

REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
DISTRITO FEDERAL

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 41	n. 2	p. 1-208	jul./dez. 2016
--------	----------	-------	------	----------	----------------

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do
Consultivo

ÚRSULA RIBEIRO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do
Contencioso

MÁRCIA CARVALHO GAZETA

Procuradora-Chefe de Gabinete

ALEXANDRE MORAES PEREIRA

Procurador-Chefe do Centro de Estudos – CETES

VANESSA BARBOSA DA SILVA

Gerente da Gerência de Estudos, Pesquisas e
Referência Legislativa – GEPEL

NAYARA BRITO CORADO DE SOUZA

Gerente da Gerência de Desenvolvimento e
Capacitação Profissional – GECAP

CRISTIANY FERREIRA BORGES

Gerente da Biblioteca Jurídica
ONOFRE GONTIJO MENDES

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e as opiniões neles manifestadas não representam necessariamente a posição da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais.

A Revista é indexada pela Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal.

Impresso no Brasil

Procuradoria-Geral do Distrito Federal | Centro de Estudos SAM – Bloco I - Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal | 70.620-000 Brasília – Distrito Federal
Fone: (61) 3325-3405

E-mail: centrodeestudos@pg.df.gov.br / revista@pg.df.gov.br
Site da revista: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF>
Tiragem: 1.000 exemplares

EDITOR CHEFE

Alexandre Moraes Pereira

CONSELHO EDITORIAL

Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)

Fábio Lima Quintas (IDP)

Jorge Octávio Lavocat Galvão (UnB)

Juliano Zaiden Benvindo (UnB)

Léo Ferreira Leony (UFMG)

Leonardo de Andrade Mattietto (UFRJ)

Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)

Sérgio Silveira Banhos (PGDF)

Vera Karam de Chueiri (UFPR)

COMISSÃO CIENTÍFICA

Cristiany Ferreira Borges

Cynara Regattieri de Abreu

Lityz Ravel Hendrix B.S. Mendes

Vanessa Barbosa da Silva

COLABORADORES

Alexandre Leone Rodrigues

Rosineide Rodrigues Muniz

ESTAGIÁRIA

Hiziane Ferreira da Silva

PRODUÇÃO GRÁFICA/DIST.

Zona Cultural Produções Visuais

Capa / Diagramação:

Lucimar Ferreira Jorge

Revisão:

Edna Alves

*Solicita-se permuta. Pídesse canje. On demande l'échange. Si richiede lo scambio.
We ask for exchange. Wir bitten um Austausch*

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

RJPGDF - Vol. 1, n.1 (1966) - . - Brasília: Procuradoria-Geral do Distrito Federal: Centro de Estudos, 2016.

v. 41,n.2, 21,5 cm.

Periodicidade semestral

ISSN 0419-4454

1. Direito. I. Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

CDU 34(05)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Andrea de Albuquerque Nobre
Bruno Vargens Nunes
Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego
Carolina Rezende Durço Cantanhede Behmoiras
Fernando Antônio de A. A. de Oliveira Júnior
Fernando José Longo Filho
Filipe Ferreira Munguba
Grace Adelaide Freitas de Abreu
Hélio Ferreira Heringer Junior
Henrique Smidt Simon
Idenilson Lima da Silva
Iran Machado Nascimento
Isabela Carnáuba Gonçalves
Ivan Luís Barbalho Maia
Jeferson Soares Marinho de Sousa Júnior
José Sérgio da Silva Cristovam
Juliana Porto Vieira
Leonardo Vieira Lins Parca
Margareth de Jesus Rosa Santiago
Marlon Tomazette
Natália Brezolin Vuori
Patrícia Karinne de Deus Ciríaco
Rafael Carvalho da Rocha Lima
Rafael Carvalho de Fassio
Rafael Soares Moura
Samuel Sales Fonteles
Sônia Regina Teixeira

INSTRUÇÕES EDITORIAIS PARA OS AUTORES

PERÍODO DE ENVIO

1. O Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e a Comissão Científica da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal realizarão, periodicamente, mediante edital, chamada para contribuições que serão submetidas à apreciação quanto aos critérios de publicação estabelecidos neste ato.

CONTRIBUIÇÕES ADMITIDAS

2. A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal publica artigos, resenhas, ensaios e contribuições técnicas - pareceres e trabalhos forenses - sobre temas da Ciência do Direito que tenham relevância para a advocacia pública.

2.1. Os artigos, por cujo teor os respectivos autores são exclusivamente responsáveis, deverão ser inéditos.

2.2 As resenhas e ensaios deverão destacar livros ou artigos, nacionais ou estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas deverão privilegiar os títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios terão forma livre e serão selecionados por sua relevância e novidade.

2.3 As contribuições técnicas serão aceitas excepcionalmente, sendo selecionadas em razão de sua relevância e novidade.

2.4. Os pareceres e demais trabalhos forenses deverão ser encaminhados com a devida omissão de dados que possam comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, ou qualquer outro bem juridicamente protegido.

2.5. Serão admitidas contribuições redigidas em português, inglês ou espanhol.

PERFIL DOS COLABORADORES

3. Poderão encaminhar contribuições juristas, estudantes de direito e profissionais de áreas afins.

LINHA EDITORIAL

4. A Revista destina-se à publicação de contribuições que apresentem temática de interesse da advocacia pública e que primem pela relevância dos assuntos tratados, pelo caráter inovador dos trabalhos e pelo potencial de impacto acadêmico ou institucional.

FORMA DE ENVIO

5. As contribuições deverão ser enviadas para o endereço eletrônico: revista@pg.df.gov.br ou para o site <http://revista.pg.df.gov.br>. Para submeter o trabalho por meio do site da revista é necessário preencher o formulário na aba “cadastro”. O processo de submissão de trabalhos possui cinco passos com instruções autoexplicativas na aba “acesso”.

Os trabalhos submetidos à revista deverão conter:

- a) o título do trabalho em português, seguido de resumo e palavras-chave em português;
- b) o título do trabalho em inglês, seguido de resumo e palavras-chave no mesmo idioma;
- c) o nome do autor da contribuição deverá vir logo abaixo do título em português, alinhado à direita, com asterisco indicativo de nota de rodapé contendo os seguintes dados: formação acadêmica/titulação, atuação profissional/vínculo institucional, endereço residencial, telefone e e-mail. Tais informações deverão ser apresentadas apenas na primeira página do artigo.
- d) no caso de parecer ou trabalho forense, informar o número do processo ou parecer e as partes ou os interessados, conforme o caso.

NORMAS PARA FORMATAÇÃO DOS TRABALHOS

6. As contribuições deverão ser encaminhadas de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6022/2003, 6023/2002, 6028/1990 e 10520/2002– e adotarão, entre outras, o seguinte formato:

- a) documento *Word* 2010 ou versão posterior;
- b) fonte *Times New Roman*;
- c) letra tamanho 12 (no caso de nota de rodapé, usar letra tamanho 10);
- d) entrelinhas 1,5;
- e) margens esquerda, direita, superior e inferior 2,0 cm;
- f) alinhamento justificado, com recuo de 1,5 na primeira linha;
- g) configuração de página para papel A4;
- h) mínimo de 10 e máximo de 20 laudas (excepcionalmente, a critério do editor-chefe, que avaliará cada caso, serão aceitos trabalhos com número de laudas acima do indicado);

- i) resumo em português e inglês (máximo de 250 palavras);
- j) palavras-chave em português e inglês (máximo de 05 palavras);
- l) as referências e citações deverão seguir o padrão da ABNT - NBR 6023 e 10520, respectivamente. As referências serão apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética;
- m) as citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 4 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 10, sem o uso de itálico e nem de aspas.

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

7. As contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos neste ato serão submetidas à apreciação do editor-chefe ou de pessoa por este indicado para manifestação quanto à viabilidade da publicação, especialmente no tocante à adequação ao perfil editorial da Revista, entre outros aspectos.

7.1. Os artigos serão avaliados por 2 (dois) pareceristas.

7.2. Os nomes dos autores das contribuições não serão informados aos pareceristas.

7.3. Os autores poderão ser convidados a promover, a seu critério, quaisquer ajustes recomendados pelos pareceristas, bem como serão informados acerca de eventual recusa da publicação mediante comunicado da Equipe Editorial.

SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público <i>Daniel Augusto Mesquita</i>	09
O direito de não se ver metade ao espelho: mecanismos de concreção da liberdade de identificação de gênero no direito brasileiro <i>Hugo Damasceno Teles e Renata Barbosa Fontes</i>	33
Do necessário resgate do nexos de causalidade nas demandas reparatorias contra o Estado. Uma análise específica <i>Bárbara França Brasil</i>	53
Securitização de recebíveis imobiliários no Brasil <i>Livia Ximenes Damasceno e Ted Luiz Rocha Pontes</i>	69
A forma de fixação da contraprestação devida na relação de estágio e sua classificação no orçamento da administração pública <i>Victor Oliveira Silva</i>	93
O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional <i>Solon Cícero Linhares e Luiz Henrique Cardelli</i>	121
Dolo eventual: uma tentativa de definição de critérios para sua aferição em casos concretos <i>João Eduardo Grimaldi da Fonseca</i>	143
Juizados especiais cíveis no contexto do acesso à justiça: análise de sua efetividade <i>Ana Maria de Farias</i>	171
O mandado de injunção: aspectos gerais e efeitos da decisão à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016 <i>Maria Carla de Avelar Pacheco</i>	185

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO EM MEDIAÇÕES: PARÂMETROS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDO QUE ATENDA AO INTERESSE PÚBLICO

Daniel Augusto Mesquita¹

RESUMO: O artigo pretende abordar a crescente e necessária atuação dos advogados públicos nos meios alternativos de resolução de conflitos, tendo em vista a tendência de aumento da participação do Estado nesses procedimentos. Os advogados, a um só tempo, devem ser negociadores e atuar em concordância com os princípios da Administração Pública, visando o interesse público. Para isso, devem ter em mãos instrumentos que deem parâmetros objetivos para a celebração de acordos, de modo que o atendimento ao interesse público possa ser demonstrado aos órgãos de controle e, assim, promovam-se acordos vantajosos.

Palavras-chave: Advogado Público. Princípios da Administração. Mediação. Negociação. Parâmetros.

THE ROLE OF THE STATE'S ATTORNEYS IN MEDIATIONS: PARAMETERS TO REACH A SETTLEMENT THAT ATTENDS THE BEST PUBLIC INTEREST

ABSTRACT: The article intends to discuss the aspects of the state and federal attorneys in mediation. From the premise that the state is becoming more inserted in alternative dispute resolution methods, state attorneys must also be negotiators, practicing law according to public administration principles objecting the best public interest. For these principles to be followed, the attorneys shall have tools that shows objective parameters to reach a settlement that attends the best public interest and that can be justified towards investigations procedures.

1 Procurador do Distrito Federal, advogado, professor de Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, mestre em Direito Constitucional pela mesma instituição, especialista em Direito Público, cursa LLM em direito societário no INSPER, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, autor de diversas obras jurídicas, ex-procurador federal, ex-analista do TSE e ex-técnico do Superior Tribunal de Justiça.

