicial: BALERA, Wagner & RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coord). *Processo Previdenciário – Teoria e Prática*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012; PEREIRA, Fernanda Reis. *A Dinâmica do Processo Administrativo dos Benefícios Previdenciários (Monografia de Mestrado)*. São Paulo: mimeo., 2010; e SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 3ª edição, Curitiba: Juruá, 2011.

para segurados e dependentes de segurados é buscar a proteção previdenciária junto ao Poder Judiciário, especialmente nos Juizados Especiais Federais – Lei Federal nº 10.259/2001¹⁰, pleiteando judicialmente a revisão dos entendimentos do INSS que negam o acesso ao mínimo existencial e promovem a exclusão social.

2. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO – CONCEITOS E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Como ficou demonstrado no item anterior, a Autarquia Previdenciária – INSS, quando da apreciação dos Processos Administrativos de concessão e/ou revisão do valor de benefícios previdenciários, acaba, muitas vezes, por firmar entendimentos restritivos, dificultando ou negando a proteção previdenciária aos hipossuficientes (segurados e dependentes de segurados na condição de idosos, doentes, inválidos, deficientes, acidentados, menores de idade).

Diante destas interpretações restritivas do INSS, com a não concessão ou a não revisão do valor dos benefícios previdenciários, cabe aos segurados ou aos dependentes de segurados recorrerem ao Poder Judiciário Federal, a fim de ter acesso à proteção previdenciária necessária.

No âmbito da Teoria Geral do Direito, existem dois princípios que se digladiam na busca da efetivação da proteção jurídica, quais sejam: o princípio da justiça e o princípio da segurança jurídica.

Em relação ao princípio da justiça¹¹, conforme entendimento ora firmado, a pessoa agredida em seus direitos pode recorrer ao ente agressor ou ao Poder Judiciário, a fim de buscar sanar as ilegalidades ou arbitrariedades que acabam por afetar seu patrimônio jurídico, visando restabelecer a correta aplicação das normas e dos princípios e valores previstos na ordem jurídico-constitucional posta.

De outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica¹² que tenciona garantir a estabilidade das relações jurídicas firmadas no tempo, evitando por perpetuar situações conflituosas de forma indefinida.

Com base nos princípios da justiça e da segurança jurídica, a pessoa agredida em seus direitos previdenciários poderá recorrer ao ente agressor (INSS) ou ao Poder Judiciário para sanar a irregularidade, a abusividade ou a agressão sofridas, tendo, entretanto, como regra geral, um determinado prazo para formalizar este pedido de revisão na esfera administrativa e/ou na esfera judicial, sob pena de consolidar-se no tempo uma situação de fato e de direito que não poderá mais ser modificada em respeito à necessidade da estabilização das relações jurídicas.

Estes princípios da justiça e da segurança jurídica são a base para compreensão da aplicação da prescrição e da decadência em matéria previdenciária.

A decadência previdenciária, também conhecida como prescrição do fundo do direito, é a perda do próprio direito previdenciário reclamado por conta da inércia do segurado ou do dependente de segurado, que ficou inerte na busca da revisão do ato administrativo indeferitório/restritivo exarado pelo INSS.

Já, a prescrição previdenciária é a perda de uma parte financeira do direito previdenciário reclamado, diante da caracterização da inércia do segurado ou do dependente de segurado na revisão do ato administrativo indeferitório/restritivo expedido pelo INSS.

Enfim, a decadência atinge todo o direito previdenciário almejado e a prescrição atinge apenas parte financeira do direito previdenciário questionado, sempre com base no fator tempo decorrente da inércia do titular do direito em promover a reclamação adequada acerca da(s) restrição(ões) ao(s) seu(s) direito(s), seja na esfera administrativa ou na esfera judicial.

No direito previdenciário brasileiro – RPGS/INSS, na redação originária da Lei Federal nº 8.213/91, estava apenas prevista a prescrição quinquenal em matéria previdenciária, *in verbis*:

“Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.” - (Lei Federal nº 8.213/91, em sua redação originária).

Como se evidencia do dispositivo transcrito, não havia regra normativa afeta à decadência pre-

10 Acerca de uma análise crítica dos Juizados Especiais Federais, tem-se a relevante coletânea de artigos de GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

11 Sobre aspectos filosóficos da justiça, ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

12 Acerca do princípio da segurança jurídica no âmbito do direito público, ver: VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

videnciária (perda da integralidade do direito previdenciário requestado pelo decurso do tempo), existindo, apenas, a norma referente à aplicação da prescrição quinquenal, que estabelecia a perda dos efeitos financeiros em relação aos 05 (cinco) anos anteriores ao ingresso do requerimento administrativo ou do processo/ação judicial, relacionado ao pleito de concessão ou de revisão do valor do benefício.

Inclusive, com base neste vácuo normativo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 85, fixando-se a jurisprudência no sentido de que somente ocorrerá a prescrição do fundo do direito (decadência) após 05 (cinco) anos da negativa da Administração Pública (in casu, INSS) acerca do próprio fundo do direito reclamado. Atente-se ao teor da Súmula nº 85, do STJ:

“SÚMULA Nº 85 DO STJ: NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO SUCESSIVO EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FIGURE COMO DEVEDORA, QUANDO NÃO TIVER SIDO NEGADO O PRÓPRIO DIREITO RECLAMADO, A PRESCRIÇÃO ATINGE APENAS AS PRESTAÇÕES VENCIDAS ANTES DO QUINQUENIO ANTERIOR A PROPOSITURA DA AÇÃO.”¹³

Diante desta orientação jurisprudencial, e como decorrência do caput, do art. 103, da Lei Federal nº 8.213/91 em sua redação originária, fixaram-se os tribunais na aplicação apenas da prescrição quinquenal no âmbito previdenciário, relacionada apenas a perda dos efeitos financeiros dos valores atrasados devidos anteriores aos 05 (cinco) anos do ajuizamento da Ação Previdenciária, quando não tivesse ocorrido a negativa do próprio fundo do direito por manifestação expressa da Autarquia Previdenciária/INSS.

Tal situação gerava, por exemplo, a possibilidade de revisão no ano de 2000 do valor de um benefício previdenciário concedido no ano de 1970, com base em valores menores do que os efetivamente devidos, desde que não tivesse sido proposto pelo segurado/dependente este pleito revisional junto ao INSS ou então o INSS tivesse sido silente/omisso quanto à apreciação do pleito revisional na esfera administrativa. Veja-se acórdão neste sentido:

“Processo REsp 246615 / PE

RECURSO ESPECIAL 2000/0007637-6

¹³ Em sentido semelhante, tem-se a Súmula nº 443 do STF: “A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta.”

Relator(a) Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 09/05/2000

Data da Publicação/Fonte DJ 19/02/2001 p. 197

Ementa PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - ADMISSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - INCIDÊNCIA - OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - ART. 255 E §§, DO RISTJ - CORREÇÃO MONETÁRIA - ORTN/BTN.

- Tratando-se de prestações de trato sucessivo e não havendo negativa do direito, o lapso prescricional atinge apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação, nos moldes da Súmula 85/STJ.

- Precedentes.

(...) – (grifos e itálicos nossos)

Posteriormente, a partir do ano de 1997, houve a modificação do art. 103, da Lei Federal nº 8.213/91, com base no previsto na Medida-Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei Federal nº 9.528/97, e alterada pelas Leis Federais nº 9.711/98 e nº 10.839/2004, abaixo transcritas, restando, então, estabelecido o prazo decadencial de 10 (dez) anos para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, *in verbis*:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

Art. 103. É de cinco anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conheci-

mento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)”

Atualmente, pelo previsto no art. 103, da Lei Federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei Federal nº 10.839/2004, ficou estabelecido, além da prescrição quinquenal já existente originalmente na Lei Federal nº 8.213/91, a possibilidade de aplicação da decadência previdenciária, tendo o segurado ou dependente de segurado o prazo de 10 (dez) anos para revisar o ato de concessão do seu benefício previdenciário a contar do primeiro dia do mês seguinte ao recebimento da primeira prestação do benefício, ou da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo do INSS.

3. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

No âmbito legislativo, a criação da decadência previdenciária, inicialmente por meio da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei Federal nº 9.528/97, gerou questionamentos jurídicos, quais sejam, principalmente: 1-) A decadência previdenciária teria aplicação imediata em relação a todos os benefícios previdenciários, inclusive em relação àqueles concedidos anteriormente a entrada em vigor da novel legislação que previu normativamente a decadência previdenciária?; e 2-) A decadência previdenciária atingiria o fundo do direito previdenciário, quando fosse negada a concessão do próprio benefício previdenciário?

Em relação ao primeiro questionamento, a jurisprudência da maioria dos Tribunais Regionais

Federais e do Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou-se no sentido de que a decadência previdenciária, - inserida inicialmente por meio da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei Federal nº 9.528/97 -, somente teria aplicação em relação aos benefícios previdenciários concedidos após a entrada em vigor da destacada norma, mantendo-se, então, a aplicação da Súmula nº 85 do STJ, no sentido de que somente ocorreria a prescrição quinquenal incidente sobre os efeitos financeiros anteriores aos 05 (cinco) anos do ajuizamento da ação, quando não houvesse a negativa expressa da Administração Pública/INSS quanto ao direito previdenciário reclamado. Veja-se acórdão a seguir colacionado:

“Processo AgRg no REsp 1231826 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0014956-3

Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 02/08/2012

Data da Publicação/Fonte DJe 13/08/2012

Ementa PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. RENDA MENSAL INICIAL. ART. 103 DA LEI N.º 8.213/91. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. PRAZO DECADENCIAL. APLICAÇÃO ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS A PARTIR DA NOVA REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.523/97. PRESCRIÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO CONJUGADA DA LEI N.º 6.950/81 COM O ART. 144 DA LEI N.º 8.213/91. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. A Medida Provisória n.º 1.523, de 27

de junho de 1997, instituiu um prazo decadencial para o ato de revisão dos benefícios e, não prevendo a retroação de seus efeitos, somente deve atingir os benefícios previdenciários concedidos após o advento do aludido diploma legal.

3. *Tratando-se de revisão de benefícios previdenciários, a prescrição atinge tão-somente as prestações vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, por caracterizar-se como relação jurídica de trato sucessivo, ou seja, renova-se periodicamente, mês a mês.*

(...)” – (grifos e itálicos nossos)

Já, no âmbito da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - TNU, o entendimento prevaemente era no sentido de que a decadência previdenciária, - advinda por meio da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei Federal nº 9.528/97 -, teria aplicação imediata, inclusive em relação aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente a entrada em vigor da referida norma legal, contando-se, entretanto, o prazo decadencial para revisão dos benefícios antigos a partir da data da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, qual seja: 28 de junho de 1997. Veja-se o seguinte acórdão paradigma:

“Processo PEDIDO 200851510445132

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL

Relator(a) JUÍZA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

Fonte DJ 11/06/2010

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 103 DA LEI Nº 8.213/1991 AOS BENEFÍCIOS ANTERIORES E POSTERIORES À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9/1997. POSSIBILIDADE. 1. A Turma Nacional de Uniformização, na sessão realizada em 08.02.2010, no julgamento do PEDILEF nº 2006.70.50.007063-9, entendeu ser aplicável o art. 103 da Lei nº 8.213/1991 à revisão de todos os benefícios previdenciários, sejam eles anteriores ou posteriores à Medida Provisória nº 1.523-9/1997. 2. Tomando, por analogia, o

raciocínio utilizado pelo STJ na interpretação do art. 54 da Lei 9.784/99 (REsp nº 658.130/SP), no caso dos benefícios concedidos anteriormente à entrada em vigência da medida provisória, deve ser tomado como termo a quo para a contagem do prazo decadencial, não a DIB (data de início do benefício), mas a data da entrada em vigor do diploma legal. 3. Em 01.08.2007, 10 anos contados do “dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação” recebida após o início da vigência da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 26.06.1997, data da entrada em vigor da referida MP. 4. Pedido de Uniformização conhecido e não provido.” – (grifos e itálicos nossos)

Posteriormente, a Primeira Seção do STJ, ao julgar Recurso Especial nº 1309529/PR - Representativo de Controvérsia, passou a seguir o entendimento firmado pela TNU, aplicando a decadência previdenciária em relação também aos benefícios concedidos anteriormente à Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei Federal nº 9.528/97, contando-se o prazo decadencial a partir da entrada em vigor da referida Medida Provisória. Observe-se o seguinte acórdão:

“Processo REsp 1309529 / PR

RECURSO ESPECIAL 2012/0033013-0

Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 28/11/2012

Data da Publicação/Fonte DJe 04/06/2013

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA (RESps 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO SEGURADO. DECADÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997,

AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DESTA NORMA. POSSIBILIDADE. TERMO A QUO. PUBLICAÇÃO DA ALTERAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE E DE SUSTENTAÇÃO ORAL.

(...)

RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

15. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997).

16. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento, com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o caput do art. 103 da Lei de Benefícios, de que “o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (RESP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

(...)” – (grifos e itálicos nossos)

Recentemente, a matéria foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede do Recurso Extraordinário nº 626489 com rito de Repercussão Geral, tendo o Pretório Excelso decidido que a decadência previdenciária incide em relação a benefícios previdenciários novos e antigos, contando-se o prazo decadencial de 10 (dez) anos para os benefícios antigos a partir de 01 de agosto de 1997, em decorrência da aplicação da Medida Provisória nº 1.523-9/1997. Veja-se a ementa do voto do Min. rel. Luís Roberto Barroso em sede do RE nº 626489:

“EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA

SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.” – (grifos e itálicos nossos)

Diante desta decisão do STF, atualmente, por exemplo, um benefício previdenciário concedido no ano de 1970, com algum tipo de erro administrativo no valor de sua concessão, somente poderia ser revisado até agosto de 2007, com base na aplicação do caput, do art. 103, da Lei Federal, com as alterações da Medida Provisória nº 1.523-9/1997 e normas jurídicas posteriores.

Enfim, pelo que se percebe da atual jurisprudência pretoriana, com base no decidido pelo STF em sede do Recurso Extraordinário nº 626489 com rito de Repercussão Geral, a decadência previdenciária de 10 (dez) anos resta aplicável a todos os benefícios previdenciários concedidos, atingindo-se os pleitos revisionais contados a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do pagamento da primeira prestação do benefício, sendo que, para os benefícios concedidos anteriormente à Medida Provisória nº 1.523-9/1997, a decadência se fez dez anos após a entrada em vigor da referida Medida Provisória com a aplicação da novel regra previdenciária, qual seja:

01 de agosto de 2007¹⁴.

Já, em relação ao segundo questionamento, qual seja: a decadência atingiria ou não o fundo do direito previdenciário, quando da negativa administrativa da concessão do benefício previdenciário? Tem-se a destacar o seguinte:

O próprio STF, em sede do voto do Min. rel. Luís Roberto Barroso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 626489 com rito de Repercussão Geral, estabeleceu que a decadência previdenciária refere-se apenas à revisão do valor do benefício que restou concedido, não atingido o direito ao benefício previdenciário em si. Atente-se ao trecho do voto referido:

“9. (...) No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/19913, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido.” – (grifos e itálicos nossos)

Realmente, no entendimento praticamente uníssono, o direito ao benefício previdenciário em si não sofre a decadência, sendo um direito adquirido dos segurados e dos dependentes de segurados.

Tal perspectiva pode ser muito bem fixada a partir da leitura do caput, art. 103, da Lei Federal nº 8.213/91, com a redação atual da Lei Federal nº 10.839/2004, ao estabelecer que a decadência previdenciária é de “(...) de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a **revisão do ato de concessão de benefício** (...)” – (grifos e sublinhados nossos), destacando-se, por exemplo, que, se houve até mesmo a negativa da concessão de um

benefício de Aposentadoria por Invalidez ou de Aposentadoria de Trabalhador Rural, o segurado pode renovar seu pedido na esfera administrativa ou então mesmo ingressar em juízo, demonstrando que sua situação de saúde se fragilizou ainda mais ou então que agora localizou os documentos necessários à demonstração da qualidade de segurado especial para obter a aposentadoria.

Inclusive, a Jurisprudência Pretoriana acompanha este entendimento, estabelecendo que o direito ao benefício previdenciário em si não decai, podendo o segurado ou dependente requerê-lo a qualquer tempo¹⁵. Atente-se aos acórdãos a seguir colacionados oriundos do STJ:

“Processo AGARESP 201400950420

*AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
- 506885*

Relator(a) SÉRGIO KUKINA

Sigla do órgão STJ

Órgão julgador PRIMEIRA TURMA

Fonte DJE DATA:02/06/2014 ..DTPB:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO NEGADO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, mesmo na hipótese de negativa de concessão de benefício previdenciário e/ou assistencial pelo INSS, não há falar em prescrição do próprio fundo de direito, porquanto o direito fundamental a benefício previdenciário não pode ser fulminado sob tal perspectiva. 2. Em outras palavras, o direito à obtenção de benefício previdenciário é imprescritível, apenas se sujeitando ao efeito aniquilador decorrente do decurso do lapso prescricional as parcelas não reclamadas em momento oportuno. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” – (grifos e itálicos nossos)

“Processo AGARESP 201301887211

AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL

14 A Medida Provisória nº 1.523-9/1997 entrou em vigor em 28 de junho de 1997, mas a decadência decenal previdenciária somente começaria a ser computada a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do pagamento da primeira prestação do benefício. Neste sentido, para os benefícios previdenciários concedidos anteriormente à referida Medida Provisória referida Medida Provisória nº 1.523-9/1997, o prazo decadencial foi contado a partir de 01 de agosto de 1997 (um mês após a entrada em vigor da novel legislação), perfazendo-se a partir de 01 de agosto de 2007, com base no decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

15 Em sentido contrário, cabe registrar a existência da Súmula nº 64, da TNU: “O direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos.”

NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
- 356785

Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA
FILHO

Sigla do órgão STJ

Órgão julgador PRIMEIRA TURMA

Fonte DJE DATA:03/04/2014 ..DTPB:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E ATENDEM NECESSIDADES DE CARÁTER ALIMENTAR, RAZÃO PELA QUAL A PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE UM BENEFÍCIO É IMPRESCRITÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO. 1. As normas previdenciárias primam pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. 2. Os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. 3. É firme o entendimento desta Corte de que, cumpridas as formalidades legais, o direito ao benefício previdenciário incorpora-se ao patrimônio jurídico do beneficiário, não podendo ser objeto, destarte, de modificação ou extinção. 4. Agravo Regimental do INSS desprovido.” - (grifos e itálicos nossos)

Neste sentido, atualmente, os Tribunais Patrios, em geral, estabelecem que a decadência (prescrição do fundo do direito) somente atinge a revisão dos valores dos benefícios previdenciários concedidos, e não o pleito de concessão do benefício previdenciário em si, tendo em vista o caráter alimentar da prestação e a busca da proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana do segurado e do dependente de segurado.

Ao final deste item, no âmbito jurisprudencial, pode-se afirmar que a decadência previdenciária,

incluída normativamente pela Medida Provisória nº 1.523-9/1997, que alterou o *caput*, do art. 103, da Lei Federal nº 8.213/91, aplica-se pelo decurso do prazo de 10 (dez) anos da concessão do benefício previdenciário, atingindo, assim, apenas os pleitos revisionais dos benefícios previdenciários concedidos pela Autarquia Previdenciária.

4. AGRG NO RESP Nº 1.407.710-PR – NOVAS PERSPECTIVAS PARA APLICAÇÃO DA DECADÊNCIA PREVIDENCIÁRIA

Recentemente, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ exarou acórdão em sede do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.407.710-PR, abrindo novas possibilidades interpretativas para o tema referente à decadência previdenciária (prescrição do fundo do direito).

No recente acórdão do STJ (AgRg no RESp nº 1.407.710-PR), transitado em julgado em 25/06/2014, a decadência previdenciária somente é caracterizada caso tenha ocorrido a manifestação expressa da Autarquia Previdenciária/INSS no momento da concessão/deferimento do benefício previdenciário, e o segurado ou dependente tenham permanecido inertes para sanar a ilegalidade administrativa perpetrada pelo ente previdenciário.

Neste sentido, por exemplo, caso não haja manifestação expressa da Autarquia Previdenciária/INSS quanto à inclusão de tempo de contribuição, de tempo especial ou o cômputo dos valores corretos de salários-de-contribuição no momento da concessão do benefício, esta omissão do ente previdenciário não poderia gerar a perda do direito à revisão do valor do benefício por decurso de tempo (decadência), ocorrendo apenas a aplicação da prescrição quinquenal relacionada aos efeitos financeiros pretéritos da revisão a ser realizada. Veja-se o acórdão exarado no AgRg no RESp nº 1.407.710-PR:

“Processo AgRg no REsp 1407710 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0332024-5

Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 08/05/2014

Data da Publicação/Fonte DJe 22/05/2014

Ementa PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.
NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO.
APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI
8.213/91.

1. Hipótese em que se consignou que “a decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício. Isso pelo simples fato de que, como o prazo decadencial limita a possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não pode atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração”.

2. O posicionamento do STJ é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. In casu, não houve indeferimento do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

3. Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração. Por conseguinte, aplica-se apenas o prazo prescricional, e não o decadencial. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.” - (grifos e itálicos nossos)

Resta, ainda, relevante transcrever alguns trechos do voto do Min. rel. Herman Benjamin no destacado AgRg no REsp nº 1.407.710-PR, que bem esmiúça a matéria referida:

“O posicionamento desta Corte é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. Consoante se extrai dos autos, não houve indeferimento do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação

ção pela Administração.

(...)

Por conseguinte, in casu, aplica-se apenas o prazo prescricional e não o decadencial.” – (grifos e itálicos nossos) - (trechos do voto do Min. rel. Herman Benjamin, no AgRg no REsp nº 1.407.710-PR)

Como se evidencia deste recente acórdão, o STJ exarou decisão no sentido de que a decadência previdenciária somente teria curso caso a Autarquia Previdenciária tenha se manifestado expressamente sobre os temas que envolvessem o cálculo original do benefício previdenciário. Ou seja, o mero decurso de prazo e a omissão da Autarquia Previdenciária/INSS não seriam suficientes para obstar o direito dos segurados ou dependentes à revisão do valor do benefício previdenciário concedido, seja na esfera administrativa ou na esfera judicial.

No nosso entender, como deveras fundamentado nos itens pretéritos do presente ensaio, o STJ está correto no decidido em sede do AgRg no REsp nº 1.407.710-PR, isto porque o direito previdenciário tem íntima relação com a efetivação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, não sendo razoável ou proporcional que o mero decurso de tempo sane omissões administrativas da Autarquia Previdenciária/INSS, gerando a redução indevida e ilegal de benefícios previdenciários de caráter alimentar como são os concedidos e mantidos pelo ente previdenciário.

CONCLUSÕES

O tema prescrição e decadência previdenciárias é deveras relevante nos aspectos teóricos e práticos, especialmente por envolver a possibilidade ou não de revisão dos Atos Administrativos de negativa de concessão ou de revisão do valor dos benefícios previdenciários.

A aplicação restritiva da prescrição e decadência previdenciárias acaba por afetar direitos patrimoniais de caráter alimentar dos segurados e dos dependentes de segurados, que podem prejudicar a sobrevivência de idosos, doentes, inválidos, acidentados, deficientes, menores de idade, mulheres em situação de maternidade e famílias que dependem dos benefícios previdenciários.

Com a devida vênia, não se pode considerar a aplicação da decadência previdenciária apenas por conta do decurso do prazo de 10 (dez) anos da concessão do benefício previdenciário, sem considerar

o caráter essencial e alimentar das prestações/benefícios previdenciários e sem atentar para a necessidade de proteção dos hipossuficientes excluídos social e economicamente, como são de regra os idosos, doentes, inválidos, deficientes, acidentados, menores de idade, mulheres em situação de maternidade e famílias que merecem a proteção da previdência social pública/RGPS-INSS.

Defende-se que o direito aos benefícios previdenciários em si não sofre a prescrição do fundo do direito (decadência), tendo em vista o seu caráter alimentar, de proteção do mínimo existencial e da garantia da dignidade da pessoa humana.

Além disto, o recente acórdão do STJ, exarado nos autos do AgRg no RESp nº 1.407.710-PR em 08/05/2014 e transitado em julgado em 25/06/2014, pode representar uma renovada forma de interpretar e aplicar a decadência previdenciária, que somente se caracterizaria com base em manifestações administrativas expressas da Autarquia Previdenciária quando da concessão do benefício previdenciário.

Agora, é esperar para ver se este entendimento do STJ é isolado, ou então se restará reiterado por esta Corte Superior de Justiça e acompanhado pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL

ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo de benefícios previdenciários (Regime Geral de Previdência Social) – Teses Revisórias – Da Teoria à Prática**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito previdenciário sistematizado**. 2ª edição, Salvador: Editora: JusPodivm, 2011.

BALERA, Wagner & RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coord). **Processo Previdenciário – Teoria e Prática**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús (coord.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O processo administrativo na previdência social: curso e legislação**. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Fernanda Reis. **A Dinâmica do Processo Administrativo dos Benefícios Previden-**

ciários (Monografia de Mestrado). São Paulo: mimeo., 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SANTOS, Marcos André Couto. **A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar., 2002, pp. 163-191.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 3ª edição, Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: Um novo horizonte de segurança social ao seguro do aposentado**. In: Revista da AJUFERGS, nº 6. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev06/revista_06.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social - Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VIANA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Sérgio Pereira. **Manual prático sobre revisão de benefícios: teses contra o INSS**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PATENTES DE MEDICAMENTOS: LICENÇAS VOLUNTÁRIAS X LICENÇAS COMPULSÓRIAS

Maria Wanick Sarinho

Advogada, Bacharel em Direito pela UFPE,
pós-graduanda em Direito dos Contratos pela UFPE.

Introdução

Ideias e conhecimento são cada vez mais relevantes para o desenvolvimento econômico dos países. No mundo globalizado, ideias e invenções não são apenas frutos do intelecto, mas são passíveis de valoração econômica e exploração comercial.

O incentivo à atividade criativa, portanto, passa a ter papel significativo para a geração de riqueza, seja no âmbito dos países ou das empresas. Para isso, várias normas foram criadas para recompensar o esforço inventivo, permitindo retorno financeiro para os investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

O quadro não se mostra tão simples, porém, quando da exploração comercial de um produto patenteado pode resultar limitação ao seu acesso pela população. O lucro obtido com a exploração do produto pelo seu inventor deve ser suportado por aqueles que utilizam. Há situações, porém, em que tais produtos são essenciais e de seu uso dependem populações sem condições de pagar o custo advindo das regras de proteção à propriedade intelectual.

Uma dessas situações diz respeito à indústria farmacêutica. A utilização de remédios para complementar o tratamento médico é um dos componentes do direito à saúde. Tal acesso, porém, pode ser dificultado pelo alto custo dos fármacos, especialmente aqueles obtidos por avançadas e dispendiosas pesquisas científicas.

Por perceber que tal situação poderia diminuir drasticamente a garantia do direito à saúde, o acordo TRIPs fez algumas ressalvas ao direito de patente. São situações emergenciais em que o lucro potencial do detentor da patente é colocado em segundo plano frente à proteção da saúde e do próprio mercado consumidor.

No âmbito interno, a Constituição Federal consagra os princípios da função social da propriedade, do bem-estar social e do respeito ao consu-

midor como normas limitadoras da liberdade de conteúdo contratual. Outras ressalvas são advindas do sistema de proteção à concorrência, quando há abuso do poder econômico, por exemplo.

Esse trabalho tem como objetivo fazer uma breve exposição do sistema de patentes e dos contratos de transferência de tecnologia no Brasil, assim como estabelecer os limites à liberdade de contratar das partes, advindos das limitações concernentes às patentes de medicamentos.

A proteção da patente de medicamentos no Brasil

A patente é um dos mecanismos legais de proteção à propriedade intelectual. Ela visa garantir ao inventor o monopólio temporário sobre a exploração do invento em escala industrial. Desta forma, os lucros proporcionados pela licença de produção de um produto patenteado garantem ao detentor da patente o reinvestimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos.

Como contrapartida, a sociedade como um todo também seria beneficiada por meio da criação de produtos inovadores e da promoção do avanço tecnológico por meio da divulgação dos processos produtivos.

A aplicação da invenção no cotidiano das pessoas permite a melhoria da qualidade de vida por meio da tecnologia. O uso do produto objeto de patente é feito por todos, característica que diferencia a propriedade intelectual da propriedade sobre bens corpóreos. A exclusividade do titular do direito de propriedade intelectual reflete-se apenas na exploração econômica da invenção.

O direito de propriedade intelectual no Brasil está positivado na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX. É importante lembrar que a ordem econômica brasileira funda-se não só na livre iniciativa, mas também no respeito à função social da propriedade, à livre concorrência e

à defesa do consumidor¹.

A Lei nº. 9.279/1996, Lei de Propriedade Industrial (LPI), regula atualmente os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual no Brasil, tendo substituído a antiga Lei nº. 5.772/1971.

Em seu art. 2º a LPI apresenta os bens protegidos pelo direito de propriedade industrial, como se observa a seguir:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal.

A invenção e o modelo de utilidade são protegidos por meio da concessão de patente (instrumentalizada por meio da carta-patente), enquanto a marca e o desenho industrial são protegidos por meio do registro (cujo instrumento é o certificado de registro). O direito de propriedade industrial reprime, ademais, as falsas indicações geográficas e a concorrência desleal.²

É importante ressaltar, contudo, que até 1995, não havia no Brasil a proteção à propriedade intelectual no que se refere a patentes de medicamentos.

A patenteabilidade de fármacos foi implantada no país apenas a partir da assinatura do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (mais conhecido pela sigla TRIPs, do nome em inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), que prevê a proteção de todos os campos tecnológicos, inclusive na área química e farmacêutica.

O TRIPs, firmado no seio da Organização Mundial de Comércio (OMC) estabelece níveis mí-

nimos de proteção à propriedade intelectual a serem respeitados por seus membros. O Acordo busca o equilíbrio entre os benefícios de longo prazo trazidos pelas patentes, como a promoção da inovação, e os benefícios de curto prazo, como o acesso imediato à tecnologia.

Patentes de medicamentos: requisitos e normas reguladoras da matéria

Em virtude da aprovação da Lei nº 9.279 de 1996, o perfil da propriedade industrial no Brasil foi significativamente modificado. Para cumprir com as exigências do TRIPs, o período de duração das patentes foi aumentado de 15 para 20 anos. Ademais, a Lei nº 9.279 de 1996 prevê a proteção de áreas antes consideradas fora do escopo das patentes, como fármacos e produtos químicos.

Os requisitos a serem cumpridos para a concessão de uma patente de invenção ou modelo de utilidade no Brasil são: novidade, atividade inventiva, utilidade ou aplicação industrial e não impedimento (ou licitude).

Uma invenção é nova quando não foi tornada publicamente acessível antes da data do depósito do pedido de patente ou do pedido de prioridade no INPI, conforme dispõe o art. 11 da LPI. A atividade inventiva consiste na criatividade empregada na criação do produto, que não pode decorrer de maneira óbvia do estado da técnica (arts. 13 e 14 da LPI). Isso significa, ademais, que descobertas não são patenteáveis, pois não decorrem de processo de criação próprio, mas de mera observação científica.

O produto deve também ter uso prático, suscetível de aproveitamento industrial (art. 15 da LPI). O invento deve ser útil e factível, restando afastada a concessão de patentes a invenções que não podem ser fabricadas. A invenção não pode contrariar a lei ou os valores sociais, definidos no art. 18 da LPI, para cumprir o requisito de não impedimento³.

Contratos de cessão e licença voluntária de patentes de medicamentos

A exclusividade de exploração da invenção é concedida pelo Estado. No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) é o responsável por examinar os depósitos de pedidos e por expedir a carta patente, que concede ao seu titular a proteção exclusiva.

1 Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. art. 170.

2 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. 2ª Edição, 2ª Tiragem. p. 189.

3 DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual, a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.

A partir da concessão da carta patente, seu titular detém o monopólio legal sobre a invenção, sendo o único capaz de fabricar e vender o produto ou de transferir esse direito a terceiros. É a partir do reconhecimento das patentes que os conhecimentos científicos e tecnológicos passam a ter uma valoração econômica, sendo inseridos no mercado.

É importante lembrar que a concessão de patente não equivale a uma autorização de comercialização do produto. A patente não avalia as condições de segurança do produto nem como ele será produzido. Certos produtos devem passar por um rigoroso controle nos órgãos especializados antes de serem disponibilizados ao público.

No caso do Brasil, os alimentos devem ter sido registrados pelo Ministério da Agricultura por meio da Vigilância Sanitária e os medicamentos devem ter a autorização da ANVISA, conforme previsto no art. 229-C da LPI, antes de serem comercializados. A patente não garante a seu titular a concessão de licença por parte destes órgãos, já que os critérios de avaliação utilizados são diferentes nos dois casos. A patente confere apenas o direito negativo: impedir a utilização do produto por terceiros não autorizados.

A exploração econômica exclusiva do invento pode ser feita diretamente pelo titular do direito de patente ou pode haver a concessão desse direito de exploração a outra pessoa. O titular de direitos de propriedade intelectual pode celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ele desenvolvida.

O contrato de cessão promove a transferência de titularidade do direito de propriedade intelectual. A licença, a seu turno, permite o uso de direitos de propriedade intelectual e pode ser concedida a título exclusivo ou não exclusivo. Já o contrato de transferência de tecnologia prevê o fornecimento de informações não amparadas por direitos de propriedade industrial – como o segredo, por exemplo – e serviços de assistência técnica.

Tais contratos são regulados atualmente pela Lei 9.279/96, Lei de propriedade intelectual, que define o escopo de proteção das invenções; pela Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e pelo próprio Código Civil, que fornece as regras e os parâmetros interpretativos para as disposições contratuais.

É importante destacar que o contrato de licença deve a ser averbado perante o INPI para que tenha validade perante terceiros, nos termos do art. 211 da LPI e do Ato Normativo nº. 135/97 do INPI.

É preciso o registro no INPI para dar publicidade e fomentar o desenvolvimento tecnológico. Os contratos a serem registrados devem indicar claramente seu objeto, a remuneração (royalties), os prazos de vigência e execução do contrato⁴. Há, contudo, alguns contratos de assistência técnica que não precisam ser averbados, por não implicarem em transferência de tecnologia, nos termos do art. 1º da Resolução nº. 54/2013 do INPI.

A partir da averbação do contrato de transferência de tecnologia, de cessão ou de licença voluntária de propriedade intelectual pelo INPI ocorre a publicidade dos termos básicos do negócio, com o reconhecimento público do acordo entre as partes. A finalidade da averbação é gerar os efeitos jurídicos de validade perante terceiros, além de permitir a dedução fiscal e pagamento de royalties ao exterior.

A averbação dos contratos de transferência de tecnologia tem grande importância na verificação do cumprimento às normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria, uma vez que os direitos de propriedade intelectual não são concedidos de forma absoluta, mas devem ter como objetivo o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, além da promoção do bem comum e da função social da propriedade.

Licença compulsória e outras modalidades de limitação ao escopo das patentes de medicamentos

Sendo a patente entendida como um monopólio concedido pelo Estado, com vistas a incentivar o investimento em pesquisa e o desenvolvimento econômico, diversas regras prevêem limites para o exercício dessa exclusividade. O desenvolvimento científico e tecnológico, a repressão à concorrência desleal e a preocupação com a saúde pública são outros interesses levados em consideração no estabelecimento das limitações ao direito de propriedade intelectual.

O próprio Acordo TRIPs, de que o Brasil é signatário, prevê mecanismos para equilibrar os interesses públicos e privados ligados à concessão de patentes. A exclusividade de exploração econômica durante 20 anos garantida ao titular da propriedade intelectual não significa que podem ser desprezadas

4 Art. 3 do Ato Normativo nº. 135/97 do INPI

as regras de concorrência ou de proteção do consumidor. Tampouco são desconsideradas questões relevantes como transferência de tecnologia e melhoria de acesso, especialmente em matéria de patentes de medicamentos.

Vários países permitem que terceiros utilizem a patente para fins de pesquisa mesmo sem autorização do seu titular, pois o objetivo é permitir o avanço da ciência e tecnologia⁵. Este tipo de pesquisa pode ser realizado mesmo durante o período de exclusividade garantido pela patente. A essa flexibilidade dá-se o nome de Exceção Regulamentar ou Disposição “Bolar”, sendo normalmente utilizada por universidades e centros de pesquisa para gerar maiores avanços tecnológicos tendo por base tecnologia já existente.

O uso da Exceção “Bolar” não deve ter fins lucrativos, porém em alguns países como Canadá e Brasil, são permitidas pesquisas focadas na produção de cópias genéricas ou no melhoramento de produtos patenteados. É esse o caso de pesquisas que envolvam a produção de medicamentos genéricos, cuja parte de desenvolvimento técnico é realizada ainda na duração da patente, o que facilita a rápida colocação no mercado dos fármacos genéricos assim que a patente expirar.

O Acordo prevê também limitações à propriedade intelectual no caso de práticas anticoncorrenciais feitas pelo titular da patente. As condições para a concessão de uma licença compulsória, por exemplo, são mais flexíveis caso o titular da patente despreze as normas de concorrência. É também prevista a cooperação entre os países para coibir práticas de concorrência desleal com relação à propriedade intelectual.

Outra flexibilidade prevista pelo TRIPS é a possibilidade de importações paralelas, que ocorrem quando um mesmo produto patentado é vendido em dois países-membros a preços diferentes. Em tal caso, um terceiro pode comprar o medicamento mais barato em um país e exportá-lo para outro, sem possibilidade de reclamação do titular da patente, que continua válida tanto no país exportador quanto no país importador. Essa possibilidade existe porque se considera que houve a exaustão dos direitos do titular da patente com a compra do produto em um dos países, já que sua propriedade intelectual já foi remunerada.

A licença compulsória é prevista pelo acordo TRIPS como uma das principais exceções aos direitos de propriedade intelectual. A utilização do produto sem a autorização do titular da patente pode ser feita por terceiros (licença compulsória) ou para fins não comerciais (utilização pelos poderes públicos). É preciso, porém, respeitar algumas condições. Em regra geral, é preciso ter havido esforços para conseguir a licença voluntária junto ao titular da patente, sem resultados. Deve haver também a remuneração adequada do titular da patente, tendo em conta o valor econômico da licença concedida.

A licença compulsória é uma autorização emitida pelo Poder Público para a utilização de uma invenção patentada sem o consentimento do titular da patente, havendo a produção de uma “cópia genérica”. No direito brasileiro, está disciplinada no art. 68 e seguintes da LPI:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patentado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Salvo em caso de urgência, é preciso que tenha havido tentativas infrutíferas de obter a licença voluntária do detentor do direito, seguindo modalidades comerciais razoáveis. Ademais, uma remuneração adequada deve ser paga ao titular da patente mesmo em caso de licença compulsória, tendo em vista o valor econômico do produto em questão. Tal valor é estimado pelo Poder Público, que autorizou a medida, mas deve haver possibilidade de recurso aberta ao detentor da patente quanto à remuneração.

A licença compulsória não pode ser exclusiva, o que significa que o titular da patente continua a fabricar e explorar o produto objeto de licença, pois

⁵ Mesmo países conservadores quando se trata da proteção aos direitos de propriedade intelectual, como os EUA, permitem a pesquisa sobre produtos patenteados por universidades e centros de pesquisa, em cumprimento às disposições do TRIPS.

seus direitos de patente são inteiramente mantidos.

O art. 71 da LPI autoriza a concessão da licença compulsória de uma patente e sua utilização pelos poderes públicos sem necessidade de autorização dos titulares do direito de propriedade intelectual. Para que isso aconteça, porém, algumas condições devem ser respeitadas para garantir os interesses legítimos do titular da patente, como se depreende da leitura do dispositivo legal em comento:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Em caso de urgência nacional, de outras situações de extrema urgência, de utilização pública para fins não-comerciais e ainda face a práticas anticoncorrenciais, a licença compulsória pode ser concedida sem a necessidade de uma solicitação de licença voluntária mal-sucedida com o titular da patente.

A interpretação deste dispositivo causou bastante polêmica, principalmente face da concessão da licença compulsória para o medicamento Efavirenz, usado no combate do vírus HIV, em 2007, por meio do Decreto Presidencial nº. 6.108/2007.

O Governo defende a concessão de licenças compulsórias ressaltando sua previsão na LPI e no próprio Acordo TRIPS e a economia realizada para aquisição dos medicamentos, além do fato de que não são afetados os direitos do titular da patente, pois é garantido o pagamento de royalties. As empresas farmacêuticas, por sua vez, alegam que tal dispositivo traz prejuízo à pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos, ao desestimular o investimento na área.

Considerações finais

A inovação tecnológica é fonte relevante de riquezas para empresas e países. Os direitos de propriedade intelectual permitem a exploração econômica exclusiva do invento por seu titular, seja diretamente ou por intermédio de cessões e licenças.

As licenças voluntárias e os contratos de transferência de tecnologia podem ser oportunidades de fomentar o desenvolvimento tecnológico e

econômico, desde que sejam cumpridas as normas reguladoras da matéria, que têm como objetivo o incremento da pesquisa tecnológica e a repressão ao abuso econômico.

Neste sentido, a LPI prevê a licença compulsória entre as flexibilidades que podem ser concedidas em razão de interesse público, emergência nacional ou de práticas anticoncorrenciais e abuso do poder econômico. Grandes avanços foram obtidos quanto às patentes de remédios utilizados no tratamento do HIV/AIDS e também na produção nacional de genéricos.

A efetiva utilização da licença compulsória e demais flexibilidades previstas na legislação nacional e no Acordo TRIPS pode levar à diminuição do custo da política nacional de dispensa gratuita de medicamentos por meio do SUS, por exemplo.

É importante, contudo, buscar um equilíbrio entre a justa remuneração do detentor da patente e o interesse público, referente à proteção do consumidor e à promoção da saúde pública, para que o desenvolvimento tecnológico continue a ser estimulado no país por meio da exploração econômica da propriedade intelectual.

Bibliografia

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988;

BRASIL, Lei de Propriedade Intelectual, Lei nº. 9.279/1996;

BRASIL, Lei nº. 10.973/2004;

BRASIL, Ato Normativo nº. 135/97 do INPI;

BRASIL, Resolução nº. 54/2013 do INPI;

BRASIL, Decreto Presidencial nº. 6.108/2007;

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual, a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*;

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. 2ª Edição, 2ª Tiragem.

A REPRESSÃO AO PONZI NO BRASIL: OS LIMITES DA LIBERDADE DE SE DEIXAR ENGANAR

Joaquim Rafael Lima do Couto Soares

Advogado militante, graduado pela Universidade Católica de Pernambuco, especialista em Direito Processual pela Universidade Potiguar – RN. Professor da Faculdade Marista do Recife e da Faculdade Joaquim Nabuco. Coordenador de Pós-graduação da ESA - Escola Superior de Advocacia Rui Antunes da OAB – PE.

Sumário: 1. Introdução; 2. Ponzi, Conceituação e Breves Considerações Históricas; 3. Estruturas e Elementos do Ponzi; 4. O Ponzi Moderno, 4.1. O ordenamento e a Liberdade de Escolher; 5. Considerações finais.

RESUMO

O presente trabalho buscou, em primeiro plano, provocar a discussão sobre um problema de gênese econômica com fortes repercussões sociais e que suscita a tutela jurisdicional para o cidadão vítima e para o Estado no sentido deste último ser alcançado pela sonegação fiscal. Estudou-se o fenômeno de mercado denominado em economia de Ponzi, que na verdade são antigos golpes observados desde os primórdios da atividade comercial. Aprestam-se no artigo alguns novos elementos do estratagem que modernamente foram catalisados na facilidade de comunicação pelas redes mundiais de computadores e exaustivamente demandados pelos hábitos da vida moderna nas sociedades de consumo. Procurou-se, em um segundo momento, descrever de maneira sintética os elementos presentes no golpe em questão, o que se fez por pesquisa em diversificadas fontes, objetivando separar o embuste da salutar prática comercial aos auspícios da livre concorrência, em observância das fronteiras da liberdade de escolha do consumidor. Finalmente algumas sugestões foram colocadas para a análise e reflexão do leitor.

PALAVRAS-CHAVE: Ponzi; Crime Contar a Economia Popular; Liberdade de Escolha; Livre Concorrência, Direito Econômico.