Keywords: Public Attorney. Public Administration Principles. Mediation. Negotiation. Parameters.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de abordar aspectos da atuação do advogado público na mediação. A partir da constatação de que o Estado é um sujeito cada vez mais inserido em métodos alternativos de solução de conflitos, o advogado público não mais se limita a redigir peças e requerer ao juiz sua pretensão, ele deve ser, também, um negociador.

A atuação desse advogado, contudo, encontra-se vinculada aos princípios e normas do direito administrativo e também ao seu regime disciplinar. Desse modo, sua margem de liberdade em uma sessão de negociação é mais restrita e submetida a rígido sistema de controle, reflexo da indisponibilidade do interesse público e do princípio da autotutela.²

Nesse contexto, é relevante analisar o alcance da responsabilidade desse agente e traçar caminhos para que o advogado público possa celebrar acordos que, a um só tempo, resguarde o interesse público e o preserve perante os órgãos de controle.

Esse caminho parte da análise do conceito de interesse público, da observância dos princípios da Administração, especialmente o da legalidade e o da eficiência, da análise de risco do resultado final da demanda para o Estado e da elaboração de plano alternativo³, que demonstre, objetivamente, se o acordo é vantajoso para o Estado frente às outras opções disponíveis naquela situação.

2 Esse sistema de controle, guiado pelos princípios acima informados, reflete, na verdade, o próprio regime jurídico administrativo, que é assim conceituado por Di Pietro (2006) ao tratar das sujeições e prerrogativas próprias desse regime: “[...] ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 66.

3 Como citado nos próximos tópicos, William Ury e Roger Fisher trazem a sigla **MAPAN** (melhor alternativa para um acordo negociado) ou, na língua inglesa, **BATNA** (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*). (URY, William; FISHER, Roger. **Como chegar ao sim** – como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomom, 2014, p. 107).

2 DA INSERÇÃO DO ESTADO NOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O levantamento *Justiça em números*⁴, do Conselho Nacional de Justiça, concluiu que o Poder Judiciário brasileiro custou, em 2014, R\$ 68,4 bilhões e arrecadou apenas R\$ 26,9 bilhões em custas, somente para movimentar o estoque de 70,8 milhões de processos.⁵ Conforme observado, o estudo do CNJ (2015) “[...] mostra que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem à matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis – federal, estadual e municipal.”⁶

Esses números demonstram que o Poder Judiciário é caro. Mostram, também, que há déficit de quase R\$ 40 bilhões anuais para manter a sua estrutura, déficit esse custeado pelo Estado. Deixam expresso, ainda, que o próprio Estado é um dos maiores litigantes nesse cenário. Assim, a partir dos dados colhidos pelo CNJ, chega-se à óbvia conclusão de que a litigiosidade do Estado onera o próprio Estado.

Nesse sentido, a retirada do Estado do contexto de litigiosidade excessiva na seara do Poder Judiciário é uma medida de economia para os cofres públicos e de eficiência no trato da coisa pública.

Até o momento, a redução da litigiosidade dos órgãos de advocacia do Estado vem se traduzindo, de forma predominante, na edição de orientações normativas e súmulas administrativas que evitam a interposição de recursos em matérias já sedimentadas no âmbito do órgão da advocacia pública. Na Advocacia Geral da União, as orientações normativas são editadas com fundamento no art. 4º, XIII, da Lei Complementar nº 73/93.⁷ No Distrito Federal, por sua vez, as súmulas administrativas, que vedam

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**, 2015, p. 29. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

5 Ibid., p. 34.

6 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

7 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar.

ao Procurador a atuação contrária ao que nela encontra-se exposto, têm fundamento no artigo 6º, I e V, da LC 395/01 e na Portaria PGDF nº 74/16.⁸

Essas medidas, de forma isolada, não são suficientes para reduzir a litigiosidade e os custos que o próprio Estado impõem ao Poder Judiciário.

A terceira onda renovatória do processo, mencionada por Capeletti e Garth na obra *Acesso à justiça*, revela a necessidade de simplificar o sistema processual, o que ensejaria melhor prestação jurisdicional, mais dinâmica e eficaz. Dentro dessa terceira onda, a mediação ganha relevo na solução de conflitos. Ao tratar dessa forma alternativa de solução de controvérsias, os autores expõem:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.⁹

No Brasil, houve evolução no sistema processual para implementar a terceira onda renovatória no processo por meio de criação de procedimentos simplificados para pequenas causas (Leis nº 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09), regulamentação da arbitragem (Lei nº 9.307/96) e da mediação (Lei nº 13.140/15). Ademais, o novo Código de Processo Civil

8 PORTARIA Nº 74, DE 26 DE ABRIL DE 2016. Dispõe sobre a edição, o cancelamento, a alteração e a aplicação das súmulas administrativas da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e dá outras providências. A PROCURADORA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 6º, incisos I e V, da Lei Complementar nº 395, de 31 de julho de 2001, R E S O LV E: Art. 1º A edição, o cancelamento, a alteração e a aplicação de súmulas administrativas da Procuradoria-Geral do Distrito Federal regem-se pelo disposto na presente Portaria. Art. 2º As súmulas administrativas são editadas pelo Procurador-Geral do Distrito Federal para orientar a atuação dos procuradores no exercício da representação judicial do Distrito Federal e de suas autarquias e fundações públicas. [...] Art. 6º Incumbe ao procurador responsável pelo acompanhamento do feito a aplicação do entendimento constante de súmula administrativa, mediante despacho nos autos suplementares correspondentes, sendo-lhe vedada a atuação em juízo contrária a seus ditames.

9 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 31.

(Lei nº 13.105/15) promove a mediação ao longo de todo o procedimento judicial.¹⁰

Diante dos números significativos apresentados pelo CNJ, não faria sentido a criação desses métodos simplificados e alternativos de solução de conflitos sem a sua submissão à Fazenda Pública nesses novos foros. Por isso, o Juizado Especial da Fazenda Pública, tanto federal como estadual, já está implantado.

Entretanto, a participação do Estado nos foros alternativos de solução de conflitos ainda não se apresenta substantiva. A União, os estados e municípios ainda são tímidos e reticentes quando o tema é a submissão de conflito à arbitragem ou à mediação.

Muito dessa desconfiança dava-se em razão do disposto no art. 25 da Lei nº 9.307/96, que vedava a submissão à arbitragem “controvérsia acerca de direitos indisponíveis”.¹¹ Embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já tivesse admitido a participação da Fazenda Pública em juízo arbitral¹², a Lei nº 13.129/15 acabou de vez com a discussão ao revogar esse dispositivo e inserir, de forma expressa, no § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96, a possibilidade de submissão de disputa que envolva a administração pública na arbitragem.¹³

Recentemente, para incentivar meios alternativos de solução de conflitos para a Fazenda Pública, foi editada a Lei nº 13.140/15, que trata da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

10 Art. 2º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

11 Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência).

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência).

12 Julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: MS 11.308, RESP 904.813, RESp 612.439, RESp 606.345 e AgRg MS 11308.

13 Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Na sistemática dessa lei, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios podem criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Essas câmaras terão competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.¹⁴

Desse modo, revela-se o empenho de inserir os conflitos entre órgãos da administração pública à mediação e de criar uma câmara responsável por autorizar a realização de acordos quando a controvérsia ocorrer entre o Estado e particular.

A terceira onda renovatória do processo está sendo implementada no Brasil e não há como excluir desse movimento os litígios envolvendo o Estado, pois a melhoria do Poder Judiciário depende da redução da litigiosidade excessiva do próprio Estado.

Essa redução converge com a atuação estatal pautada nos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*), pois os direitos legítimos dos cidadãos perante o Estado não dependem de demanda judicial para serem efetivados, o princípio da legalidade impõe a sua implementação por meio de simples ato administrativo. Como pondera Eduardo Talamini: “Os direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo judicial. Vale dizer: a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, não são necessárias no âmbito das relações de direito público.”¹⁵

Assim, a atuação da advocacia pública tende a modificar-se paulatinamente. De um cenário de obrigatoriedade de imposição dos recursos possíveis até uma realidade em que, previamente à contestação da ação, o procurador ou o advogado público terá que avaliar se o

14 BRASIL, 2015. (Lei nº 13.140/15, Art. 32).

15 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). 2004, p. 5. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 23 fev. 2017.

administrado realmente faz jus àquele direito pleiteado ou se a feitura de acordo não seria mais vantajosa para o Estado.¹⁶

O professor Godoy revela o futuro da advocacia pública:

Os insuportáveis níveis de litigância estatal, em grande parte provocados por miopia conceitual que repele soluções administrativas transacionais, e os custos decorrentes da aventura da judicialização inconsequente, entre outros, sugerem que se conceba novo arquétipo, centrado em cultura de consenso, com maior preocupação com resultados. Persistem critérios pouco flexíveis de legalidade burocrática. É o mundo do carimbo, que deve se curvar à esperança da eficiência como forma de razão.

A advocacia pública do futuro deve agir com mais discricionariedade; um maior nível de responsabilização direta do advogado público seria a contrapartida. Numa sociedade democrática, a advocacia de Estado é convergente à defesa do Governo. É disposição constitucional. Custos e energia serão economizados em ambiente de transação, até porque órgãos de controle os há a mancheias. Sob os holofotes, e sempre às claras, a advocacia pública do futuro fará da prevenção o mote de sua redenção, e da conciliação o mantra de sua justificação.¹⁷

A partir desse novo cenário que se impõe à advocacia pública, relevante analisar a consecução do interesse público no contexto dos acordos firmados pela Fazenda Pública, a responsabilidade do advogado público e os meios que ele tem para promover acordo seguro e vantajoso para a administração pública.

16 Essa conclusão fica ainda mais palatável quando se analisa a questão sob a ótica da administração consensualista. Esse novo modo de enxergar a Administração Pública, segundo Odete Medauar, tem as seguintes características: “A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.”. (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211).

17 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Futuro da advocacia pública: prevenção e conciliação*. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-28/futuro-advocacia-publica-prevencao-conciliacao>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

3 DO INTERESSE PÚBLICO A SER PERSEGUIDO NOS ACORDOS DA FAZENDA PÚBLICA

Com a inserção das causas do Estado na terceira onda renovatória do processo civil, trazida, tanto pela Lei de Arbitragem, pela de Mediação, a atuação dos advogados públicos ganha maior relevo e responsabilidade na medida em que a elaboração de acordos confere a esse ator jurídico poder de transacionar em situações em que o Estado demanda ou é demandado.

Assim, se o poder emana do povo, como justificar que o advogado público está “abrindo mão” de uma posição do Estado para fazer acordo em uma mediação?

Tal pergunta deve ser respondida a partir da ideia dos professores de Harvard, Ury e Fisher, na obra *Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões* (2014). Segundo os autores, as negociações devem pautar-se em interesses e princípios e não em posições.¹⁸ Isso quer dizer que as partes devem manifestar em um acordo qual seria a real intenção ou princípio que a levou a apresentar aquela proposta e não simplesmente lutar por um valor X ou um bem Y.