1. INTRODUÇÃO

A busca por uma proteção jurídica aos mais vulneráveis economicamente, diante de uma economia que a cada dia se fixa mais na subjetividade dos valores comerciais, sob a sombra da concorrência profusa e agressiva, deflagrou a reflexão que justifica este artigo.

O estudo – parte inicial de um trabalho que se pretende posteriormente mais aprofundado – tentou ativar a discussão em torno de um tema que ainda não é suficientemente explorado pela doutrina jurídica brasileira.

O denominado esquema Ponzi, um artifício comercial irregular e ardiloso que explora a necessidade das pessoas de ascensão no status social econômico de maneira fácil e imediata, alcança valores que – dado a importância atual – facilmente desestabilizam a situação econômica das vítimas e do mercado, com consequências na segurança emocional e plenitude da liberdade no exercício da cidadania.

O mecanismo fraudulento não é resultado de técnicas comerciais modernas, ao contrário, registra-se há séculos, tampouco é tramado nas trevas de sórdidos porões, brota abertamente no mundo comercial, valendo-se de todos os meios de publicidade, principalmente sob o fácil patrocínio da comunicação eletrônica moderna em rede mundial de computadores.

A urgência para a discussão que se apresenta neste momento, todavia, surge da aceleração do processo fraudulento por dois fatores de gênese moderna: a importância que passou a ter o êxito profissional na aceitação social dos indivíduos; e, a liberdade de escolha que se impõe como uma espécie dogma do liberalismo econômico deste século.

Vencer na vida resume-se, pelo que se pode facilmente inferir do senso comum atual, é ter uma situação econômica estável. Um emprego seguro é disputado por milhares que objetivam os salários, a estabilidade, os auspícios dos órgãos governamentais; benesses e vantagens futuras em completo abandono ao vocacional e a qualquer valor altruísta, mormente aos que tocam o desenvolvimento humano. O crescimento populacional, entretanto, agudou a ponta da pirâmide social de oportunidades, os empregos divinizados pelo hodierno conceito médio ideal tornaram-se um Olimpo acessível a pouquíssimos escolhidos. Resta aos preteridos a inovação no sentido sociológico da palavra.¹

A ascensão ao status desejado por meios alternativos, diante da maior pressão e do menor acesso, adensa-se nos novos tempos, apesar de não ser uma característica exclusiva destes dias,

Quando uma sociedade estimula a interiorização de determinadas metas culturais, sem proporcionar aos indivíduos condições efetivas de alcançá-las, o comportamento anômico passa a ser uma tendência acentuada, pois os regulamentos ou meios institucionalizados perdem o sentido enquanto prescrição de comportamento legítimo para a busca daquelas metas².

A sociedade brasileira atual, não muito distante de todo o mundo ocidental moderno, coloca-se em posição de extrema fragilidade diante de uma parcela de seus cidadãos que parece acenar com um novo Eldorado em cada esquina. Os chamados golpes desdobram-se em negócios das mais variadas espécies abrindo o leque da elementar “corrente” de baixo impacto pecuniário à negociação de títulos acionários de multinacionais fictícias. Mimetizam empresas e executivos de importante penetração no mercado, vendem sonhos de prosperidade, revestem-se de tais sutilezas e apelos emocionais que acabam por cruelmente contar com a cumplicidade (e defesa ferrenha) das próprias vítimas. A efetiva prestação jurisdicional enfrenta, diante da tarefa de demover um incauto do que julga ser a sua tábua de salvação no naufrágio social, o desafio de proteger quem – muitas vezes – não se entende em situação de risco.

A princípio analisaram-se, neste artigo, alguns aspectos históricos do Ponzi com o fito único de ten-

tar dominar plenamente o conceito, posteriormente procurou-se uma exposição da legislação disponível no ordenamento pátrio visando mensurar o alcance da norma diante do problema como ora se apresenta. As já referidas sutilezas do mercado atual – fator efetivamente moderno nos golpes – facilitados por técnicas elaboradas de marketing de propagação “viral”, são abordadas de maneira a forçar uma melhor visualização da tênue linha que se esfuma entre um negócio legítimo em um mercado de concorrência acirrada, e um cruel embuste.

Por fim apresentaram-se algumas sugestões – incidentais e despreziosas – que se locaram aqui mais por provocação no sentido latino do termo³, do que pela defesa de uma posição doutrinária.

2. PONZI, CONCEITUAÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Ponzi é uma modalidade de golpe que incide sobre o mercado manipulando transferências de quantias em cadeia de associados. A comunidade econômica mundial observa-os em diversas modalidades ao longo da história, desde os relato do romancista vitoriano Charles Dickens⁴, até o recente caso Madoff⁵ em Nova Iorque. O mecanismo básico estrutura-se no volume de investimento de novas adesões em cadeia crescente, de modo que, um aderente coopte, por exemplo, dez novos, e, cada novo membro, em sequência, mais dez pessoas, rumando ao infinito em saltos progressivos. Por estas novas adesões cobram-se taxas (podem vir disfarçadas com taxa de seminário, treinamento, kit inicial, inscrição, filiação, etc. Com a promessa de devolução). Na transferência de valores, a fração de cada membro soma-se transferida ao nível imediatamente superior como um valor total significativo.

No Brasil, sazonalmente observa-se o surgimento desse tipo de golpe que recebe diferentes denominações como “correntes financeiras”, “pirâmides”, “aviões”, e, mais modernamente o modismo de marketing em cadeia (ou de níveis). Podem ter um produto ou um serviço real no comércio, todavia, muitos não vendem objeto algum. As cadeias progredem até que a sustentação calçada nas novas adesões atinja um ponto de estrangulamento, assim estacam, pois o que é matematicamente possível rumo ao infinito, não é factível no limitado mercado de pessoas dispostas ao investimento.

3 Provocar, do latim *Pro vocare*, fazer falar.

4 Charles Dickens, escritor Inglês (1812 – 1870)

5 Bernard Madoff, executivo preso em 2008, condenado a 150 anos de prisão por aplicar golpe milionário no mercado financeiro dos EUA envolvendo o Banco JPMorgan.

1 Inovação como sinônimo de comportamento anômico em que o indivíduo aceita as exigências das metas sociais, sem, contudo, aceitar as regras convencionais de ascensão.

2 VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à Sociologia*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 111.

O negócio, como já dito, nem sempre é de fácil detecção por encobrisse com múltiplos disfarces, principalmente nos que entregam algum produto ou serviço, estes interagem mimeticamente com a cadeia produtiva, produzindo, comprando, vendendo e contratando de maneira convencional. Um modo pragmático de detectar um Ponzi, todavia, é simplesmente observar que um vendedor direciona maior esforço e interesse para que cliente abordado adira à organização, do que propriamente adquira qualquer bem.

Uma atividade mercantil tradicional e lícita aloca os seus produtos no mercado, ressalta as peculiaridades e vantagens através da publicidade, facilita e estimula o acesso do cliente ao produto, estabelece-se (ou não) pelo preço e qualidade. Um Ponzi da mesma forma exalta o produto, oferece-o a preços atrativos (irreais para mais ou para menos), todavia condicionam os descontos e as vantagens à inclusão do comprador na empresa e consequente revenda, pois o que objetiva é a adesão multiplicadora. Mesmo a melhor qualidade do produto cai por terra ao ser notado que o bem vendido é um mero detalhe, a adesão de um novo membro (usam-se eufemismos do tipo: colaborador; supervisor; distribuidor; multiplicador, etc.), é para onde dirigem a obra de convencimento.

O Ponzi caracteriza-se, sobretudo, por um forte apelo psicológico que prioriza a convicção de que a adesão é um privilégio, neste sentido explana o economista Kaushik Basu⁶,

Como Madoff demonstrou tão bem, o Ponzi básico é um esquema de enriquecer rapidamente que, com um toque de magia de marketing, pode ser levado a prosperar – mas só até o esquema desmoronar. No Ponzi clássico, o golpista pode prometer um rendimento de 10% ao mês para persuadir alguém a investir US\$ 100. No mês seguinte, duas pessoas investem, cada uma, US\$ 100, e US\$ 10 são devolvidos ao investidor original. Dessa forma, o investimento piramidal continua crescendo. Começando com os US\$ 100 arrecadados no primeiro mês, e dobrando o número de investidores todos os meses, o rendimento no décimo mês chegará a US\$ 46.090. É por isso que pessoas que operam Ponzi bem-sucedidos acumulam riquezas enormes. A pegadinha é que não existe maneira graciosa de parar – a

*pirâmide inteira desmoronará quando não houver mais novos investimentos.*⁷

A complexidade de alguns Ponzi ainda suscita debates no mundo acadêmico. Há quem defenda o surgimento de Ponzi natural – como no caso das bolhas econômicas –, ou quem garanta que uma empresa pode passar de um Ponzi para um negócio perfeitamente lícito. O que se infere, todavia é que a generalização não deve ser superficial nem precipitada, tampouco estendida às tradicionais empresas de venda por catálogo com vendedores autônomos. O Ponzi alicerça-se na má-fé, na promessa que não se sustenta, na burla aos leigos explorados por encontrar-se em estado de simplória ignorância.

O esquema recebeu tal denominação em uma referência ao golpista Carlo Pietro Giovanni Tebaldo Ponzi (Itália 1882 – Brasil 1949). O italiano ficou mundialmente conhecido ao empreender vários esquemas financeiros fraudulentos em Boston - USA, no início do século XX, valendo-se do investimento de uma classe média fragilizada pelas crises econômicas. Os esquemas colapsaram deixando diversas famílias em ruínas. Depois de várias penas cumpridas nas prisões americanas, Carlo Ponzi migrou para o Rio de Janeiro onde morreu na mais absoluta miséria.

3. ESTRUTURAS E ELEMENTOS DO PONZI

Não há consenso entre os especialistas sobre as formas e elementos presentes no Ponzi, todavia nota-se uma maior incidência, principalmente em relação aos elementos, de algumas características que se repetem quase a exaustão nesta prática. O que se fixa uníssono é a observação que o intuito de burla dos engendrados do esquema procura a adesão do maior número possível de associados (vítimas), que pagam para aderir. Tal característica, além de constante, parece ser fundamental. O Ponzi trabalha com a progressão geométrica de adesões e é essencial que a novidade surpreenda os desavisados passando a súbita impressão que lhes será revelado um surpreendente segredo que equivale à pedra-filosofal do mercado. Assim, a adesão – que é o objetivo real do golpe – está inexoravelmente ligada à ignorância das vítimas em matéria de economia ou negócios. Formalmente, neste trabalho, denominar-se-ão tais elementos – a adesão taxada em progressão geométrica e a ignorância dos aderidos – de Elementos Estruturantes. Justifica-se a denominação metaforizando

6 Vice-presidente sênior e economista chefe do Banco Mundial e Professor de economia na Cornell University.

7 BASU, Kaushik, A Economia Ponzi. Scientific American – Brasil. Duetto Editora, São Paulo, ano 13, n. 146. P. 62 -63, jul. 2014

com a cultura agrícola: os vegetais apenas crescem se plantados em terreno propício; a busca de adesões em profusão só prospera na terra fértil da ignorância comercial.

O trabalho oferecido pela companhia consiste em espalhar anúncios pela Internet. Para participar, contudo, o colaborado tem que pagar uma taxa de adesão e comprar um “kit” que o habilita à função. A empresa oferece ainda o pagamento de comissão a quem trazer mais membros.⁸

Outra categoria de elementos comuns neste tipo de artifício são os de matriz atrativa, ou os carregados de apelos sedutores, por isso aqui denominado de Elementos Sedutores, são eles: a promessa de altos rendimentos em curto prazo; a fixação de um preço irreal para as mercadorias ou serviços; a inexistência de um produto específico.

Os Elementos Sedutores orbitam esferas psicológicas, consideram a ambição humana combustível inesgotável para a voraz máquina do Ponzi. As pessoas que satisfazem o Elemento Estruturante da ignorância comercial entendem possível uma alta remuneração com pouco esforço. Acreditam que são capazes do sucesso, basta, para tanto, conhecer a fórmula certa, afinal deduzem que a sociedade é pródiga em exemplos de gente que supostamente “venceu na vida”, sem qualquer trabalho.

A fixação de um valor irreal para os produtos ou serviços resulta da simples verificação do fato de não ser a venda de qualquer bem o objetivo do negócio. Os preços são avultados ou mesmo aviltados, podem servir de atrativo em um primeiro momento, mas entram na composição do esquema como uma espécie de alibi para justificar uma operação comercial. Neste diapasão vem – muitas vezes – a ausência total do produto ou do serviço, determinadas pirâmides sequer se preocupam em entregar algum bem ou prestar qualquer serviço. Todavia, os Ponzi mais duradores e estruturados, têm produtos (alguns até de boa qualidade), geralmente encomendado a empresas renomadas, o que passa ao associado mais seriedade no empreendimento, e, com isso estimulam o consumo pelo próprio vendedor, há campanhas de marketing interno que apregoam que não existe a possibilidade do associado perder o “investimento”, pois, caso não passe adiante o produto, fará um excelente negócio consumindo o próprio estoque. O

apelo é respaldado pelos benefícios que o consumo proporcionará, para tanto se valem de massiva publicidade interna por meios até mesmo subliminares que divinizam as propriedades excepcionais; o consumir é tido como um especial privilégio. A burla, como todos os golpes dirigidos aos incautos e bem intencionados, nutre-se cruelmente da credibilidade que conquista.

Listam-se alguns outros elementos subsidiários ao Ponzi, como: ausência de vínculos trabalhistas; movimentação em dinheiro; e, lucros mal documentados. Estes são da rubrica de sonegação fiscal, o que coloca o Estado, e em última instância o bem comum, como polo passivo, vítima igualmente do embuste.

A importância da repressão efetiva ao Ponzi ultrapassa os limites do individual para alcançar as esferas do coletivo, do social. A criminalização, situada atualmente entre os Crimes Contra a Economia Popular e o Estelionato suprem a parte criminal (com demasiada parcimônia), contudo não alcançam a repressão de modo preventivo, tampouco evidencia ou documenta a reparação civil por perdas e danos, neste último aspecto reconhece-se a dificuldade da materialização do dano – mormente o moral –, uma vez que, a vítima consente e contribui com a adesão espontânea, invertendo muitas vezes, inclusive, o papel do judiciário pondo-o de algoz quando a intenção é a efetiva prestação da proteção jurídica ao cidadão. Observaram-se no Brasil algumas manifestações públicas de repúdio à tentativa de fechamento de alguns Ponzi de notória nocividade para economia popular.

A Avenida Paulista foi parcialmente interditada no início da tarde por um protesto a favor da liberação da Telexfree. A manifestação, que reúne cerca de 200 pessoas, segundo a Polícia Militar, fechou uma faixa no sentido Consolação, na altura do MASP⁹.

A necessidade que se mostra premente no nosso ordenamento não é de base legal, existe uma carência de caracterização objetiva do esquema como uma prática danosa de ampla repercussão social. Há que se regulamentar a caracterização e fazer incidir sobre o golpe além das sanções criminais as de natureza reparatória.

Para efeito de visualização, abaixo um qua-

⁸ Protestos a Favor da Telexfree. *Folha de São Paulo*, 5 de ago. 2013. Cotidiano. Versão eletrônica. Disponível em <www1.folha.oul.com.br/cotidiano/2013/08/1321838-protestos-afavor-da-telexfree-interdita-faixas-da-paulista.shtml> Acesso 21 de ago. 2014.

⁹ Protestos a Favor da Telexfree. *Folha de São Paulo*, 5 de ago. 2013. Cotidiano. Versão eletrônica. Disponível em <www1.folha.oul.com.br/cotidiano/2013/08/1321838-protestos-afavor-da-telexfree-interdita-faixas-da-paulista.shtml> Acesso 21 de ago. 2014.

dro sinótico expondo os elementos do Ponzi referidos nesta explanação:

*midais mascarados podem assumir formas diferentes.*¹⁰

Tabela 01

Elementos Comumente Observados no Ponzi

Elementos Estruturantes	Elementos Sedutores	Elementos Subsidiários
Progressão Geométrica das Adesões - com a cobrança de Taxas	Alto rendimento em pequenos Lapso Temporal	Inexistência de Vínculos Trabalhistas
	Fixação de Preço Irreal da Mercadoria ou dos Serviços	Movimentação Preferencialmente em Dinheiro
Ignorância dos associados em Matéria de Negócios	Inexistência de uma mercadoria ou de um Serviço	Lucros Mal Documentados.

Fonte: O autor deste trabalho.

As repercussões, como dito, alcançam uma variada gama de direitos que urgem não mais serem encarados com desdém ou brandura. De modo sintético, para balizar a discussão, observe-se a sinopse abaixo como exercício especulativo:

Tabela 02

Percussão Sistemática do Ponzi

Objetiva	Subjetiva	Institucional
Inovação (amonia) Componente Cultural.	O Indivíduo Pessoa Humana	O Ser Direitos Humanos
Estelionato Componente Criminal.	O cidadão A Sociedade Política	A Polis Direitos Sociais
Sonegação Componente Fiscal.	O estado o Bem Comum	O Governo – República Direitos Fundamentais

Fonte: O autor deste trabalho.

4. O PONZI MODERNO

Um golpe para continuar existindo precisa manter a aparência de inédito, caso contrário, o mercado aos poucos vai aprendendo as técnicas e se prevenindo. O Ponzi se camufla com empresas de consultoria, operadoras de telecomunicações, financeiras, vendedoras de cosméticos, produtos dietéticos, material de limpeza, ou seja, um portfólio que se adapta às exigências de um multimercado com novos produtos e serviços,

Um Ponzi camuflado representa um desafio para reguladores, porque está entrelaçado a atividades perfeitamente legítimas. Aplicar regulamentos muito bruscamente para liquidá-los pode danificar tecidos saldáveis circundantes, e não ter controle sobre eles é arriscar o crescimento de malignidade. Além disso, esses esquemas pira-

Os tecidos saudáveis circundantes, aludidos pelo economista estão inseridos na cadeia produtiva de maneira lícita, gerando empregos e recolhendo tributos, alguns Ponzi modernos mostram-se como multinacionais presentes em dezenas de países, com produtos de qualidade inquestionável, todavia aplicam o golpe (parcialmente) na distribuição ou revenda como maneira de evitar os vínculos trabalhistas, uma rede de representantes legítimos ou o pagamento de comissão digna a vendedores legalmente amparados ou sindicalizados.

Na carência do amadurecimento comercial das vítimas – elemento estruturante – encontram o mais fértil terreno para plantar o que almejam. Utiliza-se de modismos que são passados em forma de palestras, livros e folhetos de autoajuda, mensagens motivadoras em uma verdadeira doutrinação que em nada fica a dever aos famosos congressos ideológicos observados ao longo da história. O convencimento passa por grandes eventos com cânticos entoados a plenos pulmões, jogos de integração, abordagens com teorias pseudocientíficas que se mesclam com ideias científicas pouco conhecidas como mecânica quântica e neurolinguística. O trabalho doutrinário é feito com técnicas modernas de fazer inveja à propaganda nazista, de modo que, a crueldade do método garante-se no sentimento de culpa da vítima. A doutrina convence a vítima, forjando exemplos bem sucedidos (no topo da cadeia), que se por acaso o novo associado não galgou o sucesso desejado, foi por motivação exclusiva dele. O sentimento de culpa obriga a vítima a amargar em silêncio a derrota, pois as oportunidades foram dadas, o produto é bom, os exemplos são claros, o associado deixou de cumprir uma das regras (que se multiplicam e mudam sempre), fez algo errado, fracassou por falta de capacidade pessoal.

As empresas modernas que se utilizam do Ponzi camuflado ou mesmo de um parcial (aplicado apenas na distribuição), perceberam que o estrangulamento da cadeia pode ser retardado com a construção de alguns “diques” ou barreiras que seguram o desmoronamento da pirâmide em níveis intermediários, assim, ao invés de subexistir apenas com a taxa de novas adesões ou “kits” iniciais, impõem uma cota de compra ao distribuidor (vendedor) condicionada ao repasse da comissão plena (no percentual conquistado). Deste modo, o vendedor intermediário tem que comprar obrigatoriamente

10 BASU, Kaushik op.cit. p. 63.

uma cota periódica de maneira a garantir a manutenção da comissão que recebe pela venda dos que estão abaixo dele, nos percentuais condizentes com o seu nível, ou seja, a dependência da taxa de adesão migra para os intermediários, o que garante a integridade da cadeia por mais tempo.

4.1.O ORDENAMENTO E A LIBERDADE DE ESCOLHER

O mudo capitalista atual parece não deixar opções ideológicas aos que não se adaptem ao leito de Procusto¹¹ da sociedade de consumo. Ao Cidadão ocidental conectado da modernidade resta apenas comprar e ostentar como forma de ser aceito. O liberalismo deste século, ao largo das crises econômicas, afasta-se da responsabilidade pelo sucesso ou fracasso econômico dos indivíduos. Ao fim de uma longa refrega ideológica entre o assistencialismo maniqueísta das esquerdas e o desdém às catástrofes sociais pelas direitas, chega-se ao século XXI com a nítida ideia que o liberalismo deve ter responsabilidade social, mas a iniciativa privada é um paradigma irrefutável. Reconhecer a ineficiência de um socialismo pragmático não significa necessariamente colocar o privado como único parâmetro aceitável, tampouco demonizar qualquer intervenção estatal.

Abordar a dicotomia do intervencionismo estatal neste aspecto, contextualizado com o direito de escolha do cidadão em aderir a um Ponzi, pode parecer que se traz à baila uma questão anacrônica e superada, e essa de fato deveria assim ser encarada, se não fosse uma crescente corrente neoliberal que insiste em rotular toda demanda social assistida pelo governo como uma volta ao socialismo soviético de inquestionável falência. Recentes demonstrações de forças do Partido Republicano estadunidense obstruindo a votação do orçamento da nação em repensaria ao plano de saúde de forte apelo social, subsidiado pelo governo, conhecido como “Obama Care”, demonstra que a questão não foi - nem de longe - pacificada, e, de certa forma explica porque vem de lá a maioria das empresas que adotam o ardiloso estratagema encoberto pelo véu da livre iniciativa.