Ao se estabelecer negociação pautada em princípios, os participantes podem vislumbrar, até mesmo, opções de ganhos mútuos, nas quais os interesses das duas partes restam atendidos.¹⁹

Em uma negociação, portanto, o advogado público não vai buscar o resultado X ou Y, mas aquele que mais atenda ao interesse público dentro do quadro apresentado pelas partes na mediação.

18 “Os interesses definem o problema. O problema básico em uma negociação não é o conflito de posições, mas de necessidades, desejos, preocupações e temores. As partes podem dizer: ‘Estou tentando fazer com que ele pare de me procurar insistindo em que eu venda minha casa.’ Ou ‘Discordamos. Ele quer \$ 300 mil pela casa. Não pago um tostão além de \$ 250 mil.’ Contudo, em um nível mais básico, o problema é: ‘Ele precisa do dinheiro; eu quero paz e sossego.’ Ou ‘Ele precisa de, pelo menos, \$ 300 mil para pagar a hipoteca e dar 20% de entrada em uma nova casa. Falei com minha família que não pagaria mais de \$250 mil por uma casa.’ Tais desejos e preocupações são *interesses*. Interesses são motivadores. São a força oculta por detrás do rebuliço das posições. A sua posição é algo sobre o qual você decidiu. Seus interesses são o que o levaram a tomar essa decisão.” (URY, William; FISHER, Roger. *Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, pp. 57 e 58).

19 Isso ocorre no clássico exemplo da laranja, em que duas pessoas brigam por posições: cada uma quer a laranja toda. Em seguida, as partes manifestam o seu real interesse (o princípio da negociação de cada um): uma quer fazer suco e a outra quer fazer doce com a laranja. A partir desse ponto, fica fácil fazer acordo: uma fica com a casca (e faz o doce) e a outra fica com o restante da laranja (e faz o suco).

O interesse público é essencialmente indisponível, uma vez que “[...] o interesse público nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais; ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”.²⁰ Nesse sentido, o agente público não pode dispor livremente de bens materiais ou imateriais do Estado, ou seja, deve observar que o regime jurídico-administrativo consagra o princípio da indisponibilidade do interesse público.²¹

A partir da análise da regra, constata-se a exceção. Há casos em que a disposição do bem estatal atende mais ao interesse público do que a sua manutenção. Nesse sentido, é possível a disposição de bem estatal, desde que tal ato atenda ao interesse público. Não é por outra razão que a lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) prevê, em seu art. 17, o procedimento para alienação de bens públicos.

Assim, o respeito ao interesse público não impede a participação e a resolução de conflitos por meios alternativos, pelo contrário, o princípio da indisponibilidade será devidamente cumprido quando da realização de acordo em que sejam observados os princípios da administração pública, especialmente os da legalidade e da eficiência (art. 37, caput, da CF/1988) e da economicidade (art. 70, caput, da CF/1988). Ou seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público materializa-se, no caso concreto, a partir da ponderação de valores constitucionais.²²

Nesse quadro, frise-se que o próprio Direito Administrativo brasileiro autoriza certo grau de discricionariedade para que a Administração possa valorar os interesses em conflitos buscando a melhor solução diante da

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

21 “Princípio da indisponibilidade. Não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são seus senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA, 107:278) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública. É a ordem legal, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (Ibid., p. 65), que dispõe sobre essas atividades, possibilitando ou proibindo a disponibilidade dos bens, direitos, interesses e serviços públicos”. (GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18).

22 SCHREIBER, Rafael. Acordos judiciais e extrajudiciais feitos por advogado público, sem lei prévia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4.122, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

controvérsia, seja ela efetiva ou potencial,²³ pois há casos em que o prejuízo do Estado será maior se o advogado público agarrar-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público e deixar de fazer acordo no qual a parcela da posição do Estado cedida ao adversário é insignificante diante de sentença que julgue totalmente procedentes os pedidos do cidadão.²⁴

Vê-se que de nada adianta prosseguir com um processo e recursos evidentemente protelatórios ao longo de anos quando, ao final, o Estado será condenado a pagar o valor devido acrescido de juros acumulados durante todo o período de duração do processo. Nesse percurso processual, seria mais eficiente e muito menos oneroso para o Estado realizar acordo com o particular em que o valor da dívida poderá ser reduzido pelo término imediato do processo. Nesse exemplo, inúmeros benefícios seriam conferidos ao Estado, haja vista que pagaria menor valor da dívida e percorreria um procedimento menos oneroso (com menor custo para o órgão da advocacia pública).

Desta forma, o Estado não pode brigar por posições, interpor recursos simplesmente porque são cabíveis e protelar o processo indefinidamente. O que deve ser feito é uma análise de seu interesse, do que é mais vantajoso para seus cofres e para a sociedade no caso concreto.

A situação é análoga ao poder de autotutela da administração pública, segundo o qual um ato administrativo deve ser anulado pelo agente público, sem a participação do Judiciário, quando eivado de ilegalidade ou revogado quando não mais conveniente ou oportuno.²⁵ Se o agente público tem esse poder, o advogado público também deve ter o poder de identificar que o trâmite do processo acarreta dano maior ao Estado e promover o interesse público por meio de acordo que evite tal dano.

Essa é a lição de Gazda:

Fica evidente que o Estado-Administração, ao insistir em recorrer de decisões judiciais que seguem precedentes já sedimentados pelas Cortes

23 Ibidem.

24 STF - RE: 253885 MG, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/06/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

25 Art. 53 da Lei nº 9.784/99: 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.

Superiores e sem qualquer elemento novo que possa implicar alteração de entendimento, não observa os princípios da economicidade e da eficiência, aumentando custos de sua própria estrutura de defesa e do Judiciário, mormente se considerada a possibilidade de propor acordos nesses casos ou estabelecer, via Legislativo, solução para todos os casos, nas hipóteses de demandas em massa. Essa última solução, aliás, é inclusive imperativo constitucional de isonomia, conforme vem sendo exposta na presente exposição, implicando observância do interesse público primário do Estado na realização dos interesses legítimos dos administrados.²⁶

Por outro lado, a supremacia do interesse público sobre o particular, interpretada a luz da Constituição de 1988, não garante a prevalência do direito alegado pela Administração Pública contra particular “a qualquer custo”.²⁷ No caso concreto, a partir dos argumentos apresentados por ambas as partes, em condições isonômicas, verificar-se-á qual direito está mais bem amparado nas leis e princípios jurídicos.

O cidadão não está, necessariamente, em lado oposto ao Estado. O direito por ele pleiteado pode refletir um equívoco da Administração Pública, uma violação às normas cogentes praticadas pelo agente público ou uma ação estatal contrária ao interesse público primário.

Desse modo, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o particular não impedem a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, mas, sim, obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto.²⁸

26 GAZDA, Emmerson. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n. 83, p. 131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19849-19850-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2007.

27 Em artigo científico, Marina França Santos pondera: “Reside aí, aliás, uma falsa oposição. O contrário de se buscar, sempre, o interesse público como finalidade da ação estatal não é priorizar, a todo custo – e em afronta a qualquer exigência de proporcionalidade –, a suplantação do direito individual pelo coletivo.” (SANTOS, Marina França. **O dever da administração pública de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos**. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/o_dever_da_administracao_publica_de_promover_a_justica-eficiencia_moralidade_e_juridicidade_na_sol.pdf> Acesso em: 15 dez. 2015).

28 SCHREIBER, Rafael. Acordos judiciais e extrajudiciais feitos por advogado público, sem lei prévia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.122, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

Assim, a resolução de conflitos por meios alternativos, seja pela arbitragem, seja pela mediação, mostra-se não só uma possibilidade aos advogados públicos, mas um “imperativo constitucional de isonomia”, haja vista estar em completa consonância com o interesse público no cumprimento dos interesses da sociedade.²⁹

4 DIFERENCIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO NOS PARECERES E NA REALIZAÇÃO DE ACORDOS

Verificada a possibilidade de celebração de acordos e utilização de meios alternativos de resolução de conflitos que envolvem a Fazenda Pública, de suma importância diferenciar a responsabilidade do advogado público nos pareceres (seja ela orientação para que outra autoridade pública faça acordo, seja consultoria jurídica qualquer) da própria realização de acordos, pois muito se discute sobre a primeira, mas nada se fala sobre a responsabilidade do advogado público na celebração de acordo.

Para essa diferenciação, inicialmente é importante ressaltar que a Constituição Federal (1988) estabelece em seu artigo 133 que “[...] o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”.

A Constituição é complementada pelo Estatuto da OAB, em seus artigos 7º e 18, e pela Súmula 2 do Conselho Federal da OAB, confirmam-se:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

[...]

29 GAZDA, Emmerson. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n. 83, p. 131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19849-19850-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2007.

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia.

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

Da leitura desses dispositivos, constata-se que o advogado público tem independência técnica no âmbito da advocacia pública, seja para acostar a sua opinião jurídica em parecer ou para avaliar juridicamente uma controvérsia que se apresenta em uma mediação ou audiência de conciliação.³⁰ Ademais, aos advogados públicos é garantida a inviolabilidade no exercício de suas funções à luz dos preceitos constitucionais e legais aplicáveis.

No que se refere à responsabilidade do advogado público decorrente da elaboração de parecer jurídico, o qual demanda a interpretação de leis e, muitas vezes, inexistente entendimento pacificado na jurisprudência, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de segurança nº 24.631, assim se pronunciou:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior

30 MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. **A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações**. 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399441>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.³¹

Desta forma, independentemente do caráter vinculante ou facultativo do parecer, se este está devidamente fundamentado e se defende tese possível, não se pode responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico.³² Assim, o parecer exarado por advogado público pode ser facultativo ou vinculante, contudo, a responsabilização do advogado só pode acontecer quando houver dolo ou erro inexcusável.

De outra mão, tem-se a responsabilidade do advogado público quando ele celebra acordo. Nesse caso, a situação é diversa daquela dos pareceres e pode dar-se de três modos: (a) quando o advogado assina o termo de acordo juntamente com uma autoridade pública; (b) quando realiza acordo a partir da concordância dos seus superiores na estrutura do órgão de advocacia pública do qual faz parte; e (c) quando firma o ajuste de forma autônoma.

No primeiro caso, a responsabilidade será idêntica à do parecerista, pois o advogado público está, naquele momento, orientando o agente público na realização do acordo. Ou seja, o advogado está apenas dizendo se o acordo atende à lei e se o Estado teria ou não chances de êxito em demanda judicial naquela situação.

Nesse quadro, o advogado atua como uma espécie de consultor para analisar os aspectos jurídicos do acordo. Assim, não é função do advogado público dizer se a Fazenda deve ajustar em R\$ 1.000,00 ou em R\$ 1.300,00 o valor do acordo. Essa função é do gestor que está ali assinando em nome do Estado. O advogado apenas analisa a legalidade do acordo e informa ao gestor qual seria o resultado provável daquela demanda no Judiciário

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Relator Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado pelo Tribunal Pleno em 09.08.2007, publicado no DJe do dia 01.02.2008.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

frente a outros casos análogos, mencionando o valor de condenações pretéritas em situações semelhantes. Nesse contexto, a responsabilização do advogado público seria possível apenas se comprovado o dolo ou erro inexcusável nas informações passadas ao gestor.

No segundo caso, se o acordo não for escorado em dispositivo de lei, como ocorre na Lei nº 9.469/97³³, o advogado público estará dispondo da coisa pública, ou melhor, interpretando como o interesse público seria mais bem atendido no caso concreto, por ato próprio.

Nessa situação, é de suma relevância que a proposta de acordo seja submetida às instâncias superiores da Procuradoria ou da Advocacia Geral, como ocorre nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, prevista na Lei nº 13.140/15. Isso porque, ao assim fazê-lo, o advogado estará chamando o seu órgão a manifestar-se oficial e institucionalmente. Ao seguir a posição estabelecida pelas instâncias superiores, o advogado público estará apenas manifestando a vontade de seu órgão naquele acordo e não a sua própria vontade, o que o isenta de qualquer responsabilização pessoal.

Ocorre que, em razão das circunstâncias do caso concreto, o advogado público pode se deparar com uma situação em que deverá tomar a decisão de fazer ou não determinado acordo sem que seja possível

33 Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (Vide Lei nº 13.140, de 2015) (Vigência). § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Art. 1º B. Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 60 (sessenta). (Redação dada pela Lei nº 12.716, de 2012) (Vide Lei nº 13.140, de 2015) (Vigência).

ouvir previamente as instâncias superiores do órgão jurídico ou obter a assinatura do agente político no ajuste.³⁴

Nesse caso, a responsabilidade do advogado público que firmar o acordo de forma autônoma será analisada sob dois aspectos: (I) a sua conclusão relativa às questões jurídicas do acordo – chances de êxito da demanda, análise de precedentes análogos e do posicionamento doutrinário e jurisprudencial; (II) o bem jurídico ou o *quantum* oferecido para se realizar o acordo quanto aos parâmetros de economicidade.

O primeiro item de análise seguirá a regra geral da inviolabilidade no exercício da função, rompida apenas pelo dolo ou erro inexcusável do advogado público.

O segundo aspecto, contudo, pode vir a ser questionado em razão dos parâmetros de economicidade do acordo, seja pelo controle interno (poder de autotutela) seja pelo controle externo (Tribunal de Contas, ações do Ministério Público, ação popular etc.), pois o advogado público assumiu a função de gestor ao decidir qual seria o valor ou bem entregue para fechar o acordo, agindo com ampla margem de discricionariedade.

Para que o advogado público não seja responsabilizado, passa o presente artigo a desenvolver alguns parâmetros para sua atuação.

5 PARÂMETROS PARA A PROMOÇÃO DE ACORDO LEGÍTIMO PELO ADVOGADO PÚBLICO

Para que o advogado público possa realizar acordo, ele deverá seguir certos parâmetros, de modo que este seja considerado legítimo, isentando-o de qualquer responsabilização ou sanção e, assim, fazendo com que o acordo esteja em consonância com o interesse público.

34 “Os denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos. Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo. Nunca é demais lembrar a precisa e preciosa observação de Pontes de Miranda: o procurador não representa; ele apresenta o Estado. [...] Quem melhor pode avaliar esse contexto no caso concreto é o advogado público, que valora a situação conforme os princípios e valores constitucionais (juridicidade), pesquisa e analisa jurisprudência e precedentes judiciais, auxilia na ponderação de valores em cada caso e se utiliza de todas as técnicas jurídicas disponíveis à solução do caso. Ora, o Advogado Público é quem possui a autoridade intelectual à promoção da escorreita aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o poder público.”. (SCHREIBER, Rafael. Acordos judiciais e extrajudiciais feitos por advogado público, sem lei prévia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.122, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 16 dez. 2015).

Quando se fala em parâmetro para realizar acordos, se quer dizer que o advogado público terá à sua disposição diversos instrumentos, tanto para objetivar a sua proposta como para medir a vantajosidade do acordo a ser promovido.

Essas medidas serão de fundamental importância para o advogado público motivar a sua decisão de celebrar o acordo e, portanto, justificar perante os órgãos de controle a razão pela qual entendeu que aquele ajuste era a melhor opção para o Estado na situação concreta.

5.1 PRIMEIRO PARÂMETRO: PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O primeiro parâmetro a ser analisado parte do princípio da isonomia, de acordo com os seguintes pontos:

5.1.1 DEMANDAS ANÁLOGAS DEVEM GERAR ACORDOS ANÁLOGOS

Pelo princípio da isonomia, em demandas análogas os acordos também devem ser celebrados de forma semelhante.

Contudo, isso não quer dizer que o mesmo valor será acordado a todos os casos que se discuta determinada verba, por exemplo, destinada ao servidor público. Ao contrário, este parâmetro indica que o advogado público poderá utilizar casos anteriores em que foi promovido o acordo no valor “X” para justificar porque o acordo atual foi celebrado pelo valor “1,2X”.

Desta forma, o advogado público atuará pesando as circunstâncias de cada caso concreto para que seja atingido o melhor acordo, conforme interesse público.

5.1.2 DEMANDAS IGUAIS PODEM RECEBER TRATAMENTO UNIFICADO

Se o tema que se apresenta em uma demanda for de interesse de toda uma categoria ou grupo de pessoas, o advogado público pode procurar resolver a situação de todos de maneira uniforme. Seja os convidando a uma única mesa de negociação, seja formulando uma mesma proposta individualmente a todos os interessados.

O tratamento unificado visa a maior celeridade na resolução do conflito.

Assim, se o advogado público vislumbrar que determinada verba interessa a uma categoria de 2.000 servidores públicos, ele pode negociar com o presidente do sindicato, ou com os próprios empregados, valor igual para quitar a dívida com cada um. Aqueles que aceitarem firmarão o acordo, os demais poderão pleitear o direito perante o Poder Judiciário.

5.2 SEGUNDO PARÂMETRO: ANÁLISE DO RISCO DA DEMANDA

Na iniciativa privada, anteriormente à operação de fusão e aquisição de empresas, promove-se a *due diligence*.³⁵ No âmbito jurídico, a *due diligence* tem como objetivo, também, mapear os riscos advindos dos processos jurídicos que a empresa responde. Assim, cada processo é analisado, verificando se este tem chance provável, possível ou remota de perda. Além disso, nas demandas tributárias ou nas que se pleiteia dano material, é possível traduzir essa análise de risco em números.

Esse risco é analisado por meio da investigação de demandas análogas pretéritas. Embora o Poder Judiciário não tenha entendimento uniforme em todos os casos, a partir da verificação nos processos perante as Varas da Fazenda Pública e o Tribunal de Justiça ou Federal o advogado público consegue vislumbrar se o processo tem chance provável, possível ou remota de perda.

Desta forma, uma vez que o advogado público atua em contato constante com esse tipo de processo, o acesso e coleta de dados e informações para avaliar o risco e grau de plausibilidade de ações judiciais é grande, ensejando a possibilidade de o advogado público prever parâmetros mais seguros para celebrar acordo e justificá-lo perante os órgãos de controle posteriormente.

35 “[...] e, por fim, os documentos relativos a aspectos *judiciais* da empresa alvo (incluindo cópia integral de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais, ou, ao menos, das principais peças e decisões, respectivos relatórios de acompanhamento, seja de demandas em curso, na esfera arbitral, judicial ou administrativa, ou já transitadas em julgado, notificações, trocas de correspondências, protestos, intimações ou outros documentos que denunciem um estágio pré-litigioso, multas, autuações, bem como processos ou procedimentos iniciados ou por se iniciar perante as autoridade concorrenciais)”. (SANTOS, Marina França. **O dever da administração pública de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos**. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/o_dever_da_administracao_publica_de_promover_a_justica-_eficiencia__moralidade_e_juridicidade_na_sol.pdf> Acesso em: 15 dez. 2015).

O acesso a essas informações e a avaliação do advogado serão mais acertados e possibilitarão a celebração de acordos mais favoráveis ao Estado, fazendo com que as ações “eternas” e onerosas sejam reduzidas no Judiciário.

Com esses dados objetivos, o advogado público estará seguro para justificar, perante os órgãos de controle, os elementos que levaram à celebração do acordo, demonstrando que o interesse público foi observado no caso concreto, seja para evitar resultado gravoso para a Fazenda Pública, seja para conseguir algo que ele não obteria em sentença judicial.

5.3 TERCEIRO PARÂMETRO MAPAN³⁶

O terceiro parâmetro de atuação de um advogado público na celebração de acordo seria o que Ury e Fisher denominam de MAPAN³⁷, ou seja, a Melhor Alternativa Para Um Acordo Negociado.

Nesse quadro, o advogado, ao atuar em negociação, deve saber, concretamente, qual seria a consequência para a administração pública caso o acordo não seja celebrado. Para que esse conceito fique mais claro, basta pensar em um macaco pulando de galho em galho. Se o acordo proposto é um “galho” para o qual o macaco vai se dirigir, qual seria o outro “galho” a que ele se dirigiria caso o primeiro não existisse? Ou seja, durante a celebração do acordo, qual seria a melhor opção a ser adotada, aquela apresentada na mesa de negociação ou outra à disposição do advogado público?

Esse parâmetro está diretamente ligado ao item 5.2, uma vez que a avaliação desse acordo dependerá do acesso aos dados coletados dos outros processos e decisões que o advogado tem acesso relativos ao mesmo tipo de conflito. Utilizando esses parâmetros, o advogado será capaz de

36 Em inglês: BATNA: *Best Alternative to a Negotiated Agreement*.

37 “Qual seria a sua MAPAN – melhor alternativa para um acordo negociado? Este é o padrão de medição com que qualquer proposta de acordo deve ser comparada. Este é o único padrão que poderá protegê-lo tanto de aceitar termos excessivamente desfavoráveis quanto de rejeitar termos que seriam de seu interesse aceitar. Sua MAPAN não apenas é uma forma de mensuração melhor. Tem também a vantagem de ser suficientemente flexível para permitir a exploração de soluções imaginativas. Em vez de eliminar qualquer solução que não alcance o seu valor final, você poderá comparar a proposta à sua MAPAN para verificar se ela atenderia melhor aos seus interesses.” (URY, William; FISHER, Roger. **Como chegar ao sim** – como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 107).

identificar qual o melhor acordo a ser celebrado e em quais casos poderá ser celebrado.³⁸

Com esse espectro de dados, o advogado público terá a noção quase exata de qual serão as consequências da não realização do acordo, pois saberá, de antemão, qual é o valor médio que os juízes condenam a Fazenda em casos análogos ou qual é o bem jurídico que as decisões judiciais costumam retirar da Fazenda em outros casos semelhantes.

Assim, conforme o terceiro parâmetro, o advogado poderá demonstrar que realizou o acordo, pois a “melhor alternativa para o acordo negociado” era muito pior do que o ajuste que foi firmado. Nesse contexto, ele justificará, objetivamente, perante os órgãos de controle, que o acordo protegeu o interesse público e não violou o princípio da indisponibilidade tampouco o da economicidade (pois o “não acordo” redundaria num prejuízo maior ao Estado). Ao assim proceder, o advogado estará isento de qualquer responsabilidade, seja no âmbito cível, criminal ou disciplinar.