Apesar de, na academia, economistas sensatos – há meio século – pregarem que tal preconceito perdeu todo o sentido,

A ação do Estado é necessária para remediar crises cada vez mais graves; é exigida para as economias de guerra ou de prepa-

*ração para a guerra; a formação de monopólio, a evolução das estruturas e ideias sociais e o progresso técnico tornam impossível o restabelecimento da livre concorrência. A liberdade econômica não pode ser o único princípio de funcionamento. Pois o quadro no interior do qual ela deve atuar não mais existe, nem pode mais ser reconstituído.*¹²

No caso do Ponzi é compreensível que seja preservado o direito do cidadão de aderir a qualquer negócio que lhe pareça atrativo, e das empresas adotarem livremente quaisquer métodos de venda, entretanto não se pode admitir uma contaminação da cadeia produtiva por um vício ético de repercussão, como visto, em áreas do Direito que são fundamentais à sociedade. Se a iniciativa privada fosse um axioma apodítico não teria a defesa ao consumidor nenhuma possibilidade de existir, ademais os golpes – apesar de multifacetados e tolerados –, não passam de golpes contra o cidadão e a economia popular, a dificuldade obsta-se pela caracterização.

Crimes contra a economia popular, estelionato ou mesmo sonegação, são claramente apurados se materializados no mercado regular e dentro dos parâmetros tradicionais, principalmente se a vítima provoca a prestação jurisdicional. No Ponzi moderno, como pôde ser observado, a vítima tende a se retrair em decepção, não apenas subtraída de valores patrimoniais, mas profundamente abalada em sua autoestima. O Ponzi é um crime, potencializado e viabilizado pela conjuntural estrutura da sociedade dos nossos dias.

Urge que seja caracterizado com parâmetros concretos para se ultimar punível.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação atende no Brasil, parcialmente, como exposto, à demanda social no sentido de repressão ao Ponzi. Há no Congresso Nacional (2014) um projeto que propõe a criminalização mais rigorosa das chamadas pirâmides, distinguindo inclusive, os golpes das organizações que o relatório denomina de empresas de “marketing multiníveis”, e propõe que um percentual (ao menos 70%) do faturamento do negócio deva ser proveniente da venda de produtos. Outra novidade na proposta de lei é a proibição do repasse da taxa de adesão como rendimento para outros níveis. Pode-se entender que a teleologia dos

11 Alusão a uma antiga lenda grega em que Procusto – salteador ladino – oferecia acomodação aos viajantes que cruelmente tinham que caber no leito oferecido para descanso noturno, se fosse o hóspede menor que a cana seria esticado; maior, cortado.

12 BARRÈRE, Alain. *Teoria Econômica e Impulso Keinesiano*, Editora Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1961. p.30.

legisladores fixa-se em coibir as pirâmides na forma mais elementar, mas não atinge o Ponzi do tipo parcial, tampouco os camuflados, a incompletude estampa-se na inexata delimitação do crime, correndo o risco de torna-se o que popularmente se chama de uma lei “curta” por cobrir uma parte e deixar outra descoberta.

O que falta, em conclusão, é a caracterização ou tipificação da atividade ilegal, quer seja na forma aberta ou camuflada, total ou parcial. Para que tal tipificação seja delimitada, melhor começar por separar a atividade ilegal e o ato de comércio.

Pode-se, a princípio, depois de feita a exclusão, visualizar-se uma separação “cirúrgica” do ato lícito do comércio, de um golpe ilícito.

Nesse sentido recorre-se a conceituação clássica,

Vidari formulou uma definição jurídica para o comércio, que a muitos juristas tem agradado, reproduzida nas lições do Prof. Inglez de Souza, que a considera satisfatória. “É o complexo de atos de intromissão”, define o grande comercialista italiano, “entre o produtor e o consumidor, que, exercidos habitualmente com fim de lucros, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza e da indústria, para tornar mais fácil e pronta a procura e a oferta.” Desse conceito decorreriam três elementos integrantes do comércio, essenciais para a sua caracterização jurídica e a do comerciante: mediação, fim lucrativo e profissionalidade (habitualidade ou continuidade).¹³

Ao perceber a prática ou a iminência do Ponzi o prestador jurisdicional perscrutaria se há presente com clareza os três elementos brilhantemente sintetizados por Rubens Requião: há mediação; fins lucrativos e profissionalidade?

Em um segundo momento inquiriria a respeito da presença dos elementos estruturantes (conforme quadro sinótico tabela 01. Deste artigo); verificar-se-iam, por último, os elementos sedutores e os subsidiários. De forma pragmática estaria caracterizado o Ponzi e toda nocividade consequente.

Ao ser caracterizado o “crime”, poderiam ser desdobradas as punições nas áreas criminais, cíveis

(na reparação dos danos às vítimas). E, finalmente, com a intervenção do Estado pela comunicação dos crimes fiscais. Estes últimos, inclusive, com a obrigatoriedade da satisfação dos Direitos Trabalhistas das vítimas (com retroatividade) que – flagrantemente – são sonegados com o vínculo empregatício dissimulado.

A seriedade com que se deve, neste país, enfrentar tais golpes, coloca-se mais do que necessária na recuperação da credibilidade comercial da nação. O Brasil, internacionalmente e mesmo entre os nativos, ainda ostenta pecha de falta de seriedade e comprometimento nos pactos comerciais. Muitos golpes deste gênero são – como ficou explanado – engendrados no exterior, todavia são recebidos aqui com excessiva benevolência pelos cidadãos e autoridades. Carlo Ponzi, golpista que inspirou a nomenclatura destes negócios ilícitos, não por acaso morreu no Brasil, fugido para o paraíso tropical, sonho de todo bom embusteiro da Europa e dos EUA, principalmente entre as décadas de 30 e 60 do século passado.

A provocação é que se estude, dentro da cientificidade e positivismo que ancoram o nosso Direito, uma maneira de delimitação exata do golpe tão pernicioso, em respeito ao cidadão e famílias vítimas e, sobretudo, em reverência aos empresários sérios que recolhem os seus tributos e trabalham na legalidade.

As sugestões apresentadas, inclusive com a demarcação dos elementos determinantes (ou delimitadores), não esgotaram a caracterização ou tipificação, nem estão neste trabalho postas com qualquer pretensão dogmática ou mesmo doutrinadoras. O esforço na oposição destes argumentos foi dialético – como deve ser todo trabalho na seara das ciências jurídicas – e fita a provocação salutar do debate.

Oxalá que se prestem estas ideias para que sejam laçadas por sobre fortes antíteses, e, assim eclodam novas e melhores teses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRÈRE, Alain. *Teoria Econômica e Impulso Keinesiano*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

BASU, Kaushik, A Economia Ponzi. Scientific American – Brasil. *Duetto Editora*, São Paulo, ano 13, jul. 2014.

13 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.1. Ed.26. São Paulo: Saraiva, 2005. P.9.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei N. 5.172 de 25/10/1966. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DICKENS, Charles. *David Copperfield*. Virtual Book. Obra de domínio público. Disponível em <www.terra.com.br/virtualbooks> Acesso em 25 de ago. 2014.

DIAS, Reinaldo. *Introdução à Sociologia*. 2.ed. São Paulo: Pearson, 2010.

DICIONÁRIO, *Latim-Português*. Cidade do Porto: Porto Editora, 2000.

EL PAÍS. *Bernard Madoff, executivo preso em 2008, condenado a 150 anos de prisão*. Disponível em <WWW.brasil.elpais.com/br/2014/01/06/economia1389028655_787248.html> Acesso 20 de ago. 2014.

ESTADÃO. *Entenda como funcionava o esquema de pirâmide Mardoff*. 12 de mar. 2009. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-como-funcionava-o-esquema-de-piramide-de-madoff,337644>> Acesso 25 de ago. 2014.

FRANCHINI A. S.; SEGANFREDO, Carmen. *As 100 melhores histórias da mitologia: deuses, heróis, monstros e guerras da tradição Greco-romana*. 9.ed. Porto Alegre: L&PM, 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Protestos a Favor da Telexfree*. Cotidiano. Disponível em <www1.folha.oul.com.br/cotidiano/2013/08/1321838-protestos-afavor-da-telexfree-interdita-faixas-da-paulista.shtml> Acesso 21 de ago. 2014.

GAZETA ON LINE. *Leis vão aumentar punição às pirâmides financeiras*. Disponível em <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2013/11/noticias/dinheiro/1467298-leis-va-aumentar-punicao-as-piramides-financeiras.html> Acesso 26 de ago. 2014.

PACHECO, Paula. O Estado de São Paulo. 18 de dez. 2008. *A história do Ponzi mostra que um dia a pirâmide cai*. Disponível <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-historia-de-ponzi-mostra-que-um-dia-a-piramide-cai,295587>> Acesso 25 de ago. 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.1. Ed.26. São Paulo: Saraiva, 2005.

VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à Sociologia*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A CONTRIBUIÇÃO DO LEILOEIRO PARA EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

César Augusto Aragão Pereira

Advogado e Leiloeiro Público Oficial de Instituições privadas e públicas no Estado de Pernambuco. Atualmente credenciado no Tribunal Regional da 6ª Região. Email: cesar.aragao@gmail.com

RESUMO

Adiscussão sobre como imprimir maior efetividade aos processos de execução trabalhista não é recente e vem sendo objeto de calorosos debates em diversas searas jurídicas. Após uma análise minuciosa dos atos processuais decorrentes do processo de execução trabalhista, verificamos a necessidade de realizar uma ampla abordagem jurídica eprática acerca do instituto da hasta pública à luz da legislação processual vigente, fazendo uma correlação às contribuições dadas pelo Leiloeiro Público Oficial para viabilizar a satisfação do crédito trabalhista executado. A atuação do leiloeiro tem propiciado uma redução de custos relevantes para a máquina judiciária pelo fato de este participar dos atos executivos e atribuir para si a responsabilidade da gestão do leilão, conferindo segurança e transparência a hasta pública. Desse modo, o trabalho realizado por esse profissional tem alavancado significativamente o valor das arrematações e permitido que os exequentes consigam receber o seu crédito de forma mais célere, contribuindo de forma direta na melhora dos índices de produtividade das varas concernentes à solução das execuções trabalhistas. Face os motivos expostos, pretendeu o presente estudo esclarecer aos operadores do direito acerca dos benefícios advindos da atuação do leiloeiro na busca por uma prestação jurisdicional cada vez mais eficaz.

Palavras-chaves: Leiloeiro. Hasta pública. Arrematação. Penhora. Efetividade Processual.

Sumário: 1. Introdução: A busca pela efetividade Processual; 2. Execução trabalhista: Atos executivos; 2.1. Penhora; 2.2. Hasta Pública; 2.3 Arrematação; 3. Vantagens da atuação do leiloeiro na condução da Alienação em Hasta Pública; 3.1. Auxílio ao juízo para realização de penhoras e ao setor de Hasta Pública na realização dos Leilões Judiciais; 3.2 Realização do leilão sob a modalidade Presencial e ele-

trônica; 3.3 Publicidade realizada sem ônus para o judiciário e para as partes; 3.4 Administração dos bens penhorados; 3.4 Contribuição para aumento substancial dos índices de arrematações, acordos judiciais, remições para satisfação do crédito trabalhista; 4) Da atuação do Leiloeiro em conjunto com a Central de Hasta Publica para a busca da efetividade jurisdicional; 5) Conclusões; 6) Referências

1. Introdução: A busca pela efetividade processual trabalhista

Ao longo dos anos os Tribunais do País vêm recepcionando um índice elevado de ações trabalhistas em virtude do aumento das relações de trabalho decorrentes da expansão da economia. Para atender essa demanda crescente, o Poder Judiciário tem investido na construção de fóruns em várias comarcas do interior, promovido diversos concursos públicos para aumentar o quadro de servidores e juizes, além de implantar o Processo Judicial Eletrônico (PJE) para propiciar maior celeridade à tramitação dos processos judiciais.

Não obstante, embora os investimentos realizados pelo judiciário trabalhista venham apresentando índices de solução de processos na fase de 1º instância considerados satisfatórios segundo dados estatísticos (de acordo com o portal do TRT da 6ª Região, somente em 2011 tramitaram 130.033 ações dos quais 90.165 foram julgados em 1º grau), é sabido que a cada 100 processos trabalhistas transitados em julgado, apenas 31 são efetivamente cumpridos pelos devedores, ou seja, os créditos trabalhistas de 2/3 dos processos transitados em julgado não são adimplidos (Lima, 2014).

Seguindo esse raciocínio, o grande desafio da execução versa essencialmente em viabilizar ao exequente a satisfação do crédito trabalhista executado de forma eficaz e mais célere possível, sem prejudi-

car, obviamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para alcançar tal objetivo, se faz necessário uma correta aplicação dos atos processuais praticados no curso do processo de execução a fim de evitar nulidades ou supressão de direitos do executado e de terceiros.

Nessa esteira, vamos analisar o processo na fase de execução trabalhista de forma ampla, considerando todas as implicações negativas trazidas a partir da não observância de alguns procedimentos/ atos processuais obrigatórios e buscando algumas soluções a partir da experiência profissional dos leiloeiros para melhorar os resultados das hastas públicas e minimizar as causas de incidentes processuais que contribuem para uma maior delonga do feito.

Execução trabalhista: Atos executivos

O processo de execução trabalhista está disciplinado na CLT, nos artigos 876 a 892, tendo como aplicação subsidiária as leis 5.584/70, 6.830/80 e CPC, respectivamente. Logo, o descumprimento do executado de um direito reconhecido através de título judicial ou extrajudicial (o artigo 586, do CPC que dispõe que “a execução para a cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”) implicará numa nova fase processual (que poderá ser impulsionada ex officio) onde o devedor será citado por Oficial de Justiça para efetuar o pagamento da obrigação em 48 horas, conforme reza o artigo 880 da CLT.

In casu, trataremos apenas da execução de pagar por quantia certa (definitiva), onde os bens do devedor (ou de terceiros a depender do caso) poderão ser expropriados forçosamente mediante penhora de bens do seu patrimônio para satisfazer o pagamento pecuniário da dívida trabalhista executada.

Desta forma, para o credor perceber o seu crédito (caso o executado não queira ou não possua recursos financeiros para arcar com o valor do débito trabalhista), será necessário o juízo adotar uma série de precauções quanto aos atos expropriatórios para assegurar a eficácia da execução, conforme demonstraremos a seguir.

2.1 Penhora

Nas palavras de Walter Vecchiato Júnior, a penhora é ato de afetação, que significa a constrição sobre determinado bem (imóvel ou móvel) no patrimônio do executado que prepara a expropriação rumo à satisfação do crédito (JUNIOR, 2008, P.81). Nesta toada, o Oficial de Justiça deverá penhorar

tantos bens necessários para satisfação do crédito, evitando arrolar bens de baixa liquidez.

No que concerne à problemática dos bens de Baixa “liquidez”, esclarece Redondo: “Registre-se, ainda, que “baixa liquidez” não significa “baixo valor” da coisa penhorada em relação ao valor executado. Nesse último caso, o bem possui satisfatória liquidez, mas sua penhora não é capaz de garantir o juízo, sendo necessário, portanto, o complemento da penhora” (REDONDO, 2007).

Nesse contexto, deve ser rechaçada a penhora de bens obsoletos e sem valor comercial, como é o caso de computadores antigos, máquinas industriais sem funcionamento, óculos de grau, alimentos perecíveis, entre outros, por estes não cumprirem o princípio basilar da Penhora que é oferecer a garantia da satisfação do crédito.

Obviamente, deve ser dada a devida vênua ao princípio da menor onerosidade ao executado bem como as regras de impenhorabilidade e inalienabilidade, os quais estão amparados precipuamente nos artigos 648 649, do CPC e legislação esparsa.

Por conseguinte, o Oficial precisa ser “cirúrgico” ao arrolar os bens do devedor afetados para evitar o excesso ou a insuficiência da penhora (vide art. 685, do CPC), pois ambos podem suscitar a nulidade do referido ato e assim prejudicar a execução.

No que se assevera acerca do rol de bens e direitos passíveis de penhora, cabe uma leitura do Artigo 655, do CPC,

- a) dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;*
- b) veículos de via terrestre;*
- c) bens móveis em geral;*
- d) bens imóveis;*
- e) navios e aeronaves;*
- f) ações e quotas de sociedades empresárias;*
- g) percentual do faturamento de empresa devedora;*
- h) pedras e metais preciosos;*
- i) títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;*

j) *títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;*

k) *outros direitos.*

Devido aos convênios celebrados com o Banco Central, Receita federal e Denatran, o Poder Judiciário conta atualmente com uma ferramenta conhecida como **Penhora OnLine** (BacenJud, Infojud e Renajud, respectivamente) que tem propiciado o pagamento do crédito de forma mais célere, todavia, ainda há muitos casos aos quais a penhora online não é possível, sendo necessário nessas situações a nomeação de leiloeiro nos autos para promover a alienação do bem do devedor em hasta pública.

Ao lavrar o Auto de Penhora e Avaliação, o Oficial de Justiça deve fazer uma descrição do bem pormenorizada, detalhar seu estado de conservação e certificar todas as informações coletadas acerca de possíveis ônus. É essencial atentar também, no caso de imóveis, a observância do art. 239 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que estabelece a necessidade da averbação da penhora no cartório de registro de imóveis, além de proceder com a intimação pessoal do executado e do cônjuge no ato para que estes tomem conhecimento e tenham oportunidade de se manifestar acerca da penhora.

Deve o Oficial de Justiça se precaver ainda de tirar fotos do bem que está sendo penhorado, pois essa medida ajuda o juízo a eliminar dúvidas concernentes ao estado de conservação do bem na ocasião da penhora (Ex: Um veículo que foi penhorado com pneus originais, mas na entrega foram apresentados pneus “carecas”).

Com base nesse exemplo, não restam dúvidas que a exibição das fotos dos bens penhorados reduz sensivelmente o índice de cancelamento das arrematações, pois é muito comum os arrematantes reclamarem a respeito do estado de conservação do bem no ato de sua entrega.

Outro problema recorrente que gera a frustração de diversas praças é o fato de ainda não existir um “Banco de Penhoras” para a vara registrar e consultar todos os gravames (penhoras) existentes sobre o bem penhorado. Por essa razão, muitas arrematações são desfeitas porque o bem já foi arrematado previamente em outro processo.

Caso houvesse esse controle, essas situações seriam evitadas e o credor poderia solicitar a penhora de outro bem ou mesmo requerer a sua habilitação na ordem de credores no processo onde ocorreu

a arrematação, em consonância ao art. 709 e seguintes do CPC.

Ademais, a incerteza da efetividade da arrematação causada pela falta de controle de registros de penhoras traz repercussão para o arrematante na sua intenção de arrematar ou na disposição em competir com lances mais vultosos, acarretando prejuízos e perda de tempo para todos os envolvidos: Arrematante, leiloeiro, executado e Poder Judiciário.

Neste sentido, a Penhora tem papel preponderante para a busca pela efetividade processual por ser o principal ato executivo do procedimento expropriatório e garantir ao juízo o cumprimento da obrigação, razão pela qual é salutar a adoção das medidas acima sugeridas para assegurar sua eficácia plena no plano material e processual.

2.2 Hasta Pública

A alienação por Hasta Pública tem caráter eminentemente público. Tem como finalidade a desapropriação forçada, efeito da lei, que representa a justiça social no exercício de seus direitos e no uso de suas forças reduzir o condenado a obediência do julgado. É entendida como ato processual de soberania do Estado que, pelo órgão judicial, expropria os bens penhorados do executado e transfere, a título oneroso, sua propriedade a terceiro. Portanto, é típico ato executivo. É ato de direito público. Ou, melhor dizendo, não é mais do que uma etapa do processo de execução (FERLIN, 2008).

Entretanto, para evitar a nulidade da Hasta Pública, deve ser feita a publicação do edital em observância do art. 888, da CLT, bem como da intimação do executado acerca da ciência da realização da praça/leilão para que possa se manifestar sob pena de preclusão.

Um advento importante trazido a partir da Lei 11.382/2006 foi a possibilidade de realização da hasta pública a partir do meio eletrônico. A partir da Resolução 92 do CNJ, o participante, caso cumpra os requisitos de habilitação, pode se cadastrar no site do leiloeiro para enviar seus lances eletronicamente e visualizar o leilão em tempo real.

2.3 Arrematação

A arrematação representa o ato processual ao qual o Leiloeiro, devidamente autorizado a partir da publicação do Edital de Hasta Pública, declara vencedor o licitante que maior lance ofertar (a partir do lance mínimo) para adquirir os direitos de proprie-

dade do bem penhorado.

Por derradeiro, assevera o ilustre jurista Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2013) de forma categórica a natureza jurídica da arrematação judicial:

A arrematação, a rigor, tem caráter dúplíce. Para o devedor, constitui verdadeira expropriação. Para o terceiro adquirente, caracteriza-se como modo de aquisição de propriedade.

Após confirmar verbalmente a arrematação, o leiloeiro lavrará o auto de arrematação, o qual seguirá assinado por este, pelo arrematante e pelo juiz, devendo o aludido documento constar a descrição completa do bem arrematado bem como as informações relacionadas ao processo, além dos dados completos do arrematante. Uma vez assinado pelo juiz e tendo o arrematante prestado à caução do lance no importe de 20% sobre valor (Art. 888, §2º da CLT), a arrematação tornar-se-á perfeita e acabada, ainda que venha a serem julgados procedentes os embargos, conforme reza o artigo 694, do CPC, in verbis:

Art. 694 - Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:

I - por vício de nulidade;

II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;

III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;

IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º);

V - quando realizada por preço vil (art. 692);

VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

Por outro lado, antes da homologar a arrematação, deverá ser observado ainda o disposto do artigo 690-A, do CPC, que prevê de forma expressa aqueles que estão impedidos de arrematar:

Art. 690 -A. É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens, com exceção: (Acréscitado pela L-011.382-2006)

I - dos tutores, curadores, testamentários, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade;

II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;

III - do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.

Depois da assinatura do Auto de Arrematação, caso não haja nenhum impedimento ou manifestação do devedor que pudesse ensejar na suspensão do feito (através da oposição de embargos) ou tenha exaurido todas as possibilidades do manejo de recursos, a arrematação findar-se-á com a expedição de mandado determinando a entrega do bem móvel do depositário ao arrematante ou com a expedição da Carta de arrematação (vide art. 703, do CPC) que lhe conferirá poderes para registrar o imóvel junto ao Cartório de Imóveis.

A arrematação judicial é considerada como ato originário de aquisição, se pressupondo, portanto, que o bem deverá ser entregue ao arrematanteli-vre, desembaraçado e sem ônus. Para tanto, deve o arrematante arcar apenas com as despesas relacionadas a transferência de propriedade do bem, a exemplo do ITBI no caso de bens imóveis. Corroborando esse entendimento, a 5ª Turma do STJ assim decidiu (PARIZATTO, 2011):

HASTA PÚBLICA. ARREMATAÇÃO. IMÓVEL COM DÉBITOS RELATIVOS AO IPTU. MENÇÃO EXPRESSA NO EDITAL DE PRAÇA E NO AUTO DE ARREMATAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o arrematante recebe o imóvel livre de quaisquer ônus, porquanto, havendo alienação em hasta pública, transfere-se ao credor o saldo após dedução dos impos-

tos, no limite da arrematação. 2. No caso de expressa menção da existência de ônus sobre o bem levado à venda pública, em estrita observância ao disposto no artigo 686, inciso V, da Lei Adjetiva Civil, caberá ao arrematante a responsabilidade pela quitação dos impostos devidos. Precedentes. 3. Recurso especial improvido”. (REsp n. 799.666/RJ, STJ, Quinta Turma T5, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/08/2009, publicado no DJe em 14/09/2009).

Com base no artigo. 130, do CTN, 1.116, do CPC e 1.499, do CC, as dívidas de natureza tributária cujos fatos geradores foram anteriores à arrematação serão sub-rogadas, representando um incentivo para o arrematante. Alguns juízes têm interpretado que a sub-rogação abrange também os débitos de natureza não tributária, como é o caso, por exemplo, dos débitos condominiais no caso de imóveis, todavia, não adentraremos nessa discussão face à ausência de uma jurisprudência uniforme sobre a temática.

3. Vantagens da atuação do leiloeiro na condução da Alienação em Hasta Pública

Dada as devidas considerações acerca dos atos executivos do processo trabalhista, cabe neste momento discorrer, de maneira mais enfática, acerca das contribuições dadas pelo leiloeiro público oficial para promover uma maior efetividade ao processo de execução.

3.1. Auxílio ao juízo para realização de penhoras e ao setor de Hasta Pública na realização dos Leilões Judiciais

Inicialmente, cabe reiterar que o leiloeiro na condição de auxiliar do juiz se equipara no exercício de sua função ao status de servidor público. Por esse motivo, após prestar termo de compromisso nos autos, o leiloeiro poderá ser consultado pelo juízo para se manifestar em relação ao bem penhorado quando houver fortes indícios de insucesso caso o mesmo seja indicado para alienação em hasta pública.

Naturalmente, não é interessante alienar um bem sem chances reais de ser arrematado, pois essa hipótese só beneficia o devedor. Portanto, o leiloeiro deverá expor ao juízo as razões pelas quais entende que aquele determinado bem provavelmente não teria sucesso em leilão, seja em função do valor da avaliação (excessivo ou insuficiente), por algum ônus não constatado anteriormente (Ex: o bem já foi arrematado em outro processo. Ex2: O imóvel está invadido e existe uma ação de desapropriação em curso)

ou até mesmo pela falta de interesse dos compradores baseado em estatísticas de leilões anteriores.

Para evitar tais situações, uma iniciativa importante do leiloeiro em conjunto com a Seção de Hasta pública para tornar a penhora eficaz consiste em contribuir com sua expertise na elaboração de um “Manual de bens Penhorados” a fim de situar o oficial a respeito dos tipos de bens de “maior e menor liquidez” em leilão judicial.

Além de opinar acerca da penhora, o leiloeiro analisa os processos a fim de informar a vara quando algum ato processual obrigatório deixa de ser praticados para evitar possíveis nulidades. Vale salientar que em muitos casos (quando há uma carência comprovada de servidores) o leiloeiro atribui para si a confecção do edital para conferência do juízo que irá promover sua publicação em diário judicial eletrônico.

Como prova da dedicação deste profissional para melhoria dos trabalhos, citamos o caso dos TRT da 6ª Região onde os leiloeiros credenciados da Capital celebraram convênio em 2011 para doação de 80 máquinas digitais para que os Oficiais de justiça pudessem tirar fotos dos bens penhorados. Além disso, os leiloeiros vêm arcando com diversos gastos extras por sua própria conta a fim de oferecer condições mínimas de conforto ao público e tornar possível à realização de leilões com elevada quantidade de processos em pauta de forma organizada e eficaz. Como exemplo dessas contribuições, citamos: contratação de internet banda larga para realização de leilão online, profissionais para realizar gravação audiovisual, oferecimento de coffee break para os arrematantes (TRT da 2ª Região), entre outros.

No tocante a execução do leilão propriamente dito, o leiloeiro ainda leva seus assessores para realizar todas as atividades importantes do leilão, seja a operação do sistema de leilão OnLine, gravação do leilão em CD, preparação das guias de depósito judicial (com acompanhamento das instituições bancárias), elaboração do auto de arrematação (em conjunto com os servidores do setor de hasta pública), além da equipe de apoio para atendimento do público presente, seja para esclarecer as regras do leilão como para prestar informações sobre os bens de maior interesse.

Além disso, a credibilidade do leiloeiro é fundamental para o arrematante sentir mais segurança ao investir em arrematações judiciais, pois já foi constatado que há uma grande parcela de investido-

res que deixam de participar de leilões judiciais por não conhecer com clareza os procedimentos pós-arrematação. Com o suporte do leiloeiro, os arrematantes se sentem mais motivados para participar, pois a morosidade para obter a propriedade efetiva do bem ou a possibilidade de cancelamento da arrematação (caso seja constatado algum vício no processo que possa ensejar na nulidade da arrematação) afastam muitos investidores e diminui as ofertas dadas no leilão.

Portanto, o leiloeiro oferece um rol amplo de serviços, sem nenhum custo para o Tribunal e as partes, a fim de assegurar eficácia à penhora no tocante à arrematação, propiciando maior dinâmica organizacional e eficiência quanto aos resultados financeiros da Hasta Pública.

3.2. Realização do leilão sob a modalidade Presencial e Eletrônica

Conforme exposto anteriormente, a realização do Leilão no formato OnLine & Presencial tem elevado consideravelmente os valores ofertados em hasta pública por promover uma disputa simultânea entre o público presente com os arrematantes “logados” no site do leiloeiro. De acordo com levantamento feito TRT da 6ª Região em 26.03.2014, havia o registro de 258 licitantes para participar de leilões na modalidade online, o que comprova o crescimento do interesse dos arrematantes pela utilização dessa ferramenta.

Por consequência, a redução de custos de arrematantes de outras regiões com despesas de deslocamento, alimentação, estadia, entre outros, tem refletido no aumento das propostas e isso tem sido um fator muito positivo.

Denota-se ainda que a manutenção e a operação do sistema do leilão (o qual não é barato, segundo levantamentos de mercado) são de responsabilidade exclusiva do leiloeiro e não acarreta nenhum custo para o Poder Judiciário e para as partes, o que representa uma grande vantagem por não onerar a execução e propiciar ainda mais transparência pelo fato de todos os lances ofertados ficarem registrados para domínio do público.

Cumprido salientar ainda que o sistema de leilão online é homologado pelo Setor de TI do Tribunal, o qual deve garantir a segurança e privacidade dos dados a partir de certificados de segurança.

Neste diapasão, o leilão eletrônico se trata de uma plataforma inovadora oferecida pelo leiloeiro qual vem ajudando a melhorar os índices de arrema-

tações, oferecendo economia, segurança e transparência para a Hasta Pública.

3.2. Publicidade realizada sem ônus para o judiciário e para as partes

Outra grande vantagem advinda da atuação do leiloeiro na condução da hasta pública reside no fato do leiloeiro realizar uma ampla publicidade do leilão sem nenhum custo tanto às partes quanto ao Judiciário. É incontroverso afirmar que para se obter a melhor oferta do mercado pelo bem é crucial realizar uma divulgação eficiente do leilão a fim de atrair o maior público interessado possível.

Para atingir tal fim, os leiloeiros empregamos mais diversos formatos de mídias de publicidade, tais como: divulgação no site, Mala direta (emails), anúncios em jornais de grande circulação, chamadas em rádios, panfletos, contato direto com compradores assíduos, entre outros.

Ademais, o contato pessoal do leiloeiro com o público comprador tem sido de grande valia, uma vez que o mesmo procura prestar o máximo de informações possíveis sobre o bem a fim de incitar o público a realizar ofertas pelos melhores valores possíveis. Como se sabe, o aumento das ofertas repercute no pagamento da sua comissão (no importe de 5% sobre o valor arrematado), portanto, é natural o leiloeiro se empenhar para garantir o melhor resultado possível a partir da alienação dos bens em hasta pública.

Outro fator crucial para o sucesso do leilão se refere ao fato do leiloeiro possuir um amplo banco de cadastro de arrematantes habituais (investidores), o que permite uma propaganda ainda mais eficiente e voltada para o público alvo para o tipo do bem que está sendo alienado. Com esse cadastro, o leiloeiro consegue traçar um perfil do investidor e com isso maximizar as possibilidades de venda a partir da divulgação direta para o público dirigido do bem específico.

Assim, fica demonstrado, mais uma vez, que o leiloeiro tem uma parcela de contribuição grande para o sucesso da arrematação por ele ser o responsável pelo planejamento da publicidade do leilão e por prestar as informações essenciais para os interessados obterem o estímulo necessário para realizar suas ofertas.

3.3. Administração dos bens penhorados

É de conhecimento público que a maioria dos

juízes tem enfrentando dificuldades em virtude da desativação dos depósitos públicos para guarda de bens penhorados. Como se sabe, a manutenção dos depósitos públicos representa um alto custo para o Judiciário que, conhecidamente, nunca teve condições de oferecer uma estrutura adequada para comportar a demanda de apreensões de bens penhorados.

A situação se agravou, sobretudo, após a decisão do STF que recepcionou o pacto de San José da Costa Rica e a partir disso o juiz não poderia mais determinar ao executado o encargo de fiel depositário sem a sua devida anuência, o que representou um sério risco para a efetividade da execução.

Diante dessa problemática, os juízes têm acionado frequentemente os leiloeiros oficiais credenciados para remover diversos bens penhorados, o que tem beneficiado a execução pelo fato do arrematante se sentir mais seguro por saber que o leiloeiro idôneo irá zelar pela integridade do objeto nas mesmas condições da ocasião da penhora, possibilitando a elevação de suas ofertas.

Essa iniciativa tem evitado diversos cancelamentos de arrematações, pois era muito comum o executado (normalmente indicados como fiéis depositários) entregar o bem bastante deteriorado como forma de retaliação. Tal comportamento acarretava em diversos prejuízos a execução pelo fato do juiz, nesses casos, precisar cancelar a arrematação e determinar um novo procedimento expropriatório.

Não beira dúvidas, portanto, que a administração dos bens penhorados sob a tutela do leiloeiro representou um ganho substancial para a efetividade da execução trabalhista, haja vista que o mesmo realiza um trabalho com zelo e profissionalismo, devendo apresentar ao juízo relatórios periódicos detalhando todos os bens guardados em seu depósito e oferecer sistema de segurança próprio a fim de assegurar a conservação dos bens penhorados apreendidos.

3.4 Contribuições para aumento substancial dos índices de arrematações, acordos judiciais, remiões para satisfação do crédito trabalhista.

A combinação dos serviços oferecidos pelo leiloeiro na realização do leilão na modalidade online, no planejamento da publicidade e na guarda de bens penhorados tem contribuído para o aumento exponencial do número de processos solucionados a partir da satisfação do crédito, seja através de arrematações, acordos ou remiões.

Tal vertente não se deu a toa, pois muitas vezes a perda do bem expropriado se torna muito mais onerosa do que o pagamento do débito trabalhista. Desse modo, quando o executado percebe que a arrematação é iminente face o trabalho de divulgação realizado pelo leiloeiro, o mesmo chega à conclusão de que é melhor pagar a dívida ou propor um acordo (se ficar devidamente demonstrado sua indisponibilidade financeira).

É notório que se o leiloeiro não estivesse à frente do leilão, as chances de frustração da praça seriam bem maiores, pois sem uma ampla publicidade dificilmente haveria público interessado suficiente para ofertar lances e provavelmente não haveria muitas remiões ou acordos.

Corroborando ainda mais com essa tese, somente no TRT da 2ª Região (onde temos registro de que é o Tribunal que trabalha de forma mais “integrada” com os leiloeiros), se constatou que a média de aproveitamento das hastas públicas incide em 82,51% em relação à quantidade dos processos relacionados, sendo que desse montante 53,32% são oriundos de arrematação e 29,19% por motivos de acordo, quitação e outros.

Esse resultado comprova, mais uma vez, a imprescindibilidade da atuação do leiloeiro na condução da hasta pública para se alcançar os índices apresentados, servindo essa meta como modelo para ser importada para as demais regiões.

4. Da atuação do Leiloeiro perante a Central de Hasta Pública para a busca da efetividade jurisdicional

Após algumas considerações acerca das vantagens trazidas pelo desempenho do leiloeiro para a busca da efetividade processual, merece igual importância relatar sobre o trabalho desempenhado pelo Setor de Hasta Pública na gestão dos leilões trabalhistas.

Importante frisar que tal setor tem suma importância para a execução em virtude de caber a este o papel de coordenar a hasta pública e fiscalizar os trabalhos dos leiloeiros credenciados do Tribunal, de acordo com as recomendações da Corregedoria.

Tal gestão implica em praticar todos os atos necessários para a realização da hasta pública, conforme elencamos alguns deles a seguir:

A) Digitação e Publicação dos Editais de Hasta Pública (Apenas em alguns TRT's)

B) Elaboração e planejamento do calendário anual de hastas pública.

C) Controle do cadastro de arrematantes (com poderes de inabilitar os arrematantes que descumprirem suas obrigações perante a hasta pública, como, por exemplo, deixar de efetuar o pagamento do bem arrematado no prazo legal).

D) Julgamento dos Embargos de Arrematação pelo Juiz Presidente da Hasta Pública (Apenas alguns Tribunais adotam tal sistemática, a exemplo do TRT-SP e TRT-RN)

E) Elaboração de estatísticas relacionadas à Hasta pública, como: arrecadação levantada a partir das arrematações, índices dos processos arrematados, sustados e sem licitantes, tipos de bens com penhoras mais frequentes, entre outros;

F) Elaboração de cartilha de bens apreendidos, a partir da colaboração dos leiloeiros, para dar subsídios aos Oficiais de Justiça acerca da média de preços dos bens arrematados e dos tipos de bens que possuem mais dificuldades de alienação em hasta pública.

G) Planejamento do leilão junto com os leiloeiros no tocante a definição do número de servidores para confecção dos Autos de Arrematação, supervisão de todo o aparato do leiloeiro utilizado para execução dos trabalhos (desde os equipamentos a equipe do leiloeiro), publicidade mínima para atrair público investidor, entre outros.

Assim, é extremamente recomendável haver um investimento maior no sentido de ampliar e capacitar o quadro de servidores lotados neste setor, promovendo, na medida do possível, encontros periódicos entre integrantes deste setor e leiloeiros a fim de discutir experiências exitosas de gestão realizadas em Tribunais de todo País. Dessa forma, a busca por uma maior efetividade processual passa também por um trabalho integrado do leiloeiro com o Setor de Hasta pública.

5. Conclusões: Como dar mais efetividade ao procedimento da Hasta Pública

Após uma análise panorâmica de todos os atos executivos do processo trabalhista e procedimentos judiciais relacionados à realização de hasta pública, ficou cabalmente demonstrado a importância estratégica do leiloeiro no curso do processo de execução trabalhista por auxiliar o juízo e viabilizar a satisfação do crédito trabalhista seja através de ar-

rematação, acordo judicial ou remição.

Restou comprovado também que é possível melhorar o desempenho dos resultados da hasta pública através da implantação de algumas medidas exequíveis, como a criação do banco de penhoras, a obrigatoriedade do registro dos fotos dos bens penhorados, entre outros citados anteriormente.

Contudo, apesar do leiloeiro ser um ator fundamental para a execução trabalhista, ao contrário do que muitos pensam, o ofício do leiloeiro na prestação de serviços no âmbito dos Tribunais Trabalhistas tem se mostrado bastante árduo, uma vez que muitos servidores não conhecem as vantagens do seu trabalho e, por essa razão, diversas varas têm adotado a posição de não trabalhar com leiloeiros.

Infelizmente, persiste na mente de muitas pessoas a falsa ideia de que os leiloeiros “ganham dinheiro fácil”, todavia, muitos esquecem que os leiloeiros oferecem um amplo rol de serviços (cujos custos são comprovadamente elevadíssimos) sem nenhum ônus para o tribunal, além de assumir diversas responsabilidades, inclusive oferecendo sua estrutura para servir como depósito público.

Merece registro ainda que a remuneração do leiloeiro é arcadada somente pelo arrematante no percentual de 5% do valor da arrematação, cabendo destacar ainda que muitos Tribunais não admitem o pagamento da comissão diretamente ao leiloeiro (É o caso do TRT da 6ª Região). Ou seja, o pagamento da comissão é consignado em depósito judicial e só é liberado quando o arrematante comprovar o recebimento do bem e tiver sua propriedade efetivamente registrada (o que poderá levar bastante tempo).

Tal regra foi introduzida em face do número considerável de arrematações desfeitas decorrentes dos motivos já elencados anteriormente, o que vem causando desestímulo em muitos leiloeiros pelo fato deles dependerem dessa receita para arcar seus custos publicidade, manutenção de depósito, sistema de informação, funcionários, etc.

Outro problema que tem dificultado a atuação do leiloeiro se deve ao fato da seção de hasta pública (a exemplo do TRT da 6ª Região) não gerenciar a hasta pública em todas as comarcas do Estado, deixando para o juízo da execução das comarcas distantes elaborarem seu próprio calendário de leilões sem a preocupação de montar uma pauta de processos a fim de atrair o maior número possível de interessados, conforme demonstraremos adiante.

Destarte, entendemos ser necessária a implantação de algumas medidas para promover uma maior efetividade processual a partir da colaboração dos leiloeiros:

1) Distribuição automática de processos designados para hasta pública:

Essa medida visa evitar a concentração de processos em determinados leiloeiros e dar oportunidade a todos os credenciados de mostrar o seu trabalho para ser avaliado posteriormente. Embora a CLT assegure a prerrogativa do juiz da execução indicar o leiloeiro, este não conta com as mesmas ferramentas de fiscalização que o Setor de Hasta Pública, razão pela qual, o Juiz da Hasta Pública deve assumir tal incumbência. Criando essa “concorrência saudável”, as varas saem ganhando porque o leiloeiro que quiser atuar ativamente na vara terá que se engajar cada vez mais.

2) Valorização e investimento no Setor de Hasta Pública:

É fundamental oferecer uma boa estrutura para o Setor de Hasta Pública realizar suas atribuições com plenitude, inclusive no tocante à fiscalização do trabalho do leiloeiro, que poderá ser descredenciado caso descumpra de forma culposa as determinações emanadas do setor. Assim, é fundamental haver uma integração do Setor de Hasta Pública com os leiloeiros credenciados a fim de introduzir uma melhor gestão dos trabalhos.

3) Regulamentar e introduzir mecanismos de controles para obtenção de uma administração eficiente dos bens penhorados:

Para melhorar o desempenho das diligências, é essencial a adoção das seguintes medidas a fim de assegurar ao leiloeiro condições para cumprir os mandados de remoção com presteza:

A) Estabelecimento de prazos exequíveis para o leiloeiro cumprir o mandado Judicial a fim de evitar que o Oficial de Justiça queira remover bens de difícil transporte, a exemplo de máquinas industriais, faltando pouco tempo para encerrar o prazo de cumprimento do mandado.

B) Possibilidade de o assessor do leiloeiro acompanhar a diligência e assinar o auto de remoção em seu lugar, haja vista ser impossível o leiloeiro atender sozinho e ao mesmo tempo as demandas de todas as varas.

C) Fiscalização do cumprimento de tabela de custas de remoção e estadia a fim de fazer jus às despesas do leiloeiro;

Desse modo, para assegurar mais eficácia às apreensões de bens penhorados, se faz necessário que leiloeiros e Oficiais de Justiça trabalhem de maneira cooperativa, pois ambos prestam uma grande colaboração à execução trabalhista.

4) Parcelamento de valores arrematados

Embora o Artigo 690, do CPC, faça previsão à possibilidade do pagamento parcelado da arrematação de elevado valor, alguns magistrados tem se mostrado resistentes em face da falta de previsão expressa na CLT. Todavia, a regra do parcelamento em muitos casos é determinante para viabilizar a obtenção do crédito trabalhista face grande parte dos arrematantes não estarem propensos a arrematar bens de grande valor de forma à vista em decorrência dos riscos que envolvem qualquer arrematação judicial. Sensível a essa demanda, a Corregedoria de alguns Tribunais, a exemplo do TRT da 23ª Região, já editaram Provimentos normatizando essa hipótese (12/2004).

Desta maneira, a regra do parcelamento dos valores arrematados deve ser aplicada no âmbito de todos os Tribunais do País a fim de possibilitar o adimplemento dos créditos trabalhistas de valores vultosos.

5) Coordenação dos leilões de todas as comarcas pela Seção de Hastas públicas e elaboração de calendário anual para realização de todas as praças no mesmo ato

Essa articulação talvez seja uma das mais urgentes a ser introduzidas para melhorar o desempenho dos leilões realizados em todas as comarcas do Estado. Como já esclarecido anteriormente, existe uma carência comprovada de servidores para supervisionar de forma mais eficaz os atos executivos decorrentes da hasta pública, além da disposição de estrutura física para realização de leilões. Lamentavelmente, a realidade atual mostra que muitas comarcas do interior ainda têm utilizados oficiais de justiça para realizar o pregão da hasta pública em calçadas ou estacionamentos do fórum, sem oferecer o mínimo de conforto para as pessoas ali presentes. Agrava-se ainda mais pelo fato de muitos juízes entenderem, equivocadamente, que o trabalho do leiloeiro “onera” a execução em virtude do pagamento da sua comissão pelo arrematante, o que tem gerado

um índice altíssimo de praças negativas.