6 CONCLUSÃO

A terceira onda renovatória do processo está sendo implementada no Brasil e não há como excluir os litígios, envolvendo o Estado, desse movimento, pois a melhoria do Poder Judiciário depende da redução da litigiosidade excessiva do próprio Estado.

Assim, a atuação da advocacia pública tende a modificar-se paulatinamente. De um cenário de obrigatoriedade de imposição dos recursos possíveis até uma realidade em que, previamente à contestação da ação, o procurador ou o advogado público terá que avaliar se a feitura de um acordo não seria mais vantajosa para o Estado.

Nesse contexto, os acordos celebrados pelo Estado não podem significar renúncia a uma posição ou a disposição de direito indisponível. A análise da efetivação do interesse público dá-se a partir do entendimento de que as negociações devem ser pautadas em princípios e não em posições.

38 “Embora a sua MAPAN seja a verdadeira mensuração pela qual você deva julgar qualquer proposta de acordo, pode ser que você também queira fazer algum outro teste. Para saber com antecedência se o conteúdo de um possível acordo está começando a correr o risco de se tornar pouco atrativo, ajudaria identificar algum acordo que estivesse longe de ser perfeito, mas que fosse melhor que a sua MAPAN. Antes de aceitar qualquer acordo pior que esse sistema de alerta, você deveria pedir um tempo e reexaminar a situação.” (Ibid., p. 108).

O princípio da indisponibilidade será devidamente cumprido por acasão da realização de um acordo em que sejam observados os princípios da administração pública, especialmente os da legalidade, eficiência e economicidade.

Há casos em que o prejuízo do Estado será maior se o advogado público agarrar-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público e deixar de realizar acordo no qual a parcela da posição do Estado cedida ao adversário seja insignificante diante de sentença que julgue totalmente procedente os pedidos do cidadão.

Nessa tarefa, o advogado público ver-se-á exposto à nova forma de responsabilização. Se ele assina o termo de acordo juntamente com a autoridade pública, a responsabilidade será idêntica à do parecerista, pois o advogado público está, naquele momento, apenas orientando o agente público na realização do acordo.

Se o advogado público assina acordo por si só, é de suma relevância que a proposta seja submetida às instâncias superiores da Procuradoria ou da Advocacia Geral, para que a posição firmada seja a posição do órgão e não pessoal dele.

Caso o advogado público não adote essa cautela, a sua conduta será analisada sob dois aspectos: (I) a sua conclusão relativa às questões jurídicas do acordo, que terá o mesmo objeto de análise do parecer (responsabilidade apenas em caso de dolo ou erro inexcusável); (II) o bem jurídico ou o *quantum* oferecido para se realizar o acordo quanto aos parâmetros de economicidade (pode vir a ser questionado em razão dos parâmetros de economicidade do acordo).

Para que o advogado público não seja responsabilizado nessas esferas, são sugeridos os seguintes parâmetros para sua atuação: (a) princípio da isonomia; (b) análise de risco da demanda; (c) MAPAN.

A partir do princípio da isonomia, o advogado público adota o pressuposto de que demandas análogas devem gerar acordos análogos e de que demandas iguais podem receber tratamento unificado.

Quanto à análise de risco da demanda, o advogado público investiga as demandas análogas pretéritas para avaliar o risco e grau de plausibilidade das ações judiciais, podendo prever parâmetros mais seguros para celebrar acordo e justificá-lo perante os órgãos de controle posteriormente.

Com relação à melhor alternativa para acordo negociado, o advogado público, ao atuar em uma negociação, deve saber, concretamente, qual será a consequência para a administração pública caso o acordo não seja celebrado.

Ao adotar essas medidas, o advogado público poderá participar de negociação e celebrar acordos com a segurança de que está materializando o princípio da indisponibilidade do interesse público e promovendo o melhor resultado para o Estado e para a sociedade, não resultando qualquer responsabilidade pessoal em decorrência desse ato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.631-6/DF**, Relator Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado pelo Tribunal Pleno em 09.08.2007. Brasília: DJe, jan. 2008.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Maria Sylvia Zanella. Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

GAZDA, Emmerson. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 23, n. 83, p. 131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www>>.

egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19849-19850-1-PB.pdf>
Acesso em: 14 fev. 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Futuro da advocacia pública: prevenção e conciliação. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-28/futuro-advocacia-publica-prevencao-conciliacao>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. **A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações**. 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399441>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan./dez. 2009, p. 303-322.

PONTES, Evandro Fernandes de. **Representation and warranties no direito brasileiro**. Coleção Insper. São Paulo: Almedina, 2014.

SANTOS, Marina França. **O dever da administração pública de promover a justiça**: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/o_dever_da_administracao_publica_de_promover_a_justica_eficiencia_moralidade_e_juridicidade_na_sol.pdf> Acesso em: 15 dez. 2015.

SCHREIBER, Rafael. Acordos judiciais e extrajudiciais feitos por advogado público, sem lei prévia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4.122, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público:** consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 23 fev. 2017.

URY, William; FISHER, Roger. **Como chegar ao sim:** como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na justiça federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da PGFN**. 2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/012.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2017.

O DIREITO DE NÃO SE VER METADE AO ESPELHO: MECANISMOS DE CONCREÇÃO DA LIBERDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO

Hugo Damasceno Teles¹

Renata Barbosa Fontes²

RESUMO: Este trabalho apresenta o uso do nome social e a alteração do registro civil por pessoas trans como mecanismos de garantia do direito de liberdade de gênero. Insere o tema nas óticas dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Analisa o atual contexto brasileiro e internacional das discussões sobre esses assuntos. Com relação ao nome social, destaca-se a recente possibilidade de adoção do nome social na Administração Pública federal, a proposta legislativa contrária e a necessidade de lei específica para o exercício desse direito. Sobre a alteração do nome e do gênero nos registros civis, debate-se a real necessidade de intervenção judicial, as propostas legislativas e como a jurisprudência tem mudado.

Palavras-chave: Liberdade de gênero. Identidade de gênero. Transexuais. Travestis. Transgêneros. Nome social. Registro civil. Cirurgia de transexualização.

THE RIGHT TO DO NOT GET RECOGNIZED HALF IN THE MIRROR: MECHANISMS TO ACTUALIZE THE FREE GENDER IDENTIFICATION IN BRAZILIAN LAW

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2002), especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (2004), advogado sócio da Advocacia Fontes Advogados Associados S/S, email: hugo@advocaciafontes.com.br

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (1987), especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB (2001), Subprocuradora-Geral do Distrito Federal, advogada sócia da Advocacia Fontes Advogados Associados S/S, email: renata@advocaciafontes.com.br

ABSTRACT: This paper presents the use of the social name and the change of the civil registry for trans people as mechanisms to ensure the right to free gender identity. Inserts the subject from the viewpoints of human rights and human dignity. Analyzes the current Brazilian and international context of discussions on these matters. Regarding the social name, this article highlights the recent possibility of adopting the social name in the federal public administration, the legislative proposal against it and the need for a specific law to exercise that right. About the change of name and gender in civil records, it debates the legislative proposals, the real need of judicial intervention and how the court decisions have changed.

Keywords: Free gender identity. Transsexuals. Transvestites. Transgender. Social name. Civil registry. Transgender surgery.

1 INTRODUÇÃO

Tornaram-se comuns as notícias de que órgãos públicos, país afora, passaram a permitir o uso do nome social por pessoas travestis, transexuais e transgêneros. Em regra, esse direito pode ser exercido tanto pelos servidores como pelos cidadãos que se relacionam com a Administração Pública. Disso surge o debate natural em que esse movimento de emancipação é fortemente combatido.

As próximas linhas buscam aprofundar essa discussão, especialmente demonstrar como os mecanismos jurídicos disponíveis para a concretude da liberdade de gênero (nome social e alteração do registro civil das pessoas trans) se adequam à ordem jurídica vigente e às propostas legislativas ligadas ao tema.

O marco teórico são as concepções contrahegemônicas da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. A partir dessa baliza, estuda-se a percepção internacional sobre a livre identidade de gênero e como ela tem sido tratada no Brasil. Dá-se destaque ao recente decreto presidencial que possibilita a adoção do nome social na Administração Pública federal. Analisam-se as posições contrárias e como elas interferem no cenário jurídico atual, mesmo diante de lei ordinária específica que cuide do tema.

Também se propõe uma reflexão pouco mais aprofundada: presumindo o direito ao nome social como uma solução desburocratizada,

mas não definitiva, aponta-se a alteração do nome e do gênero constantes do registro civil como medida importante. E com base nas proposições legislativas em torno desse assunto, discute-se a real necessidade de intervenção do Poder Judiciário para tutelá-lo, identifica-se a exigência da cirurgia de transexualização como odiosa e se descreve sucintamente como a jurisprudência lida com tudo isso.

2 LIVRE IDENTIDADE DE GÊNERO COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS HUMANOS

Todos têm uma identidade de gênero, assim como têm uma identidade nacional, familiar, profissional, religiosa (ainda que caracterizada pela ausência de religião). Existem ainda outras exteriorizações e interiorizações da personalidade e percepção humanas. O gênero é apenas uma das diversas exteriorizações da individualidade.

A identidade de gênero é um sentimento profundo de se perceber masculino, feminino, de se identificar de modo diferente dessas duas concepções ou até mesmo com ambas, simultaneamente.³ (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2013, p. 3).

Este estudo foca uma identidade de gênero específica: a de todas as pessoas transexuais, travestis ou simplesmente trans, cujo sentimento de gênero é diferente do sexo biológico. Mas é importante registrar que há várias outras identidades trans, entre as quais se destaca a conhecida como terceiro gênero (sentimento simultâneo de masculinidade e feminilidade) ou o gênero variante.

3 O Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas divulgou relatório de discussão em 2013 intitulado "Transgender Health and Human Rights". Nele, identidade de gênero é conceituada desta forma: "*Gender identity*: Every human being has a gender identity—a deeply felt sense of being male, female, or something other or in-between. This discussion paper uses the term 'trans' to include all people whose internal sense of their gender (their gender identity) is different from the sex they were assigned at birth.

Recognizing and accepting someone for who they are upholds their dignity as a person. Someone born female who identifies as male is a transman. He might also use the term 'FtM' or 'F2M', or simply 'male' to describe his identity. A trans woman is someone born male who identifies as female. She might describe herself as MtF, M2F or female. There are many other trans identities, including those that describe a third gender, being both male and female, or identifying as gender non-conforming or gender variant. The opposite term to transgender is 'Cis-gender'. It refers to someone whose biological sex matches their gender identity".

A identidade de gênero das cidadãs e cidadãos trans é tema ligado à dignidade humana, aos direitos humanos e à inviolabilidade da vida privada, previstos respectivamente no art. 1º, inc. III, no art. 4º, inc. II e no art. 5º, inc. X, todos da Constituição Federal (BRASIL^A, 1988). Deve-se nortear, portanto, pelo princípio de agência humana: o ser humano tem o direito de criar, de recriar, de significar e de ressignificar o seu mundo a partir dos seus próprios referenciais e horizontes (RUBIO, 2014, p. 105-106). E não a partir da paisagem imposta por padrões alheios, que ele não reconhece.