Por essa razão, a implantação da Central de Hasta Pública unificada a partir da atuação dos leiloeiros Oficiais se mostra como uma premissa urgente para a busca da efetividade, pois está demonstrado que as varas necessitam de um suporte profissional para melhorar os resultados dos seus Leilões.

Além da criação da Central de Hasta Pública Unificada, é preciso disseminar a prática da realização dos Leilões na Modalidade OnLine & Presencial e estabelecer um calendário anual pré-definido a partir da criação de “Comarcas-Polos” onde se realizaria o leilão presencialmente agrupando processos de outras comarcas adjacentes da região. Assim, as pessoas participariam de leilões mais organizados e com uma oferta maior de bens de relevante valor comercial a partir de uma pauta unificada. Caso tais medidas fossem adotadas, todos os processos seriam beneficiados.

Feita as devidas análises, após uma profunda reflexão acerca das agruras que ainda permeiam a execução trabalhista, pretendeu este estudo esclarecer aos operadores do direito acerca dos benefícios aduzidos pela atuação do leiloeiro público oficial no curso do processo de execução trabalhista, pois, apesar dos leilões judiciais estarem ganhando mais destaque na cena jurídica, ainda há poucos estudos difundidos acerca dessa temática.

Enfim, acreditamos que somente investindo na valorização dos trabalhos dos leiloeiros e do Setor de Hasta Pública, conforme diretrizes traçadas neste estudo, é que finalmente conseguiremos mudar o panorama atual e alcançar de vez os índices de efetividade pretendidos.

6. Referências

PARIZATTO, João Roberto, **Penhora, Avaliação, Alienação, Adjudicação e embargo de terceiros**. 2ª Edição, Edipa, Leme-SP, 2011, p.217

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11ª Edição, LTR, São Paulo-SP, 2013, p.1214

REDONDO, Bruno Garcia. **Penhora**, 1ª Edição, Método, São Paulo-SP, 2007, p. 46

LIMA, Fábio Nunes. **Execução: Praça, Leilão, Lance Mínimo e lance Vil**. Disponível em: http://www.ambito--uridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11102&revista_cader-

no=25. Acesso em 04/04/2014

FERLIN, Márcia, **A Leiloeira no Sistema jurídico Brasileiro**. 1ª Edição, Passo Fundo-RS, 2007, p. 108

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/transparencia/leiloes-judiciais>. Acesso em 04/04/2014

TRATAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS ATRAVÉS DA BIORREMEDIAÇÃO: DA OBRIGATORIEDADE JURÍDICA À NECESSIDADE AMBIENTAL

Ingrid Zanella Andrade Campos

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pesquisadora da Linhares Geração em parceria com o Centro de Pesquisa e Projetos Tecnológicos (CPPT), em Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Auditora Ambiental Líder. Perita Ambiental Judicial. Coordenadora Acadêmica e Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da UNINASSAU, Recife/PE. Professora da Pós-Graduação na área de Direito Marítimo, Portuário e Ambiental da UNISANTOS/SP, da Faculdade de Direito de Vitória/ES, da UNIVALI/SC, da UFRN e da ESMATRA/PE, entre outras. Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE. Oficial Suplementar do Conselho da Ordem do Mérito Naval/Marinha do Brasil. Diretora Cultural da ESA/PE.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o monitoramento ambiental de atividades econômicas se tornou uma necessidade e um dever jurídico, com vistas a manutenção da qualidade ambiental e a prevenção de danos ao meio ambiente às presentes e futuras gerações.

A poluição ambiental, como restará esclarecido, é produzida pelo homem e está diretamente relacionada com os processos de industrialização. Assim, a poluição se divide em sonora, visual, atmosférica, da água, do solo e nuclear, onde o lançamento de águas residuais sem o devido tratamento, é forma direta de produzir a poluição da água.

Portanto, a relevância do tema, que envolve a manutenção da qualidade ambiental através da biorremediação de águas residuais é notória quando direcionada à saúde humana e ao bem estar social, razão pela qual, pretende-se analisar a obrigatoriedade e a importância do tratamento de águas residuais, considerando que deve haver condições e padrões de emissão adotados para o controle de lançamentos de efluentes no corpo receptor, não podendo haver qualquer lançamento dessas águas sem o prévio tratamento.

O presente artigo foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, constituído de livros e artigos científicos, bem como da análise da doutrina e legislação pertinente, sem, contudo, dissipar a teoria da vertente prática. Assim, a maior fonte de pesquisa envolve estudo que está sendo desenvolvido atualmente pela Linhares Geração em parceria com o Centro de Pesquisa e Projetos Tecnológicos (CPPT), em Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

O referido projeto de pesquisa envolve pioneiramente a biorremediação de águas residuais contendo contaminantes como óleos e graxas, entre outros que não atendem a legislação ambientais (com destaque as Resoluções do CONAMA que serão abordadas neste artigo). O tratamento de biorremediação é agregado ao estimulado do número de microalgas utilizadas através de fotobioreator, com o incremento significativo dessas microalgas (estimado a superior a 50 milhões de células por ml), com vistas a dar maior eficiência ao processo.

Considerando a ausência de norma legal específica que trate da biorremediação de águas residuais, tornou-se necessário enquadrar sua importância nos princípios ambientais, com vistas a possibilitar qualquer reivindicação pública a respeito da questão.

Como o trabalho lida com premissas gerais aplicadas à poluição, à manutenção da qualidade ambiental através de processo de biorremediação, aos princípios ambientais de forma ampla, buscando as aplicar no caso específico, desta forma, por ser tratar de um estudo aplicado e interdisciplinar, o método utilizado foi marcadamente o dedutivo, partindo-se de parte de uma ideia geral para conclusões específicas ao objeto do presente estudo.

2 DA OBRIGATORIEDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar expressamente sobre o meio ambiente, dedicando o Capítulo VI, do Título da Ordem Social, exclusivamente a essa matéria, além de abordar dessa temática em outros artigos do texto constitucional.

Em conformidade com o preceito constitucional retro, o meio ambiente não poluído, ou seja, ecologicamente equilibrado, passou a ser considerado um direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Logo, a Constituição Federal defende o desenvolvimento sustentável mediante a racionalização do uso dos recursos ambientais, da preservação e recuperação do meio ambiente e do controle da poluição e da degradação ambiental.

A expressão meio ambiente tem sua definição estabelecida na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. A mencionada Lei, no inciso I do art. 3º, conceitua o meio ambiente como sendo: “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”.

Segundo o inciso V, do mesmo artigo da Lei da PNMA, o meio ambiente natural compreende: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (denominados recursos ambientais).

No que tange à degradação e à poluição coube a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) o dever de defini-los de forma abrangente, visando proteger não só o meio ambiente, mas também a sociedade, a saúde e a economia, no art. 3º, incisos II e III.

Assim degradação da qualidade ambiental pode ser entendida como a alteração adversa das características do meio ambiente. Por sua vez, a poluição é a espécie da degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota ou as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Entre as normas de prevenção e controle de poluição enfatiza-se o dever de manter a qualidade ambiental em águas públicas, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela autoridade competente.

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA, Lei nº 6.938/1981) que tem como objetivo

geral a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propiciam à vida, visando assegurar no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Entre os objetivos específicos da PNMA enfatiza-se: a compatibilização do desenvolvimento econômico social, com preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, e estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais etc.

Neste sentido, em 08 de janeiro de 1997, foi publicada a Lei nº 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. A Lei nº 9.433/1997 elenca os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, da seguinte forma: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e, a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrente do uso inadequado dos recursos naturais.

Entre os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos destaca-se: reconhecimento da água como bem de domínio público e como recurso natural limitado, dotado de valor econômico; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas, da mesma forma que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, etc.

Como diretrizes da Política Nacional dos Recursos podem ser citadas as seguintes: gestão sistêmica dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

Percebe-se que a Política Nacional de Recursos Hídricos trouxe como diretriz e meta a necessidade de controle e manutenção de qualidade dos recursos hídricos na sua gestão.

Quanto ao estabelecimento de critérios e pa-

drões de qualidade ambiental aponta-se o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), foi instituído pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

O CONAMA possui competência, entre outras, de estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Para tanto o CONAMA elabora as resoluções, onde se destaca a Resolução no 357, de 17 de março de 2005 (parcialmente alterada pelas Resoluções 410/2009 e pela 430/2011), que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.

Segundo a Res. no 357/2005 deve haver condições e padrões de emissão adotados para o controle de lançamentos de efluentes no corpo receptor (corpo hídrico superficial que recebe o lançamento de um efluente), não podendo haver qualquer lançamento de águas residuais sem o prévio tratamento.

Destaca-se que o estabelecimento das condições para lançamento vai depender de cada espécie de água residual, como forma de evitar contaminação e degradação.

Segundo a Resolução no 430, de 13 de maio de 2011, os efluentes de qualquer fonte poluidora somente poderão ser lançados diretamente nos corpos receptores após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências dispostos na referida Resolução e em outras normas aplicáveis.

Igualmente, no que tange a qualidade de águas, destaca-se que a Portaria no 518, de 25 de março de 2004, do Ministério de Saúde. A citada Portaria estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Segundo a Portaria no 518/2004, do Ministério de Saúde, o controle da qualidade da água para consumo humano deve ser entendido como o conjunto de atividades exercidas de forma contínua pelo (s) responsável (is) pela operação de sistema ou solução alternativa de abastecimento de água, destinadas a verificar se a água fornecida à população é potável, assegurando a manutenção desta condição.

Por sua vez a vigilância da qualidade da água para consumo humano é o conjunto de ações adotadas continuamente pela autoridade de saúde pública, para verificar se a água consumida pela população atende à referida Portaria e para avaliar os riscos que os sistemas e as soluções alternativas de abastecimento de água representam para a saúde humana.

Desta forma, como meio de primar pelo direito ao meio ambiente não poluído, incube ao Poder Público e à sociedade o dever de manter e restaurar a qualidade ambiental em áreas degradadas.

Como apontado, a Política Nacional de Recursos Hídricos tem como objetivo assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, segundo as Resoluções do CONAMA.

A necessidade de se manter a qualidade ambiental está diretamente ligada a biorremediação de águas residuais, em face do devido tratamento dessas impossibilitando o despejo ilícito de águas poluídas. No mesmo vértice através do tratamento das águas se permite que as alterações adversas reconhecidas no meio ambiente, que consubstanciam degradação e/ou poluição, sejam controladas e remediadas a depender do sistema proposto.

As alterações adversas incluem aspectos químicos, que podem ser causadas por diversas atividades, como a agricultura, as explorações agropecuárias, o despejo indevido de efluentes, as atividades urbanas, as decorrentes de indústria, e demais atividades humanas. Da mesma forma, aspectos biológicos que ocorrem de forma natural nos ecossistemas através de interações no seio de espécies (competição, predação, etc.) e entre espécies (competição, predação, etc.).

Esclarece-se que biorremediação é a utilização de seres vivos, microrganismos, ou seus componentes na recuperação de águas ou áreas ambientais degradadas. Entre as diversas vantagens da biorremediação, além do baixo custo, há a importância de se utilizar uma tecnologia limpa e eficaz, além de envolver novo mercado para pesquisadores e cientistas, que pode se tornar uma realidade cultural nas indústrias e empresas.

Desta forma, torna-se cogente que o Brasil ingresse na busca da manutenção e da restauração da qualidade ambiental, como forma de garantir o meio ambiente não poluído às presentes e futuras gerações, entre as tecnologias limpas e sustentáveis, passa-se a explicar a importância da biorremediação de águas residuais.

3 DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA BIORREMEDIAÇÃO DE ÁGUAS RESIDUAIS

Atualmente, novas técnicas que enfatizam a destruição dos poluentes presentes nas águas residuais e visam um menor gasto energético têm sido desenvolvidas, entre essas formas é possível citar a biorremediação, inclusive através do uso de microrganismos, como forma de eliminar contaminantes ambientais de forma natural.

No que concerne à remediação e forma genérica, destaca-se a Resolução CONAMA no 314, de 29 de outubro de 2002, que dispõe sobre o registro de produtos destinados à remediação e dá outras providências. A norma em comento entende que são diversos os benefícios ambientais que podem advir da utilização adequada de remediadores na recuperação de ecossistemas contaminados, no tratamento de resíduos e efluentes, na desobstrução e limpeza de dutos e equipamentos. E entende por remediador o produto, constituído ou não por microrganismos, destinado à recuperação de ambientes e ecossistemas contaminados, tratamento de efluentes e resíduos, desobstrução e limpeza de dutos e equipamentos atuando como agente de processo físico, químico, biológico ou combinados entre si.

Com vistas a resguardar essas técnicas há a determinação na Resolução supra que os remediadores sejam ser registrados junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, para fins de produção, importação, comercialização e utilização. Assim, ficam dispensadas de registro os remediadores destinados a pesquisa e experimentação, exigindo-se para essas atividades a anuência prévia do IBAMA.

Entretanto, mesmo a biorremediação de águas residuais se constituindo como uma alternativa limpa e eficaz, bem como da obrigatoriedade de tratamento dessas águas, não há regulamentação normativa específica a respeito da matéria, sendo possível defender sua utilização através de uma interpretação sistêmica dos princípios ambientais. Isso, pois, o tratamento de águas residuais, através de tecnologias limpa e altamente eficiente, deve se constituir como uma obrigação, como forma de prevenir danos (poluição ambiental) e manter a qualidade ambiental.

Como visto, o desenvolvimento econômico em dissonância com a questão ambiental não se mostra mais possível, em face do reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do meio ambiente

não poluído como direito fundamental. Dessa forma, a temática ambiental aparece como conteúdo e como limite das atividades econômicas, diante da supremacia da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito à vida.

Nesse sentido, a sustentabilidade ambiental deve ser percebida através da necessidade humana de viver com saúde, dignidade e bem-estar, usufruindo, para tanto, dos bens ambientais dentro dos limites que não comprometam a existência desses recursos e não seja prejudicial ao meio ambiente.

A questão ambiental é matéria de interesse mundial. Em face de diversidade crescente dos problemas ambientais, no campo jurídico vem sendo instituídos princípios, que vêm alicerçando o Direito Ambiental, orientando a aplicação das normas jurídicas aplicáveis a essa matéria.

Portanto, com vistas a justificar a biorremediação de águas residuais como forma de evitar danos e poluição ambiental, é imprescindível que sejam analisados os princípios ambientais fundamentais de tal possibilidade.

Ora, ordem jurídica constitucional deve ser vista como um sistema de princípios e normas. Primeiramente se encontram as normas, como mandamentos definitivos que traçam condutas em face de situações jurídicas pré-determinadas. E os princípios, que preceituam o que pode ser feito, perante as possibilidades de conduta que podem se caracterizar, com uma ampla margem de flexibilidade de aplicação e ponderação (ALEXY, 1993. p. 6).

É inexecutável um sistema jurídico formado unicamente por uma dessas categorias, um sistema constituído somente por regras formaria uma realidade jurídica de limitada racionalidade prática. E, elaborado apenas por princípios levaria a um ordenamento inseguro pela ausência de determinação que somente a regra é capaz de patrocinar (CANOTILHO, 1998. p. 188).

Os princípios são, portanto, os instrumentos que veiculam os limites e o conteúdo valorativo do ordenamento jurídico, de caráter abstrato e genérico, influenciando a concretização e interpretação das normas. Permitem a atualização do sistema jurídico, em face da evolução social, e das necessidades que surgem, ou seja, eles tornam possível a adaptação do direito à complexidade social.

Neste sentido, primeiramente, cita-se o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa ambiental está assinalado no Princípio 17 da Decla-

ração de Estocolmo de 1972, no Princípio 11 da Declaração do Rio de 1992 e no texto da Carta Magna, no caput do art. 225 e nos arts. 23, III, VI, VII, IX e XI, e 24, VI, VII e VIII).

Esse princípio pressupõe que o Poder Público tem a obrigação de atuar na esfera administrativa, legislativa e judicial na defesa do meio ambiente, constituindo um poder/dever, por conta da natureza indisponível desse bem. Contudo, como a própria Constituição Federal prevê que essa atividade estatal não é exclusiva, mas sim compartilhada com a participação direta da coletividade.

O princípio da precaução foi consagrado na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Princípio 15, orienta que os Estados devem adotar medidas precaução visando a evitar danos irreparáveis ao meio ambiente, de forma que a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como motivo para postergar providências eficazes em decorrência das despesas para evitar a degradação ambiental. Destarte, o princípio da precaução tem como característica a incerteza do dano ambiental.

Isso importa em afirmar que enquanto houver controvérsias no plano científico, no tocante aos efeitos nocivos de determinada atividade sobre o meio ambiente, em observância a esse princípio o empreendimento deverá ser evitado.

Esse princípio está previsto na Constituição brasileira, por exemplo, quando exige prévio estudo de impacto ambiental para licenciamento de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV).

Segundo Maria Luiza Granziera, o princípio da precaução determina que não se licencie uma atividade, toda vez que não se tenha certeza de que ela não causará danos irreversíveis ao meio ambiente (GRANZIERA, 2011, p. 62).

Logo, em conformidade com esse princípio, é imprescindível prevenir as ocorrências de danos ambientais antes mesmo que eles aconteçam e, em caso de dúvidas sobre os efeitos nocivos ao meio ambiente sobre a implantação de uma determinada atividade, deve-se sempre escolher a proteção do meio ambiente, porque a vida das gerações presentes e futuras depende do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O princípio da prevenção parte da suposição de que a reparação ou a recomposição do meio am-

biente desequilibrado é, na maior parte das vezes, difícil, ou até impraticável, além de demasiadamente onerosa. Por isso, devem ser adotadas medidas preventivas com vistas a evitar ou minimizar o máximo possível a ocorrência de danos ambientais. Esse princípio está inscrito na Declaração do Rio/1992 (Princípio 17) e na Declaração de Estocolmo de maneira implícita (Princípios 2, 3, 5, 6 e 7).

A diferença entre o princípio da prevenção e o da precaução está na avaliação do risco que ameaça o meio ambiente. A precaução é considerada quando o risco é elevado, tão elevado que a certeza científica deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva. Assim esse será aplicado nos casos em que qualquer atividade possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis (KISS, 2004, p. 11).

O princípio da cooperação em matéria ambiental se aplica em dois níveis: no âmbito internacional e nacional. No campo internacional, esse princípio está assentado no entendimento de que as atividades degradadoras ambientais podem ultrapassar os limites territoriais de um país e repercutir no domínio de outros Estados, uma vez que o meio ambiente é um todo interligado e interdependente. Desse modo todos os Estados devem cooperar na defesa do meio ambiente. A Declaração de Estocolmo, os Princípios 17 e 24 ressaltam a importância dessa cooperação internacional na seara ambiental, como também o Princípio 27 da Declaração do Rio/1992.

Para concretização da cooperação internacional em matéria ambiental, é imprescindível que os Estados repassem informações entre si nos casos de possíveis ou efetivas ocorrências de danos ambientais capazes de ocasionar prejuízos transfronteiriços, promovam o auxílio mútuo, entre outras medidas.

No plano nacional, a cooperação entre o Poder Público e a sociedade na defesa do meio ambiente tem sua previsão no Princípio 10 da Declaração do Rio/1992. Esse princípio está, também, consagrado no caput do art. 225 da Constituição Federal, quando impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente para às presentes e futuras gerações.

O mais importante, o princípio do desenvolvimento sustentável teve seu fundamento no Princípio nº 13 da Conferência de Estocolmo/1972, contudo a expressão desenvolvimento sustentável foi empregada no Relatório Brundtland. Esse princípio decorreu dos efeitos prejudiciais decorrentes do modelo do desenvolvimento econômico adotado mundialmen-

te que não levava em consideração a necessidade de salvar os recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades. Esse modelo de desenvolvimento pressupõe a integração harmônica entre crescimento econômico, justiça social e equilíbrio ecológico.

Para Guido Soares desenvolvimento sustentável nada mais significa do que inserir nos processos decisórios de ordem política e econômica, como condição necessária, as considerações de ordem ambiental (SOARES, 2001. p. 81).

Espelha, igualmente, a preocupação mundial em promover o desenvolvimento econômico e social de forma ecologicamente sustentado, que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de prover às próprias necessidades. Essa premissa do desenvolvimento sustentável deve fazer parte das políticas públicas e das atividades econômicas promovidas pela sociedade.

Nelson Nery afirma que a ordem econômica está vinculada ao desenvolvimento econômico em concomitância do social. Para atingir tal desiderato, a atividade econômica precisa ser planejada de maneira integrada, onde a atuação econômica estatal deverá ser integrada a um planejamento ambiental que racionalize o aproveitamento energético, aquático e que esteja comprometido com a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A atuação econômica também precisa estar integrada à pesquisa científica e tecnológica, em que toda a orientação está voltada para a promoção do bem estar dos cidadãos (NERY JUNIOR; NERY, 2009. p. 639).

Na Constituição Federal, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se delineado no artigo 225, caput, e o artigo 170, inciso VI, da Carta Magna tem também esculpido esse princípio demonstrando claramente a preocupação do legislador em proteger o meio ambiente, não obstante a importância do desenvolvimento econômico para o país.

Portanto, não há como dissociar os princípios ora destacados do processo de biorremediação de águas residuais, considerando que o processo envolve tecnologia limpa, de baixo custos, tendente a evitar atos de poluição e degradação ambientais, com destaque ao princípio da intervenção estatal obri-

gatória na defesa ambiental e do desenvolvimento sustentável.

4 CONCLUSÃO

De acordo com a Constituição Federal, é dever da coletividade em conjunto com o Poder Público preservar e defender o meio ambiente, por ser esse reconhecido como direito humano e fundamental inerente à vida digna, das presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, a biorremediação de águas residuais se constitui como uma necessidade, por ser forma eficaz de manter a qualidade ambiental, onde a adoção de uma política preventiva é indispensável, inclusive embasada na necessidade de precaução e prevenção ambiental.

Por sua vez, denota-se a importância de se observar os mencionados princípios ambientais que buscam conferir harmonia ao sistema jurídico, de forma a assegurar a boa aplicação das normas jurídicas voltadas proteção do meio ambiente, com vistas, ainda a fundamentar a biorremediação de águas residuais.