O Conselho Federal de Psicologia (BRASIL^B, 2013), por meio de nota técnica, considera que “a transexualidade e a travestilidade não constituem condição psicopatológica, ainda que não reproduzam a concepção normativa de que deve haver uma coerência entre sexo biológico/gênero/desejo sexual”. E orienta a (o) psicóloga (o) a considerar “a diversidade subjetiva da pessoa que livremente optar pelo processo transexualizador” e buscar respaldo teórico para a superação da heteronormatividade.

3 RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DA LIBERDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO

Justamente por se ligar à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, a identificação de gênero, há um reconhecimento internacional da liberdade de identificação de gênero.

Em 2007, um painel internacional de 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e reconhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, reuniu-se em Yogyakarta, Indonésia, e adotou uma série de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Eles são reconhecidos globalmente como “Princípios de Yogyakarta” (THE YOGYAKARTA PRINCIPLES, 2007, p. 6) e têm como premissa o entendimento de que:

‘identidade de gênero’ é entendida como a experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por

livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.⁴

O princípio nº três é o “direito ao reconhecimento perante a lei” e tem como baliza o fato de que “A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade” (THE YOGYAKARTA PRINCIPLES, 2007, p. 12). Como consequência, os Estados são orientados a

B. Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

C. Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

[...]

E. Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

F. Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.⁵

4 Tradução livre feita pelos autores do texto original, em francês, com a seguinte redação:

“L’identité de genre est comprise comme faisant référence à l’expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu’elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l’apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d’autres expressions du genre, y compris l’habillement, le discours et les manières de se conduire”.

5 Tradução livre feita pelos autores do texto original, em francês, com a seguinte redação:

“B. Prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, nécessaires pour respecter pleinement et reconnaître légalement l’identité de genre telle que chacun l’a définie pour soi-même;

C. Prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, nécessaires pour assurer l’existence de procédures par lesquelles tous les documents émis par l’État indiquant l’identité de genre d’une personne — y compris les certificats de naissance, les passeports, les registres électoraux et d’autres documents — reflètent l’identité de genre profonde telle que définie par chacun pour soi-même;

(...)

Em novembro de 2011, o Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio de relatório oficial submetido à Assembleia Geral (NAÇÕES UNIDAS^A, 2011, A/HCR/RES/17/19), expressou grande preocupação com a falta de garantias para o reconhecimento das identidades das pessoas transexuais e travestis, elencando como prática discriminatória toda e qualquer limitação ao reconhecimento de gênero. O Estado brasileiro, na condição de membro do Conselho de Direitos Humanos da ONU, votou favoravelmente ao relatório (NAÇÕES UNIDAS^B, A/HRC/19/41).

A Organização dos Estados Americanos (OEA^A, 2012) tem afirmado fortemente os direitos das pessoas trans por meio de resoluções da sua Assembleia Geral sobre orientação sexual e identidade de gênero. Em junho de 2013 (OEA^B, 2013), também mediante a concordância do Brasil, adotou uma convenção interamericana contra todas as formas de discriminação e intolerância, listando explicitamente a identidade de gênero e de expressão como fatores de exclusão e desigualdade a serem superados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA^C, 2015, p. 41), na sentença proferida no caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica* (em novembro de 2012), firmou que “a proteção à vida privada abarca a preservação da capacidade de desenvolvimento da própria personalidade e aspirações e de determinação da sua própria identidade e definição das suas próprias relações pessoais”. E mais: que “o conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia e desenvolvimento pessoais e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior”.⁶

E. Garantir que les modifications apportées aux documents d'identité soient reconnues dans toutes les situations où l'identification ou la catégorisation des personnes en fonction du sexe est requise par la loi ou une politique;

F. Mettre en place des programmes ciblés afin d'apporter un soutien social à toutes les personnes subissant une transition ou une réassignation de sexe”.

6 Dessa mesma sentença ainda se extrai o seguinte sobre a proteção à vida privada:

“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”.

4 A ADOÇÃO DO NOME SOCIAL COMO ELEMENTO GARANTIDOR DA LIBERDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO

A utilização do nome social pelas pessoas trans é uma das formas de se garantir concretamente a liberdade de identificação de gênero. Ele consiste no nome, diferente daquele constante dos registros civis, pelo qual as pessoas trans se identificam, são reconhecidas e chamadas socialmente.

Cuida-se de saudável solução desburocratizada, temporária e inclusiva. Em especial porque, no Brasil, as pessoas trans somente podem alterar o nome e o gênero registrados nos seus assentos civis mediante ação judicial, o que, de um modo geral, leva um bom tempo. Assim, o uso do nome social, apesar de não ser uma solução definitiva, é um importantíssimo passo para a inclusão de grupos marginalizados.

O recentíssimo Decreto nº 8.727, de 28.04.2016 (BRASIL^C, 2016) dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas travestis e transexuais na administração pública federal (direta, nas autarquias e nas fundações públicas).

Em síntese, o citado decreto diz que todos os formulários, fichas, registros, cadastros devem ter dois campos de identificação do servidor: nome civil (aquele que consta do registro civil) e o nome social (nome pelo qual a pessoa travesti e transexual se identifica e é socialmente reconhecida). E diz travestis e transexuais têm o direito de serem tratados pelo nome social nas suas relações com a Administração Pública.

Em 18.05.2016, a bancada de deputados que se identifica como evangélica apresentou um projeto de decreto legislativo, PDC nº 395/2016 (BRASIL^D, 2016), que pretende sustar o Decreto nº 8.727/2016. Na justificação do projeto, argumenta-se que o decreto da presidente usurpa a competência legislativa e as prerrogativas do Poder Legislativo. Em outras palavras: diz que o tema “nome social das pessoas travestis e transexuais” não é matéria adstrita à reserva legal.

O Decreto nº 8.727/2016 (BRASIL^C 2016) está fundado no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal. Segundo ele, a (o) presidente da República pode, por meio de decreto, tratar da organização e do funcionamento da administração. Há duas ressalvas: não pode haver aumento de despesas nem criação ou extinção de cargos. Não há dúvidas de que o decreto não aumenta despesas nem cria ou extingue cargos.

A discussão, então, é: o decreto tratou exclusivamente da organização e do funcionamento da administração? Ou ele foi além, adentrando em tema que deve ser tratado por meio de lei?

De início, a justificação do PDC nº 395/2016 (BRASIL^D, 2016) confunde o decreto previsto no inciso VI (decreto para organização administrativa federal) com o decreto regulamentar previsto no inciso IV, todos do art. 84 da Constituição Federal. A então presidente da República não pretendeu, com o Decreto nº 8.727/2016, regulamentar lei. Ela não manifestou isso nem de maneira expressa, nem de maneira tácita. Apesar disso, toda a argumentação contrária a ele parte equivocadamente dessa premissa. Em verdade, os deputados signatários do projeto de decreto legislativo deveriam ter debatido o alcance e os limites da competência da (o) chefe do Poder Executivo para dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública federal (art. 84, inc. VI, alínea “a”). Erraram e debateram outro tema: os limites de outra modalidade de decreto, o regulamentador (art. 84, inc. IV).

A toda evidência, o Decreto nº 8.727/2016 (BRASIL^C, 2016) se adequa com perfeição ao art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal. Ele não cria direitos ou obrigações, nem usurpa a competência legislativa do Congresso Nacional. Materializa condutas meramente administrativas: cadastros, registros, fichas, formulários e congêneres devem conter, além do campo “nome civil”, a opção de indicação do “nome social”. Prevê que o nome social é uma opção e deve ser requerido pela (o) cidadã (o) servidor (a) interessada (o). E que os nomes social e civil serão excepcionalmente apresentados conjuntamente para atender ao interesse público ou para salvaguardar direitos de terceiros.

Independentemente da justificação apresentada — até mesmo porque é evidente que a (o)s deputada(o)s proponentes se movem por convicções religiosas específicas —, não se está diante de direito que dependa de lei para ser exercido ou concretizado.

Tanto é assim que o reconhecimento desse direito não é novo. Em janeiro de 2010, o Município de São Paulo permitiu o uso do nome social nos registros municipais relativos a serviços públicos (SÃO PAULO^B, 2010); em maio desse mesmo ano, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão assegurou o uso do nome social nas suas dependências (BRASIL^N, 2010); em junho de 2011, o Conselho Federal de Psicologia autorizou a inclusão do nome social na Carteira de Identidade Profissional do Psicólogo (BRASIL^E, 2011); o Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária garantiu, desde abril de 2014, o direito de a pessoa travesti ou transexual, em privação de liberdade, ser chamada pelo seu nome social (BRASIL^F, 2014); em maio de 2015, a Defensoria Pública da União, por meio da Resolução nº 108, assegurou o uso do nome social por servidores e cidadãos que utilizam os seus serviços (BRASIL^G, 2015).

Mais recentemente, em 17 de maio de 2016, Dia Internacional contra a Homofobia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL^H, 2016) caminhou no mesmo sentido e aprovou o uso do nome social por advogadas e advogados travestis e transexuais. O nome social constará da identificação profissional, ainda que ele não coincida com o nome constante do registro civil.

No Distrito Federal, esse direito foi reconhecido e negado em um intervalo de poucas horas (COELHO; HAUBERT, 2013), mediante a revogação do Decreto nº 34.350, de 08 de maio de 2013 (DISTRITO FEDERAL^A, 2013).

Apesar dessa incongruência pouco explicada até hoje, o nome social já foi formalmente instituído perante diversos órgãos distritais, como a Secretaria de Educação (DISTRITO FEDERAL^B, 2010), que permite a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos respectivos registros escolares de todas as instituições educacionais da rede pública de ensino do Distrito Federal.

Nesse cenário de avanços, impressiona a subsistência da ideia de que os direitos humanos podem ser divididos em gerações, sendo algumas autoexecutáveis e outras não, dependendo de regulamentação. Essa visão geracional de direitos é equivocada porque não se podem categorizar hierárquica e historicamente direitos em razão dos momentos em que eles foram positivados. Rubio (2014, p. 101) lembra, nesse sentido, que

[...] os direitos dos trabalhadores, mulheres, negros, povos indígenas, homossexuais, pessoas com necessidades especiais, por uma melhor qualidade de vida (ambientais) ... puderam ter processos de reconhecimento institucional de normativo posteriores a dos direitos individuais, porém seus processos de luta podem ser anteriores, simultâneos, sucessivos e com resultados díspares movidos por racionalidades, conflitos, necessidades e urgências distintas. Não é um problema de geração, mas de direitos que surgem frente a problemas e racionalidades diversas que lutam por uma hegemonia previamente estabelecida pelo grupo social [...] que conseguiu estabelecer as regras do jogo de como dar sentido ao conceito de direitos humanos.

Além disso, a teoria das gerações “abre caminho para justificativas e denegações de direitos, a partir do argumento de que a previsão formal de alguns direitos civis e políticos, dada a sua primazia, são suficientes para a realização da dignidade humana” (SOUSA JUNIOR; ESCRIVÃO FILHO; 2015, p. 49-50).