Para tanto é preciso uma maior interação de esforços entre os órgãos públicos, o empreendedor e a sociedade, no que tange à fiscalização e ao monitoramento, através de uma atuação multidisciplinar permanente, bem como do fomento de estudo de novas tecnologias ou da aplicação de tecnologias já existentes no monitoramento e na biorremediação ambiental.

REFERÊNCIAS

LEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 2º ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2011.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). Princípios da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

PRESOS SEM IMAGEM

João Vieira Neto

Advogado Criminalista em Pernambuco. Secretário-Geral da Comissão de Assistência e Defesa das Prerrogativas, OAB/PE. Conselheiro Estadual OAB/PE.

Antonio Tide Tenório Albuquerque Madruga Godoi

Advogado Criminalista em Pernambuco. Vice-Presidente da Comissão de Assistência e Defesa das Prerrogativas, OAB/PE. Conselheiro Estadual OAB/PE.

Resumo: O direito de preservar sua imagem é inerente a cada cidadão. Deve, portanto, o Estado fazer valer tal preceito fundamental, sobretudo aos que estão sob sua guarda, custódia ou proteção. Não se defende que o anonimato impere de forma absoluta, pois o direito da sociedade a ser bem informada, também é regra básica. Entretanto, com a elaboração do texto, buscou-se sopesar tais princípios fazendo preponderar o que de mais caro possa valer à sociedade e chegou-se à conclusão de que o direito à imagem é do preso e dever inalienável do Estado.

Os noticiários têm trazido imagens de presos do complexo penitenciário do Curado, no Recife/PE. Dias atrás, no mês de janeiro do ano em curso, foram expostos tais reclusos, em rede nacional, utilizando celulares e facas. A cena pitoresca de gladiadores vis travando contenda no pátio é emblemática e mostra, sem sobra de dúvidas, a falência do sistema prisional, que vivera em clima de rebelião. Muitos assistiram ao vídeo com a sensação de animalização das pessoas e se perguntaram como o Estado permite tamanha “liberdade” no sistema carcerário. Nós, além de tal questionamento, perguntam-nos sobre os direitos e deveres dos presos provisórios, como é o caso, dentre eles, em especial, o direito de ter sua imagem preservada, porque estariam sob o manto, guarda e proteção do Estado-Poder.

Sabe-se que à luz do Art. 5º, inciso X, da Carta Cidadã de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, sendo tal medida constitucional adequa-se, também, aos presos, pois o inciso XLIX assegura-lhes o respeito à integridade física e moral. Nesse sentido, o art. 41, VIII, da Lei nº 7210/84 dispõe, no rol de direitos, a “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”, muito embora não exista presídium equânime ao idealismo programático da legislação em vigor.

O Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes realizado em Genebra em 1955 trouxe, em seu artigo 61, as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos. Tais regras também foram aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, a saber:

61. O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas. Assistentes sociais colaborando com cada estabelecimento devem ter por missão a manutenção e a melhoria das relações do recluso com a sua família e com os organismos sociais que podem ser-lhe úteis. Devem adotar-se medidas tendo em vista a salvaguarda, de acordo com a lei e a pena imposta, dos direitos civis, dos direitos em matéria de segurança social e de outros benefícios sociais dos reclusos.

Também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, tratou da matéria de proteção dos direitos da humanidade, com o respectivo reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Naquela declaração consignou-se que os atos bárbaros, que vilipendiaram a consciência coletiva foram resultantes do desprezo pelos direitos humanos, sendo os maiores desejos do homem a liberdade de expressão, de crença e viver livre do medo e da necessidade.

Ainda, foi considerado que os direitos humanos devem ser protegidos pelo Estado de Direito, onde o homem não deveria ser premido de se rebelar contra a opressão dos tiranos, passando a humanidade, de tempos em tempos, por massacres.

Nesse contexto, em prol do homem atingir a garantia de seus direitos, logicamente, é necessário, primeiramente conhecê-los. Isto só ocorrerá, quando pelo menos os direitos fundamentais forem disseminados de modo universal. O Artigo XI, da Declaração Universal de Direitos Humanos, especialmente em seu artigo XI, estabeleceu o princípio do estado de inocência, transcrito em várias Constituições ao redor do globo, qual seja:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Já o Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, tratado que o Brasil é signatário, traz em seu artigo 11 a proteção da honra e da dignidade das pessoas: *“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade - Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”*

Condensando as disposições constitucionais e legais acima descritas, é ilustrativo colacionar trecho do voto do Desembargador Nereu José Giacomoli, atuando na relatoria de correção parcial nº 70052478433, perante a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, em 28 de fevereiro de 2013:

“O direito à imagem constitui direito fundamental previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, X. A doutrina já firmou entendimento no sentido de que o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos - eficácia vertical. Há discussão doutrinária na eficácia horizontal - relação entre particulares.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet explicitou: “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a

presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição” (Eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

Dessa forma, o próprio Estado não pode ser o violador do direito à imagem de pessoa acusada de praticar um delito, não havendo, sequer certeza do cometimento do fato pelo cidadão.”

De outro lado, no campo jornalístico no Brasil, com brilhantismo, alertou Marco Antônio Natalino¹, em decorrência das características inerentes à posição periférica do país, em face do alto índice de “analfabetismo funcional”, que:

“Entre as características principais da televisão frente aos outros meios jornalísticos, está a produção em larga escala de ‘fatos-ônibus’ (Bourdieu, 2000), que seriam aquelas notícias que tendem a apresentar um certo consenso social. Os fatos-ônibus não negam a lógica da notícia como veiculadora de eventos atípicos e extracotidianos; apenas, tais eventos possuem baixa probabilidade de gerar dissenso social, servindo sobremaneira para a manutenção da ordem simbólica na sociedade. Os programas de variedades e de esportes cumprem bem essa tarefa, mas o mesmo não se pode ser dito do telejornalismo policial, que constrói notícias a partir de acontecimentos conflituosos. Nesse caso, os telejornalistas tendem a operar uma ‘normalização’ do conflito, amparando-se em vozes autorizadas dos meios de controle social formal para a construção de uma narrativa que reafirme os valores sociais vigentes, as normas legais instruídas e, especialmente, as punições impostas aos que rompem com a ordem.”

Tendo em vista a força impregnada nas matérias jornalísticas, parece claro que deve haver uma limitação natural destas e da publicidade em geral. Suas confrontações prendem-se ao próprio *jus narrandi*, ao passo que a divulgação da imagem vai além, toma outros horizontes e ultrapassa todas as fronteiras, principalmente, com o advento da internet e das redes sociais, inclusive, expõe, *in casu*, expôs, o próprio Estado ao ponto de um Secretário de Estado, simplesmente, pedir demissão em caráter irrevogável.

Isto porque, esse aparente conflito de interesses tem em seu centro o ser humano. Desse modo, não pode o Estado inverter a ordem de deveres ao tempo em que, o sensacionalismo e a exploração comercial perseguem apenas a venda de jornais ou pontos no Ibope.

Jeferson Pereira² foi extremamente feliz em consignar trecho de uma ordem de *Habeas Corpus*, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal – STF, vejamos:

“Vivemos, nos tempos atuais, o Estado espetáculo. Porque muito velozes e passáveis, as imagens têm de ser fortes. A prisão tornou-se, nesta nossa sociedade doente, de mídias e formas sem conteúdo, um ato de grande teatro que se põe como se fosse bastante a apresentação de criminosos e não a apuração e a punição dos crimes na forma da lei. Mata-se e esquece-se. Extinguiu-se a pena de morte física. Mas instituiu-se a pena de morte social.”

Seguindo o mesmo raciocínio, nos autos do Habeas Corpus nº 91.952/SP, a Ministra Cármen Lúcia, ainda, disserta, e temos por negritar, que: **“O ser humano não é troféu para ser apresentado por outro, inclusive com alguns adereços que podem projetar ainda mais uma situação vexaminosa e de difamação social”**.

O que se quer dizer é que ao se expor o próximo, se expõe toda a sociedade. Inclusive, aos que, inadvertidamente, imaginam que as imagens devem ser divulgadas, a fim de demonstrar as mazelas do sistema penitenciário, fica a mensagem de que os reclusos ali expostos à mídia, sem exceção, estavam alheios aos prejuízos de ver sua figura (publicidade específica) ou filmagem ser exposta em meios sensacionalistas, podendo serem perseguidos e sofrerem retaliações.

Não foi por acaso que houve o desenvolvimento, por parte dos Estados Unidos da América – EUA, entre a década de 50 e 60, da teoria da rotulação ou *labelling approach*. Segundo esta teoria, há quem afirme que a mídia e a sociedade em geral podem influenciar no etiquetamento do preso. Ou seja, a imprensa e a sociedade rotulam o autuado, causando-lhe a morte social. O *labelling approach* é designado na literatura por enfoque do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da *“reação social”*, do *“controle”* ou da *“definição”*.

Segundo Vera Andrade³, os principais doutrinadores sobre o tema são: H. Garfinkel, E. Gofmann, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker E, Schur, T. Scheff, Lemert, Kitsuse, entre outros, pertencentes à *“Nova Escola de Chicago”* como o questionamento do para-

digma funcional, até o momento, dominante dentro da Sociologia norte-americana.

Esses pensadores desenvolveram a lógica de que não há disponibilidade do próprio Poder Público quanto à autorização de divulgação de imagens de reclusos provisórios ou reeducandos, em situação de extrema depreciação moral, de logo, alheios aos interesses desses e sob o manto da legalidade. De forma alguma, por óbvio, poder-se-ia atrelar sua fisionomia em estantes televisivas, com a exploração comercial ou sensacionalista de seu direito à privacidade, independentemente de onde estejam.

Assim, mesmo em casos como o noticiado no início deste artigo, não se pode, à margem da legislação posta, vilipendiar direitos, que deveriam ser resguardados pelo próprio Estado, em prol, de, inevitavelmente, garantir divulgação de imagens intramuros de reclusos, em situação de extrema insegurança.

Sabe-se, porém, que num passado não tão distante são encontradas decisões em que a divulgação da imagem do preso não caracterizava afronta ao princípio, que protege sua imagem. Colaciona-se, por exemplo, o voto do Desembargador Pedro Bernardes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, ao discorrer em julgamento em apelação interposta por um preso, diante de sua imagem divulgada nos meios de comunicação:

“Se em reportagem veiculada foi noticiada a prisão e reproduzida a informação prestada pelo Delegado responsável pelo ato acerca do perfil daquele que foi preso, não há que se falar em dever de indenizar. Nesta hipótese o princípio da liberdade de imprensa e do direito da população de ser informada se sobrepõe ao direito de inviolabilidade da honra e da imagem.”

Claro que o precedente citado está na contramão dos preceitos legais e constitucionais vistos acima. Tanto o é, ante aos pergaminhos julgados no Tribunal da Cidadania, Superior Tribunal de Justiça - STJ, atento às violações de uso de imagem, houve a edição de súmula (403) com a seguinte redação: **“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”**, norteando-se em diversos precedentes, dentre eles: Resp 270.730, 3ª Turma e

¹NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**, IBCCRIM: São Paulo, 2007, pp. 51/52.

²PEREIRA, Jeferson Botelho. **Perspectivas da colisão de direitos fundamentais: Direito de imagem do preso e a duplice necessidade de administração da Justiça e manutenção da ordem pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3997, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28214>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Resp 1.200.482, 4ª Turma.

Nessa senda, se até mesmo a utilização de fotografia em peça denunciatória é ilegal, muito mais o é o uso da imagem dos custodiados, seguindo o profuso entendimento do Ministro Og Fernandes, nos autos do 4HC 88.448, quando ressalta:

“A meu sentir, a inserção da fotografia do acusado na vestibular viola, de fato, diferentes normas constitucionais, dentre as quais destaco o direito à honra, à imagem e também o princípio matriz de toda a ordem constitucional: o da dignidade da pessoa humana.”

Há mais, é mandamento constitucional a garantia de inviolabilidade à honra e à imagem. Noutro ponto, é previsto o direito a indenização para essa violação. Veículos de comunicação, face à crescente empreitada tecnológica por divulgação e fins eminentemente econômicos/publicísticos, a exemplo da matéria jornalística veiculada, que tratou de regalias e da completa ausência de fiscalização por parte do Estado no sistema penitenciário, no chamado, até então e somente, Presídio Aníbal Bruno, atualmente, Complexo Penitenciário do Curado, dever-se-ia respeitar tais determinações de ordem maior.

Sobre o tema, Renato Marcão dispõe que:

“[...]o Direito, é certo, que deverá ser interpretado tomando-se por base sua condição de pessoa humana, ainda que seja às restrições permitidas no ordenamento jurídico. É preciso ter lógica e coerência na interpretação das regras proibitivas, seja para impedir ou permitir a prática de determinada conduta.”

De outra banda, mas se somando ao que foi dito, a exposição sensacionalista de imagens de presos se degladiando em ambiente de cárcere, portanto hostil, ao mesmo tempo expõe o próprio sistema penitenciário, o preso, o Poder Público e aquece na própria sociedade um sentimento de insegurança, porque, em raciocínio retórico, se o Estado não consegue manter a ordem intramuros, como poderá assegurar os seus cidadãos?! Nesse esquadro, Cláudio do Prado Amaral disserta:

“Quanto à sociedade, esta vem assumindo uma posição de alienação e fuga ao mesmo tempo. Ignora sua responsabilidade pelo evento criminal, e concomitantemente esconde-se desse fenômeno, ou melhor, protege-se dele o mais eficazmente, recorrendo

³ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 39.

a expedientes defensivos como condomínios fechados, segurança privada, blindagem de veículos etc. Dessa forma, não somente contribui para o isolamento ideológico, como também se polarizam as reações sociais do ‘bem’ e do ‘mal’.”

Além de tudo, o saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, na década de 90, em razão do sistema carcerário, que mudou bastante, infelizmente, para pior em quantitativo, inapropriedade e ressocialização, de um lado inserindo o recluso em ambiente extremamente degradante, diante de dialética contemporânea, afirmou:

“[...]é do conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a insensibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou.”

Anota o artigo 20, do Código Civil, à exceção, quando prevê a necessidade de autorização de exposição à imagem ou, não se adequando ao momento, quando a divulgação de imagem atender ao interesse da Administração da Justiça ou, ainda, se for importante para as questões de ordem pública.

Não é o caso, em nossa opinião, de prevalência e supremacia do interesse público, em virtude de haver colisão entre os direitos de quem será assistido pelo próprio Estado e a exploração midiática, sem autorização prévia, dos que serão expostos, para fins outros senão o da própria informação, indistintamente, e sem amparo legal.

Inclusive, o fiscal da lei (Ministério Público Federal) casuisticamente, há algum tempo, no estado vizinho da Paraíba, expediu recomendação nº 09/2009, em que proíbe presos ou pessoas sob a guarda do Poder Estatal a manter contato com a imprensa, salvo se houver consentimento prévio à exposição. A referida norma é objeto de Ação Cível Originária nº 1518, em tramitação junto à Suprema Corte, sem resolução de mérito, porquanto a exposição pública destes é, inegavelmente, abusiva e *contra legis*.

⁴ STJ - HC 88.448, 6ª T., MINISTRO OG FERNANDES, j. 06.05.2010, p. 02.08.2010.

⁵ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**, Saraiva: São Paulo, 2004, p. 30.

⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**, IBCCRIM: São Paulo, 2003, p. 230.

O Ministro do STF, Gilmar Mendes, enfrentou o tema e verificou em caso concreto que, dentro das diretrizes, que limitam o direito à privacidade, salvo quando houver o consentimento do indivíduo, aqui se leia preso, e houver utilidade no sentido estrito se legitima a exposição da imagem, senão vejamos:

“É importante frisar que não basta a veracidade da notícia sobre um indivíduo para que se legitime a divulgação. Cobra-se, além disto, que a divulgação não se destine meramente a atender à curiosidade ociosa do público, mas que vise a se constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade onde que vive. Haverá sempre, ainda, que aquilatar o interesse público como o desgaste material e emocional para o retratado, num juízo de proporcionalidade estrita, para se definir a validade da exposição.”

Isto porque, como já disse Norberto Bobbio, citado por Fábio Capela: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

No mesmo sentido, o juiz federal, Erik Wolkart:

“Já é hora de o estado atentar que o direito penal não é vingança social, luta de classes e muito menos a solução para séculos de equívocos administrativos. Muito pelo contrário a que se considerar não somente a natureza do crime, cuja gravidade já está imantada no montante da pena fixada, mas também a personalidade do réu a finalidade da pena e infelizmente as condições da escola do crime, mas conhecida como sistema carcerário (sic).”

Por fim, entende-se que o Estado (materializado nas polícias, centros de detenções provisórias ou penitenciárias) deve existir como instrumento de efetivação de direitos do cidadão, respeitando e sendo respeitado, vital para o cidadão como a água e o oxigênio para a vida, mas sempre como via de mão de dupla, sendo imprescindível para, nas palavras de Luc Ferry, tratar-se de filosofia baseada na razão, ética e justiça.

O Estado não pode permitir, muito menos, ser o rotulador de criminosos. Ao contrário, deve promover a justiça e paz social.

LINS E SILVA, Evandro. Revista Veja, 22 de maio de 1991.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120547&caixaBusca=N>

Assim, parece óbvio que o direito de imagem do preso repousa sob a lógica de que o sistema penitenciário, em detrimento de sua exploração sensacionalista, no ambiente de cárcere, sobretudo, busca preservar um direito individual, manter a ordem jurídica, assegurar limites às ações e legitimidade ao próprio Poder Público sem, portanto, permitir colisões entre direitos fundamentais, resguardando a imagem do seu custodiado como dever inalienável e indelegável.

Referências Bibliográficas:

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**, IBCCRIM: São Paulo, 2003, p. 230.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 39.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24. (texto mencionado por Fábio Bergamin Capela, no Boletim do IBCCRIM, nº 169, Dez/2006, ano 14 p. 15.

In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120547&caixaBusca=N>, acesso em 14.1.2015.

LINS E SILVA, Evandro. Revista Veja, 22 de maio de 1991.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**, Saraiva: São Paulo, 2004, p. 30;

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2ª ed., Saraiva: São

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2ª ed., Saraiva: São Paulo, 2008, p. 383.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24. (texto mencionado por Fábio Bergamin Capela, no Boletim do IBCCRIM, nº 169, Dez/2006, ano 14 p. 15.

Juiz Federal Erik Navarro Wolkart, em notícia vinculada no Consultor Jurídico, <http://www.conjur.com.br/static/text/68702,1>, acessado em 14/1/2015.

Paulo, 2008, p. 383.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**, IBCCRIM: São Paulo, 2007, pp. 51/52.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Perspectivas da colisão de direitos fundamentais: Direito de imagem do preso e a dúplici necessidade de administração da Justiça e manutenção da ordem pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3997, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28214>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

STJ - HC 88.448, 6ª Turma, Ministro Og Fernandes, j. 06.05.2010, p. 02.08.2010.

TJRS – Correição Parcial n.º 70052478433, Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, j.28.2.2013.

WOLKART, Erik Navarro Wolkart, em notícia vinculada no Consultor Jurídico, <http://www.conjur.com.br/static/text/68702,1>, acessado em 14.1.2015.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DO RECIFE/PE

AUTOR

nacionalidade, estado civil, profissão, portador da cédula de identidade nº _____, no ato representado por seu genitor, o Sr. ____, nacionalidade, inscrito no CPF/MF sob o nº _____, portador da cédula de identidade nº _____ [DOC. 01]; ambos domiciliados na Rua _____, [DOC. 02], vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados que ao final subscrevem, com fulcro na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. nº 6.949/09); art. 6º, art. 23, inc. V, art. 206, inc. I, e 208, inc. III, todos da Constituição Federal; e arts. 273 e 461 do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Em desfavor do ESTADO DE PERNAMBUCO, pessoa jurídica de direito público interno, cuja procuradoria jurídica está situada na Rua do Sol, 143, Santo Antônio, Recife/PE; pelas razões de fato e de direito adiante expendidas:

PRELIMINARMENTE

Versando sobre os direitos de pessoa com deficiência, esta demanda está acobertada pela prioridade de tramitação consagrada em âmbito judicial pela Resolução nº 02/2005/STJ, o que de logo fica requerido.

Por último, diante da urgência que enfeixa o caso, sem prejuízo do recebimento da presente e, sobretudo, sem comprometer a apreciação do pedido de liminar, este causídico declara que irá apresentar a procuração no prazo indicado no art. 37 do Código de Processo Civil, assumindo a responsabilidade por todos os atos praticados.

DOS FATOS

O ora Autor, estudante de escola pública estadual [2º grau – DOC. 03] é pessoa com deficiência e, pois, está **albergado pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Dec. nº 6.949/09) – tratado internacional de direitos humanos assinado pelo Brasil e aprovado no Congresso sob as condições especiais descritas no §3º do art. 5º, Constituição Federal.** É pessoa com deficiência intelectual e tem transtorno de déficit de atenção com hiperatividade conforme pareceres médicos anexos [CID nº

10F79.1 – DOC. 04-08], enquadrando-se na previsão do artigo 1 (“Propósito”) conjuminado com a letra “e” do Preâmbulo,¹⁻² ambos da Convenção.

Estando regularmente matriculado na Escola _____ [DOC. 03] – próxima à sua residência e fisicamente acessível aos seus genitores que também são pessoas com deficiência –, principia o ensino secundário este ano. Sendo pessoa com deficiência, e estudante, o AUTOR tem direito à **educação inclusiva**, o que pode ser entendido como:

[...] o processo de adequação da escola para que todos os alunos possam receber uma educação de qualidade, cada um a partir da realidade com que ele chega à escola, independentemente de raça, etnia, gênero, situação socioeconômica, deficiências etc. É a escola que deve ser capaz de acolher todo tipo de aluno e de lhe oferecer uma educação de qualidade, ou seja, respostas educativas compatíveis com as suas habilidades, necessidades e expectativas³. (grifamos).

EXA., a preleção doutrinária tem amparo normativo-constitucional, conforme demonstraremos ao longo desta; a deficiência está nos ambientes ain-

1 “Artigo 1 “Propósito”

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (grifamos).”

2 “e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a **deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes ao ambiente** que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, (grifamos).”

3 SASSAKI, Romeu Kazumi. “Artigo 24 – Educação”. In: *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – versão comentada*. Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital (coords.). Brasília: Corde, 2008, p. 101.