O Projeto de Decreto Legislativo nº 395/2016 (BRASIL^D, 2016) também é exemplo da concepção de que direitos humanos e a dignidade da pessoa humana contemplam separações. E que algumas gerações ou “pedaços” são autoexecutáveis, enquanto outros dependem de regulamentação ou de condições (até mesmo econômicas e financeiras) para se concretizarem (ALVES, 1994). Sobre isso, Sousa Junior e Escrivão Filho (2015, p. 47-48) registram que:

[...] os direitos humanos não estão disponíveis aos pedaços, não sendo passíveis de uma seleção em que se priorizam uns em detrimento de outros. Não podem ser fragmentados ou dissociados entre si, de tal modo que a violação de um direito humano impacta imediatamente em diversos outros correlatos, como um efeito dominó, ao passo que a efetivação de um direito fortalece a garantia e a própria efetivação de uma série de outros direitos intrínsecos à sua realização.

Essas são as ideologias jurídicas ocultas do projeto de decreto legislativo proposto pela frente parlamentar que se diz evangélica. E há muito que a filosofia política, a antropologia e a sociologia do direito já superaram essa concepção que, em última análise, objetiva concentrar nas mãos de poucos a definição de dignidade humana e de direitos humanos.

Em verdade, a dignidade humana não depende de lei para ser respeitada e materializada por qualquer um dos poderes da República ou por quem quer que seja. É ilógico pretender condicionar à lei (formalmente elaborada pelo Congresso Nacional) o direito de se reconhecer, de ser visto e de ser identificado como se realmente é. É o mesmo que se exigir uma lei para o exercício do direito à liberdade de pensamento e crença, ou uma lei que garanta o direito de se sentir bem consigo mesmo.

O escritor português Mãe (2013, p. 11), nas primeiras linhas da obra “O filho de mil homens”, narra a angústia da personagem central, o pescador Crisóstomo. Em certa etapa da vida, ele

[...] sentia que tudo lhe faltava pela metade, como se tivesse apenas metade dos olhos, metade do peito e metade das pernas, metade da casa

e dos talheres, metade dos dias, metade das palavras para se explicar às pessoas. Via-se metade ao espelho e achava tudo demasiado breve, precipitado, como se as coisas lhe fugissem, a esconderem-se para evitar a sua companhia. Via-se metade ao espelho porque se via sem mais ninguém, carregado de ausências e de silêncios como precipícios ou poços fundos. Para dentro do homem era um sem fim, e pouco ou nada do que continha lhe servia de felicidade. Para dentro do homem, o homem caía.

Falar do direito de se identificar como realmente se é, é falar do direito de não se sentir pela metade. Ou melhor: do direito de sentir-se por inteiro. Direito que não se extrai e que não pode ser limitado por nenhuma lei, código, estatuto ou tratado. Surge do mais profundo sentimento de não se ver metade ao espelho. De se concretizar como ser humano pleno. De gozar verdadeiramente o direito à felicidade.

Por certo, esse sentimento não é natural a todo ser humano. Nem todos se sentirão pela metade, como o pescador Crisóstomo. Mas aqueles que vivem esse sentimento — e aí estão as pessoas trans que não podem se externar como realmente são —, têm o direito de supri-lo.

O direito de não se sentir pela metade, o direito de se sentir por inteiro, independentemente das razões desse sentimento, não está dentre aqueles assuntos circunscritos à reserva legal.

A utilização do nome social é condição mínima de dignidade e de qualidade de vida da pessoa transexual ou travesti. A transexualidade e outras vivências trans são algumas das múltiplas possibilidades de vivência da existência e sexualidade humanas. Por isso, devem ser compreendidas, acolhidas e apoiadas.

Conforme já reconhecido cientificamente, as pessoas trans constroem sua identidade (própria e social) em oposição ao sexo biológico. Por isso, sujeitam-se a constrangimentos quando são obrigadas a adotar nome (o do registro civil) incompatível com a sua identidade de gênero.

Não é razoável, portanto, sustentar que a dignidade da pessoa humana, o princípio de agência humana, a proteção à vida privada e o direito à autonomia pessoal de identidade própria (física e/ou social) dependam de lei ou de qualquer outra manifestação positiva do direito para se efetivarem.

Os domínios (amplos) da reserva legal não podem ser alargados a ponto de impedir que qualquer pessoa tenha a sua identidade de gênero autodefinida, pois esse é um dos aspectos mais básicos da autodeterminação de qualquer ser humano. Em outras palavras, a lei não pode impedir a autodefinição de nenhum aspecto da personalidade e individualidade humanas. Tampouco pode restringir as concretudes dessa liberdade de autoidentificação.

Por isso tudo é que o Decreto nº 8.727/2016 (BRASIL^C, 2016) não transbordou os limites impostos pelo art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal. Esse mecanismo legal apenas tratou de questões administrativas ligadas a direito que não depende de processo legislativo: o direito de se sentir por inteiro, de se olhar no espelho e de se reconhecer plenamente.

5 ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL E DO GÊNERO DAS PESSOAS TRANS E A CONCRETIZAÇÃO FORMAL DA LIBERDADE DE IDENTIDADE DE GÊNERO

O uso do nome social, apesar de constituir medida importante para a inclusão social das pessoas trans, não é uma solução definitiva. Somente a alteração do nome e do gênero no registro civil é que permitirá a alteração dos seus documentos de identificação (identidade, carteira de motorista, passaporte, carteira de trabalho, CPF, etc.).

No Brasil, essa alteração do registro civil só é possível por meio de autorização judicial. A exigência está prevista no art. 57 da Lei de Registros Públicos nº 6.015/73⁷ (BRASIL^O, 1973). Como se vê, o legislador brasileiro entende ser indispensável a via judicial para que se tenha maior segurança jurídica, uma vez que a alteração do nome e do gênero da pessoa poderia permitir, por exemplo, que foragidos da justiça permaneçam impunes. Esse entendimento, no entanto, não está correto.

Em outros países, como na vizinha Argentina, Noruega, Austrália, Canadá, Dinamarca, Espanha, Equador e Inglaterra (DIAS, 2014, p. 290), esse procedimento é feito administrativamente. Para tanto, são necessários os mesmos documentos que exigidos judicialmente no Brasil, garantindo-se, com isso, a mesma segurança da via judicial.

7 Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

Sabe-se que, no Brasil, por exemplo, já é possível a realização de divórcios e inventários por via administrativa, por escritura pública. Sem a interferência do Poder Judiciário, portanto. Se é assim, não há dúvidas de que a alteração do nome e do gênero nos assentamentos civis das pessoas trans poderia se dar da mesma forma, garantindo-se maior celeridade e sigilo ao procedimento.

Nesse sentido é o anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual (ANTEPROJETO de lei, 2011), apresentado à Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. No capítulo específico sobre o “Direito à Identidade de Gênero”, há a previsão de alteração do nome e sexo diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, sem a intervenção judicial.⁸

Desse mesmo capítulo também se extrai ressalva muito importante para esta discussão: a de que a retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à identidade psíquica e social, independe de realização da cirurgia de transgenitalização.⁹

Esse tema é replicado no projeto de Lei nº 5.002/2013 (PROJETO DE LEI CÂMARA..., 2013), apelidado de Lei João W. Nery, em homenagem ao primeiro transexual masculino operado no Brasil, em 1977 (JACOB, 2012). De autoria do deputado Jean Wyllys (Psol-RJ) e da deputada Erika Kokay (PT-DF), essa proposta dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/1973), possibilitando a substituição do prenome de pessoas transexuais, sem necessidade de nenhum trâmite judicial ou administrativo, dispensada a intervenção cirúrgica de transsexualização total ou parcial.

Já no Senado Federal, encontra-se em tramitação o projeto de Lei nº 658/2011 (PROJETO DE LEI DO SENADO, 2011), de autoria da Senadora Marta Suplicy. Apesar de firmar a competência do juízo da Vara de Registros Públicos para a adequação documental de nome ou sexo, essa proposta dispõe que em caso algum será exigida a cirurgia de redesignação sexual.

8 “A alteração do nome e sexo pode ser requerida diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, sem a necessidade de ação judicial”.

9 “É reconhecido aos transexuais, travestis e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização”.

Esse assunto é importante porque, independentemente de legislação em vigor, a alteração do nome civil e do gênero das pessoas trans tem sido garantida judicialmente, sem a exigência da cirurgia de transgenitalização. Embora existam decisões contrárias, tem prevalecido, felizmente, o entendimento de que a operação médica de redesignação sexual é absurda, por atingir os direitos constitucionais à dignidade, liberdade, intimidade, vida privada, honra, imagem e saúde da(o)s transexuais, transgêneros e travestis. Está em trâmite no STJ, a ADI 4.275, objetivando decisão de interpretação, conforme a Constituição, do art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registro Público), na redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.708/98.

Há diversos julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (SÃO PAULO^A, 2016, ESTADO)¹⁰ e do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2014)¹¹ nesse sentido.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, se observa bem a evolução desse debate. Até 2014 (BRASIL^J, 2014), entendia-se que a cirurgia era indispensável para alteração do gênero no registro civil, ainda que haja a demonstração de que o requerente identifica-se com desígnio sexual contrário ao do nascimento. Mas tal entendimento, felizmente, foi superado por todas as demais decisões que julgaram o tema em seguida (BRASIL^M, 2016). Um deles chega a registrar que “a

10 TJSP, Relator(a): Cesar Ciampolini; Comarca: Marília; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2016; Data de registro: 19/04/2016. EMENTA. Ação de retificação de registro civil de transexual. Cirurgia de transgenitalização. Dispensabilidade, para os fins pretendidos pela autora da ação. Direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e pelas normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. A Carta de Princípios de Yogyakarta garante, expressamente, a adoção do nome social, **independentemente de cirurgia**. Feminilidade evidente da autora, que se comporta e se apresenta como mulher, desde tenra idade, para seu círculo familiar e de amigos, bem como para a sociedade. Prova dos autos a comprovar este fato. Ausência de impedimento na Lei de Registros Públicos. Entraves burocráticos que não podem impedir a confirmação da identidade de gênero. Função contra majoritária da Justiça, num Estado de Direito plural como o nosso, na afirmação dos direitos das minorias. Recurso provido. Grifou-se.

11 Pedido de retificação de registro civil, com mudança do prenome e gênero. Transexual. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Características femininas. Requerente visto e reconhecido como mulher. Exame pericial que confirma o “Transtorno de Identidade Sexual”. Sentença de procedência parcial. Modificação do prenome sem mudança de gênero. Inconformismo do requerente. Matéria conhecida pelo STF como de repercussão geral, ausente, ainda, acórdão paradigmático. ADI 4.275, já tramitando perante o STF, objetivando decisão de interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registro Público), na redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.708/98, para assim reconhecer-se o direito dos transexuais à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Entendimento pela possibilidade de alteração do gênero no registro civil, **independentemente da intervenção cirúrgica**. Busca da identidade de gênero. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito da personalidade. Precedentes desta Casa.

discrepância documental entre nome e gênero exporia a parte a situações vexatórias ou ridículas, circunstância que refoge ao espírito das normas contidas na Lei de Registros Públicos” (BRASIL^K, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça, em precedente da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL^L, 2009), também já decidiu, de forma veemente,

[...] no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Como se observa, o Judiciário tem avançado no tema.