[...];

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; (grifamos).

Interpretando o texto normativo à luz do caso concreto é importante destacar que o Estado não cumpre o dever estabelecido no preceito constitucional com a simples integração do ora REQUERENTE no mesmo ambiente escolar de pessoas sem deficiência; a admissão de matrícula e o convívio com outras pessoas sem o apoio pedagógico especializado, não garante direito algum! A inclusão social do AUTOR, leia-se, **a concretização de seu direito fundamental à acessibilidade, pressupõe, consoante a letra “b” do item 2 do art. 24** (supra transcrita), **o emprego de medidas que propiciem a “igualdade de condições”** do ora Autor em relação aos demais alunos. Em formato de pergunta: considerando que AUTOR é pessoa com deficiência intelectual, a simples admissão e frequência na escola estabelecem sua igualdade perante os demais alunos?

O raciocínio não apresenta embaraços...

Em nível infraconstitucional, o preceito normativo é ressoado pelo art. 4º, da Lei nº 9.394/94,⁶ mas é o art. 58 do diploma fixador das diretrizes e bases da educação nacional (LDB) que trata da “educação especial” (inclusiva) da pessoa com deficiência. *In verbis*:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (Redação dada pela Lei nº

6 Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

[...];

c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

[...];

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

12.796, de 2013)

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil. (grifamos).

A relevância do tema motivou o legislador a aumentar ainda mais a sua densidade normativa, disciplinando-o, igualmente, no art. 53, incs. I, II e III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/09).⁷

Como parte da diversidade humana, enquanto pessoa com deficiência intelectual e com transtorno de atenção com hiperatividade, o ora Autor é titular do direito à educação especial fornecido em rede pública de ensino, havendo o correlato dever do Estado de Pernambuco em garantir o gozo deste direito.

No particular, são indispensáveis medidas discriminatórias em sentido positivo; medidas conducentes ao equilíbrio factual em relação aos demais alunos. **Para que o AUTOR tenha as mesmas condições de aprendizado e desenvolvimento que os demais, impõe-se seu acompanhamento por profissional (apoio pedagógico) em sala de aula (art. 59 da LDB), mas também no contraturno; a medida é um simples desdobramento do dever prestacional imposto pela Convenção (Dec. nº 6.949/09).** Eventual omissão do Estado configura uma discriminação em sentido negativo (artigo 2, “discriminação por motivo de deficiência) – voltaremos ao ponto adiante.

SR. JUIZ, sob o pálio da Convenção (Dec. nº 6.949/09) não é a pessoa que se adapta ao ambiente, senão o ambiente (social, físico, cultural, virtual etc.) que tem o ônus de se adaptar à diversidade humana;

7 “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – direito de ser respeitado pelos seus educadores; III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores”.

da não adaptados à riqueza da diversidade humana (artigo 3, “princípios gerais”, letra “d”, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Dec. nº 6.949/09).

Muito bem.

A propositura se volta para o futuro, isto é, tem por desiderato garantir que, **com o início do ano letivo para o próximo dia 10 de fevereiro na escola estadual em alusão**, seja determinado ao Estado de Pernambuco que cumpra os deveres estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Dec. nº 6.949/09), empregando as tecnologias necessárias para preservar o direito fundamental à acessibilidade na dimensão educacional. Tecnicamente, é o que a doutrina chama de tutela inibitória, notadamente, em seu escopo de evitar um ilícito a um direito fundamental.

A despeito do caráter prospectivo da demanda, sabe-se que a acessibilidade é negligenciada pelo Estado, malgrado seu dever constitucional de promovê-la. É neste contexto que o quadro narrado deve ser compreendido.

DO DIREITO

1 – DO DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO EM GARANTIR A EDUCAÇÃO INCLUSIVA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O direito à educação é um direito social albergado pelo art. 6º da Constituição Federal, sendo da **responsabilidade comum** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a promoção de medidas para garantir a fruição deste direito (art. 23, inc. V, CF). Nesta responsabilidade estão abrangidas as medidas necessárias para realizar a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, inc. I, CF). No mesmo passo, também impondo um dever ao Estado, colhe-se preceito constitucional específico às pessoas com deficiência (art. 208, inc. III, *in verbis*: “**III - atendimento educacional especializado** aos portadores de deficiência, **preferencialmente na rede regular de ensino**” – grifamos). Tudo isso, sem ignorar o dever anterior, e de maior abrangência, contido no art. 227, inc. III, também da

CF.⁴

Mas o texto da CF não tem a mesma sofisticação da **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Dec. nº 6.949/09), conhecida por Convenção de Nova Iorque**, que em sua dimensão internacional e seu inegável simbolismo histórico, também disciplina o direito à **educação inclusiva (art. 24)**. Antes de transcrever este artigo, não é ocioso recordar que a **Convenção é norma de hierarquia constitucional**, sendo o primeiro tratado de direitos humanos aprovado em nosso país sob o rito das emendas à Constituição (art. 5º, §3º, CF). Além desta hierarquia, **ostenta natureza de direito fundamental, uma vez que seus preceitos foram desvelados a partir da dignidade da pessoa humana**.⁵ Seu artigo 24, institutivo de um dever ao Estado, impõe o fornecimento de um ensino de qualidade, respeitando-se a diversidade da pessoa humana, isto é, sem discriminação. Vejamos:

Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

[...];

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

4 “Ar. 227 [...]: II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”.

5 Na síntese de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

Artigo 4

Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

[...];

i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

[...]. (grifamos).

EXA., o dever do Estado de Pernambuco está devidamente fundamentado em normas de índole constitucional. Em se tratando de um direito pretensional, afeto às políticas públicas estaduais quanto à educação, a ontologia de direito fundamental legitima o Poder Judiciário a intervir para determinar as medidas que possam dar concretude aos direitos prometidos. A temática não fica ao alvedrio do legislador, conforme veremos adiante.

2 – DA LEGÍTIMA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PRESERVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Consoante registrado em linhas transatas, e com arrimo no art. 6º, *caput*, art. 23, inc. V, art. 206, inc. I e art. 280, inc. III, todos da Constituição Federal; outrossim, com especial fundamento no já citado artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Dec. nº 6.949/09); o Estado é responsável em garantir o direito social à educação, em igualdade de condições, para as pessoas com deficiência, a chamada “educação inclusiva”; direito de ontologia fundamental.

No tocante às políticas públicas, não tanto pelo caráter pródigo da Constituição Federal, senão e, sobretudo, pela ineficiência do aparato estatal, é recorrente a invocação da “reserva do possível” como apelo retórico ao seu sistemático descumprimento.

Sucedo que, o efetivo ou potencial, descumprimento de direitos fundamentais, não se furta ao controle jurisdicional. No que respeita ao orçamen-

to, suas limitações, sabe-se que a questão envolve prioridades. Em boa ocasião, o tema **não** se cinge à discricionariedade do Administrador, dado existir uma clara **priorização constitucional** pela concretização do **mínimo existencial**. Cediço que os gastos públicos são otimizados quando voltados, primordialmente, à efetivação dos direitos fundamentais sociais, o que é entendido **por maximização do mínimo existencial**,⁸ e **que integra o núcleo do conceito de dignidade da pessoa humana**⁹; transferindo-se o ônus argumentativo para o Demandado¹⁰.

Mais uma vez remetendo o raciocínio ao Recurso Extraordinário nº 440.028, do voto do Min. Marco Aurélio colhe-se a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em pauta. Segue o excerto:

[...]. *Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra O Espírito das Leis, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração Pública a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem as opções da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados. (grifamos).*

É a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. nº 6.949/09) quem dá a palavra final sobre o assunto. Restringindo a discricionariedade do administrador, e instituindo novo dever

8 CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 389-390.

9 Ibid., p. 393.

10 Ibid., p. 400 e ss.

pois a deficiência resulta das barreiras existentes no ambiente, as quais, em interação com a pessoa, dificultam ou impedem o exercício de sua dignidade e cidadania (artigo 2). Em outras palavras, no paradigma da inclusão social o ônus é da sociedade, mormente do Estado, jamais da pessoa. Mesmo porque, o respeito à diversidade foi alçado à categoria de Princípio no artigo 3, letra “d”, da Convenção, in verbis: “**d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;**” (grifamos).

Em síntese, a admissão e frequência (integração) não diz respeito à acessibilidade! Toda acessibilidade é plena, tendo limites, apenas, no tocante à “adaptação razoável”. Mas a “adaptação razoável”, enquanto um vetor interpretativo à construção de um limite, caso a caso, do dever de garantir/promover a acessibilidade, deve ser tida como excepcional, pois sofre influxos da ideia de **mínimo existencial (núcleo essencial da dignidade da pessoa humana)**. A letra “b” do preceito normativo desautoriza interpretação diversa; é preciso ter esta cautela quando da leitura do artigo 2 da Convenção (Dec. nº 6.949/09). Vejamos:

Artigo 2

Definições

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Ocorre que, não se tem notícia de tecnologias assistivas na Escola _____ – a lógica que guia o Estado condiciona a garantia da acessibilidade em geral, em todas as dimensões, à sua demanda (procura). Esta lógica é inteiramente avessa à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Dec. nº 6.949/09) que, como visto, redistribui o ônus da deficiência aos ambientes (públicos e privados).

Em recente julgado, cuja **tese jurídica é inteiramente aplicável à espécie, Recurso Extraordinário nº 440.028, o Supremo Tribunal Federal condenou o Estado de São Paulo à adaptação de uma instituição de ensino público estadual com a finalidade de que pessoas com deficiência** (alunos existentes ou em potencial) pudessem frequentar todo o

espaço físico da escola. Para um breve panorama do caso, permita-se a transcrição da ementa:

PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.

(STF - RE: 440028 SP , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 25-11-2013 PUBLIC 26-11-2013)

Do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, constata-se o porquê da lógica ser inteiramente “avessa” ao bloco constitucional. Em voto que contou com a adesão integral dos pares, veja-se a importante lição:

A simples ausência de portadores de necessidades especiais [sic.] matriculados na escola estadual não consubstancia desculpa cabível. O quadro pode resultar da própria ausência de opções de acessibilidade. A lógica é circular: o Estado não as fornece, nenhum portador de necessidades especiais consegue frequentar o edifício público, logo, o Estado afirma que não tem o dever de criar formas de acesso porque não há matriculados. Descura do fato de que **a escola pública não atende apenas aos estudantes nela matriculados, mas a toda a comunidade.** (grifamos)

Assim, **não** constitui argumento razoável de defesa para justificar a falta de acessibilidade, a alegação de inexistirem alunos com deficiência intelectual na rede pública estadual, pois ela “pode” ser um sintoma da estrutura discriminatória existente nas escolas (na escola em questão); não apenas de alunos com deficiência intelectual, mas de educandos com deficiência em geral. E que o Estado tampouco pretenda se justificar na falta de especialistas, pois a Convenção não descurou de sua obrigatoriedade de promover a capacitação de profissionais para melhor prestação do serviço de assistência – educacional – às pessoas com deficiência. É o que reza o artigo 4 da Convenção de Nova Iorque (Dec. nº 6.949/09):

aos Estados Partes, o artigo 4 (“Obrigações gerais”) reza que:

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;

[...]. (grifamos).

Neste contexto, a atuação do Poder Judiciário, legitimada pelo potencial descumprimento e a necessidade de se efetivar um direito fundamental (educação especial), está autorizada pelo próprio preceito constitucional.

Ao fim e ao cabo, a sindicância jurisdicional também encontra amparo no dever do Estado de eliminar qualquer barreira ou ato discriminatório – em sentido negativo – contra a pessoa com deficiência, haja ou não este propósito; discriminação que é qualificada quando a prestação positiva (do serviço de educação inclusiva na rede pública de ensino) é imposta ao próprio Estado. Mais uma vez, estamos dissertando um conceito de índole normativo-constitucional. Vejamos o artigo 2 da Convenção (Dec. nº 6.949/09):

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultu-

ral, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; (grifamos).

É o que se busca evitar na espécie, mas que já se presta como um parâmetro à atuação do Estado-Administrador; outrossim, como um importante guia à apreciação das medidas ora perseguidas.

3 – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

A natureza do direito em questão (direito social à educação; direito fundamental à acessibilidade; à educação inclusive), ameaçado de lesão irreparável pelo descaso e/ou negligência do Estado, autoriza a concessão de tutela antecipada com fulcro nos arts. 273 e 461, CPC, para que seja determinado ao Estado de Pernambuco – e sob pena de aplicação de multa por eventual descumprimento – a promoção das medidas de acessibilidade descritas pela Convenção (Dec. nº 6.949/09) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB).

Muito embora a causa de pedir seja orientada para o futuro, as necessidades em questão são inadiáveis. A falta de acompanhamento pedagógico em sala de aula e no contraturno, implicariam no desequilíbrio do AUTOR em relação aos outros alunos; a ausência de acompanhamento profissional inviabiliza que o educando tenha as mesmas condições de aprendizado que os demais.

As medidas aventadas têm em mira a garantia da **igualdade de condições** preconizada pela Convenção de Nova Iorque. Além de retirarem seu fundamento do art. 24 da Convenção (Dec. nº 6.949/09), possuem amparo no art. 59 da LDB. Senão, vejamos:

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

[...]. (grifamos).

SR. JUIZ, a rogativa não envolve privilégios, senão e, simplesmente, o gozo de direitos albergados no patamar constitucional. Como dantes registrado, o Estado não pode alegar que inexistem profissionais especializados – profissionais capacitados nos termos do inc. III do art. 59. **Caso não existam, também em caráter imediato, que o Estado de Pernambuco adote as medidas necessárias à contratação temporária de um profissional, ganhando tempo para adotar outra solução, desta feita, de caráter duradouro, para o caso.**

Por fim, confia-se que a multa será fixada de acordo com a prudência deste magistrado. Sem embargo, diante da premência do caso, e da necessidade de vencer eventual resistência do Estado, sugerimos que não seja estipulada em valor inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

4 DO PEDIDO

Ante o exposto, requer:

I – O reconhecimento do direito à prioridade de tramitação (Resolução nº 02/2005/STJ); e, com base no art. 37 do CPC, diante da urgência do caso – o período letivo tem início aos 10 de fevereiro –, a autorização para juntada posterior da procuração;

II – Em caráter liminar, com fulcro no art. 273 e 461, CPC, presentes a verossimilhança da alegação (lembrando que a medida se volta para o futuro, isto é, busca inibir um ilícito), caracterizada pelo direito fundamental do ora Autor à educação especial, e o correlato dever do Estado de Pernambuco em promovê-la na rede pública de ensino; e o perigo da demora, consubstanciado na urgência da questão, pois o desamparo do educando trará prejuízos que nunca poderão ser reparados, comprometendo sua formação educacional; pretende-se a concessão de tutela antecipada a fim de que o Estado de Pernambuco garanta as medidas de acessibilidade ao Autor, as quais se desdobram em:

a) Acompanhamento pedagógico em sala de aula, por profissional especializado e capacitado nos termos do inc. III do art. 59 da LDB;

b) Acompanhamento pedagógico no período do contraturno, isto é, acompanhamento profissional – art. 59, inc. III, LDB – do REQUERENTE em turno diverso daquele em que está matriculado, no próprio ambiente escolar (em sala reservada para tanto), oportunidade em que deverão ser trabalhados, em antecipação, os conteúdos que serão ministrados em sala de aula junto aos demais colegas, a fim de que as habilidades e conhecimentos do Demandante possam ser potencializados; outrossim, ocasião em que serão supridas eventuais perdas escolares decorrentes de ausências eventuais, mas justificadas, em razão da necessidade de consulta a médicos e outros em virtude da deficiência que o educando tem;

c) Orientação/conscientização de todos os profissionais da Escola _____, não apenas dos professores, senão da direção, funcionários etc., quanto às pessoas com deficiência intelectual e transtorno de déficit de atenção com hiperatividade, no afã de coibir qualquer ato discriminatório – em sentido negativo – contra o ora Autor; que sejam alertados para evitar a prática de quaisquer ações passíveis de configurar assédio moral, coação ou qualquer tipo de constrangimento direto ou indireto, ou de restrição de direitos fundamentais, sociais e outros contra o aluno (Autor), estarão sujeitos a punições penais, cíveis e administrativas;

III – Como medida executiva para reforçar o implemento dos pedidos acima, considerando a natureza do direito em questão (hierarquia constitucional e ontologia fundamental), e a capacidade do Demandado de resistir/retardar o cumprimento de seus deveres, que seja fixada, também em caráter liminar, multa diária por descumprimento, no valor mínimo de R\$ 1.000,00 (mil reais).

IV – Ainda em caráter liminar, inaudita altera parte, que o Estado seja alertado para, não havendo profissional especializado na Escola _____, tampouco a possibilidade de realocar profissional capacitado para atuar nesta escola, que promova a imediata contratação temporária de profissional para proceder ao acompanhamento do REQUERENTE por todo o período em que lá estiver matriculado;

V – A citação do Réu no endereço de sua Procuradoria (indicado no preâmbulo), a fim de, querendo, apresentar defesa e acompanhar a presente propositura até seus ulteriores termos;

VI – No mérito, que seja reconhecido o direito do Autor à educação inclusiva, consolidando-se a

liminar outrora requestada para, ao fim, determinar ao Estado de Pernambuco a manutenção das medidas necessárias à continuidade de seu acompanhamento pedagógico por todo o período em que estiver matriculado na escola pública estadual em alusão.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para efeitos meramente fiscais.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local/Data

MATEUS COSTA PEREIRA

OAB/PE nº 24.972-D



ADVOGADO, VOCÊ TEM DIREITO A UM SORRISO SAUDÁVEL.

PLANO ODONTOLÓGICO GRÁTIS PARA O ASSOCIADO.

A partir de 2014, os advogados inscritos na OAB, adimplentes, podem contar com um plano odontológico integral, que oferece tratamentos preventivos, corretivos e restauradores, de alta qualidade, em modernas clínicas especializadas distribuídas na região metropolitana do Recife e principais cidades do interior de Pernambuco.

Para isso, basta inscrever-se no programa de assistência odontológica da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco – CAAPE e usufruir um ano de cobertura, pagando apenas a taxa de adesão, no valor de R\$ 30,00.

Os atendimentos do programa de assistência odontológica da OAB/CAAPE são realizados pelo Plano Odontológico Ortoclin e oferecem:

- Mais de 350 dentistas credenciados
- Consultas e exames
- Emergência e Urgência 24h
- Ambulatório móvel
- Agendamento fácil
- Modernas instalações
- Clínica radiológica
- Restaurações diversas
- Cirurgias ambulatoriais
- Tratamento de canal
- Prevenção em saúde bucal
- Periodontia

Esse é mais um benefício promovido pela OAB para ampliar o direito de todos os advogados à saúde.

Informações e inscrições:

e-mail: planoodontologico@caape.org.br
 Telefones: (81) 3223.0902 e (81) 3223.8887
 Contato: Sheila Lacerda – Setor de Convênios



CAA

PERNAMBUCO

**O novo CPC
está pronto.
E você?**

CURSOS DE EXTENSÃO NA ÁREA JURÍDICA

Em parceria firmada para o desenvolvimento e aplicação de cursos na área jurídica, a **Faculdade Nova Roma** e o **Instituto Jurídico Luiz Mário Moutinho** oferecem cursos do mais alto nível para atender às necessidades da educação continuada. Garanta sua vaga.

CURSOS DE CURTA DURAÇÃO - NOVAS TURMAS 2015.1

Faça a sua atualização de forma rápida e objetiva com professores renomados e com larga experiência na área jurídica.

Carga horária 30 horas

Cursos de atualização e aprofundamento nas mais diversas áreas do Direito.

Carga horária 15 horas

Cursos sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, com ampla abordagem de temas e a excelência dos professores da ANNEP.

- **Coordenador técnico/científico:**
Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha

AULAS A PARTIR DE ABRIL

VAGAS LIMITADAS

Cursos válidos como atividade extracurricular

■ **Informações** 2128.8000

faculdenovaroma.com.br  

Apoio:



Coordenação
Técnico-científica:



INSTITUTO JURÍDICO
LUIZ MÁRIO
MOUTINHO

Realização:



PÓS-GRADUAÇÕES



RECIFE - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO CIVIL e PROCESSO CIVIL

DIREITO DO TRABALHO e PROCESSO DO TRABALHO

DIREITO PENAL e PROCESSO PENAL

DIREITO do TRABALHO e PREVIDENCIÁRIO

PALMARES - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO PROCESSUAL

PETROLINA - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO PENAL e PROCESSO PENAL

CARUARU - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO CIVIL e PROCESSO CIVIL

Mensalidades a partir de: **R\$ 190,00***
(Aulas quinzenais sempre aos sábados)

Horário: **08:00 ÀS 17:00**

PAULISTA - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO PENAL e PROCESSO PENAL

GARANHUNS - INÍCIO ABRIL/2015

DIREITO PROCESSUAL
(Constitucional | Civil | Trabalho | Penal)

Mais informações no site da ESA/PE | WWW.ESAPE.COM.BR



INFORMAÇÕES: ESA/PE

Fone: (81) 3224-2425 | 3224-7282 | 3032-0679
coordenacaopos@esape.com.br | posgraduacao@esape.com.br
Rua do Imperador Dom Pedro II 307, 1º Andar - Santo Antônio - Recife - PE
Horário de atendimento: 09:00 às 18:00

NOVO CPC

ADVOGADO E ADVOGADA,
A ESA-PE ATUALIZA VOCÊ SOBRE O
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Palestras
Pós-graduação
Congresso
Cursos online
Distribuição do Código



Programação completa e
outras informações

www.esape.com.br

Escola Superior de Advocacia de Pernambuco
Fone: (81) 3224-2425 | 3032-0679 | 3224-7282



ESTACIONAMENTOS DA CAAPE

Recife - Fórum Joana Bezerra
Já funcionando

Vitória de Santo Antão - Justiça do Trabalho
Inauguração em abril



SUDENE - Justiça do Trabalho
Inauguração em maio



**CAAPE, ASSISTÊNCIA E BENEFÍCIOS PARA
OS ADVOGADOS PERNAMBUCANOS**

CAAPE | Caixa de Assistência
dos Advogados de Pernambuco
F: (81)3223.0902 - 3231.4121 • www.caape.org.br
www.facebook.com/CAAPE.Oficial