Mesmo assim, as propostas de lei mencionadas abraçam o exercício pleno da cidadania das pessoas trans, caminhando acertadamente para que elas possam se ver por inteiras no espelho.

6 CONCLUSÃO

A identidade de gênero é expressão da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. E, como exteriorização da individualidade, deve ser prestigiada, acolhida, tutelada e respeitada.

O reconhecimento internacional dessa liberdade de identificação, há muito consolidado, deve repercutir em favor das cidadãs e dos cidadãos trans brasileiros. O ordenamento constitucional já é suficiente para isso. Eventual legislação sobre o tema deve ser sempre no sentido da emancipação do indivíduo, e nunca na direção da restrição patriarcal e preconceituosa de concepções de mundo.

REFERÊNCIAS

ALVES, J.A. Lindgren. A falácia das “prestações negativas”. In: _____. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, cap. 7.

ANTEPROJETO de lei. **Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e altera as Leis.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ESTATUTO_DA_DIVERSIDADE_SEXUAL.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016, 14:54:21.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 395, de 18 de maio de 2016.** Susta o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que “Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.” Brasília, 2016c. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085024>>. Acesso em: 07 jul. 2016, 16:49:16.

_____. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº 5, de 7 de junho de 2016.** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil e altera o caput e o § 1º do art. 24, o § 1º do art. 24-A e o inciso III do art. 33, acrescenta o parágrafo único do art. 33 e altera o inciso II do art. 34, o art. 38, o § 3º do art. 128, o § 4º do art. 131, o inciso I do art. 132, o inciso II do art. 137 e os §§ 3º e 4º do art. 137-D do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 2016b. Seção 1, p. 52.

_____. Conselho Federal de Psicologia. **Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans.** Brasília, 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016, 15:33:54.

_____. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução nº 014/11.** Dispõe sobre a inclusão do nome social no campo “observação” da Carteira de Identidade Profissional do Psicólogo e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao2011_014.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2016, 16:41:05.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Poder Executivo, Brasília, DF, 17 abr. 2014. Seção 1, p. 1-2.

_____. **Constituição (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 abr. 2016. Seção 1, p. 1.

_____. Defensoria Pública da União. Resolução nº 108, de 5 de maio de 2015. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços, pelos Defensores Públicos, estagiários, servidores e terceirizados da Defensoria Pública da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2015a. Seção 1, p. 43-44.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Portaria nº 233, de 18 de maio de 2010. Assegura aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 mai. 2010. Seção 1, p. 76.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.008.398/SP. 3ª Turma. Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de outubro de 2009. **Diário de Justiça eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 18 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 20130111630845. Recorrente: D.C.N. Recorrido: N.H. Relator: Desembargador Flavio Rostirola. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2014. **Diário de Justiça eletrônico [do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Brasília, DF, 27 jan. 2015c, p. 395.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 20140710125954. Recorrente: B.F.C. Recorrido: N.H. Relatora: Desembargadora Leila Arlanch. Brasília, DF, 25 de novembro de 2015. **Diário de Justiça eletrônico [do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Brasília, DF, 16 dez. 2015d, p. 214.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 20140910181093. Recorrente: W.M.T. Recorrido: N.H. Relatora: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, DF, 4 de abril de 2016. **Diário de Justiça eletrônico [do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Brasília, DF, 19 abr. 2016d, p. 478.

COELHO, Mario; HAUBERT, Mariana. Pressão de evangélicos derrubou decreto no DF. **Congresso em foco**, Brasília, 11 mai. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/pressao-de-evangelicos-derrubou-decreto-contra-homofobia/>>. Acesso em: 03 ago. 2016, 14:11:15.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Portaria nº 13, de 09 de fevereiro de 2010. Determinar a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos respectivos registros escolares de todas as instituições educacionais da rede pública de ensino do Distrito Federal. **Diário Oficial [do] Distrito Federal**. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Seção 1, p. 12.

_____. Decreto nº 34.350, de 08 de maio de 2013. Regulamenta a Lei nº 2.615, de 26 de outubro de 2000, que dispõe sobre sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Distrito Federal**. Poder Executivo, Brasília, DF, 9 mai. 2013. Seção 1, p. 1.

GALLARDO, Helio. **Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. Tradução Patricia Fernandes. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

JACOB, Julieta. A viagem solitária de João W. Nery. **Eros'dita'**, Recife, 2012. Disponível em: <<http://erosdita.ne10.uol.com.br/2012/05/a-viagem-solitaria-de-joao-w-ner/>>. Acesso em 3 ago. 2016, 15:25:23.

MÃE, Valter Hugo. **O filho de mil homens**. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 11.

NAÇÕES UNIDAS. **17/19 Human rights, sexual orientation and gender identity**. Nova Iorque, 2011. Disponível em: <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/RES/17/19>>. Acesso em: 07 jul. 2016, 15:52:35.

_____. **Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity.** Nova Iorque, 2011b. Disponível em: <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/19/41>>. Acesso em: 07 jul. 2016, 15:59:45.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Human rights, sexual orientation and gender identity, Resolution AG/RES. 2653 (XLI-O/11).** Washington, 2012. Disponível em: <www.oas.org/en/iachr/lgtbi/docs/GA%20Res%20202721.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016, 16:06:58.

_____. **Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância.** Washington, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016, 16:12:28.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 4: Género y Derechos Humanos de las Mujeres.** San José, 2015, p. 41. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016, 16:22:36.

PROJETO. PL nº 5.002/2013 **Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973,** Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 3 ago. 2016, 15:30:07.

_____. PL nº 658/2011. **Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais,** Brasília, 27 out. 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103053>>. Acesso em: 3 ago. 2016, 15:42:35.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível n. 0013986-23.2013.8.19.0208. 17ª Câmara Cível. Apelante: Paulo Henrique Borges da Silva. Apelado: Juízo da 3ª Vara de Família do Fórum Regional do Méier da Comarca do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Rio de Janeiro, RJ, 12 mar. 2014. **Diário de Justiça eletrônico [do] Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, RJ, 21 mar. 2014.

RUBIO, David Sánchez. **Os Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 101.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0018633-80.2012.8.26.0344. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Alessandro Botelho da Silva Pereira. Apelado: Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Marília. Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. São Paulo, SP, 11 de março de 2016. **Diário de Justiça eletrônico [do] Estado de São Paulo**. São Paulo, SP, 30 jun. 2016. Seção Judicial, 2ª instância, p. 1.718.

SÃO PAULO (Município). Decreto nº 51.180, de 14 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta, conforme específica. **Diário Oficial [da] Cidade de São Paulo**. Poder Executivo, São Paulo, 15 jan. 2010, p. 3.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo e ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Para um Debate Teórico-Conceitual e Político sobre os Direitos Humanos como um Projeto de Sociedade. In: Pinto João B. M. e Souza, Eron Geraldo. **Os Direitos Humanos como um Projeto de Sociedade: desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, cultural, jurídica e socioambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 35-56.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. **The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity**. Yogyakarta, 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016, 15:43:25.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Discussion Paper: Transgender Health and Human Rights**. Nova Iorque: UNDP, 2013, p. 3. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Governance%20of%20HIV%20Responses/Trans%20Health %20&%20Human%20Rights.pdf](http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Governance%20of%20HIV%20Responses/Trans%20Health%20&%20Human%20Rights.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016, 15:14:00.

DO NECESSÁRIO RESGATE DO NEXO DE CAUSALIDADE NAS DEMANDAS REPARATÓRIAS CONTRA O ESTADO: UMA ANÁLISE ESPECÍFICA

Bárbara França Brasil¹

RESUMO: Apesar do anseio da sociedade de não deixar nenhum dano sem reparação é indispensável que os órgãos julgadores se atenham aos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil para declarar uma demanda reparatória procedente. Vive-se hoje, conforme delineado pela doutrina, a dispensabilidade dos elementos da responsabilidade civil para se imputar o dever de reparar um dano. O que fragiliza a robustez desse instituto. Entre os elementos ignorados está o nexo de causalidade. O fim com o presente artigo não é apontar o afastamento do nexo de causalidade, enquanto elemento ou pressuposto indispensável para a imputação de responsabilidade civil, nas hipóteses já sedimentadas pela doutrina e jurisprudência. Mas sim naquela em que os órgãos julgadores inconscientemente, que seja, o ignora. Esse fechar de olhos, além de se mostrar ao arrepio do ordenamento jurídico, traz intensos prejuízos ao poder público, que descentraliza a atividade administrativa, mas, ainda assim, continua a responder diretamente pelos danos que as entidades descentralizadas causam aos seus usuários. Nesse sentido, registra-se a crítica a tal comportamento.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Nexos de Causalidade. Descentralização Administrativa. Incidência da Responsabilidade Direta do Poder Público.

THE CAUSALITY IN REPARATORY DEMANDS AGAINST THE GOVERNMENT: A SPECIFIC ANALYSIS

ABSTRACT: Despite the desire of society to leave no damage without repair, it is essential that judges abide by the elements or assumptions of liability to judge a coming reparatory demand. We've been currently

1 *Procuradora do Município de Contagem. Pós-Graduada em Direito Público pela Associação dos Magistrados Estaduais – AMAGES. Coautora e Coordenadora do Livro Procuradoria Geral do Município – Questões Discursivas Comentadas e Procuradoria Legislativa – Questões Discursivas Comentadas da editora Juspodivm. Professora de Direito Civil em Cursos Preparatórios para Concursos (Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte). Palestrante. Endereço eletrônico: brasilbarbara1@yahoo.com.br.

living, as previously mentioned by the doctrine, the dispensability of the liability elements. The goal with the present article is not to point the removal of causation in cases already sedimented. But those in which the judges unconsciously ignore it. This closing of eyes, besides showing contrary to the legal system, brings intense damage to the government that decentralizes services but still continues to respond directly for the damage they cause to their users. In this sense, the criticism of such behavior is registered.

Keywords: Responsibility. Causality. Decentralizes Services. Direct government responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Como forma de repelir comportamentos humanos lesivos, em um primeiro momento histórico, o homem se deparou com a vingança promovida pela própria vítima, como mecanismo de reação à conduta do terceiro causadora de um dano. A finalidade da responsabilidade civil não era definitivamente ressarcir o ofendido, mas simplesmente punir o causador do dano. O que carregava ausência de distinção entre a responsabilidade na esfera cível e na esfera criminal. Nesse período, pré-histórico, a responsabilidade civil era pessoal, ou seja, o ofensor respondia com a sua integridade física pelos danos por ele causados, conforme ensina De farias, Rosenvald e Braga Netto (2014).

A sociedade depois de se submeter a um processo de humanização, buscou transformar a responsabilidade pessoal em responsabilidade patrimonial. De modo que o causador do dano tenha que responder com o seu patrimônio pelas ofensas perpetradas a terceiros. A sanção deixa de ser pessoal e se torna patrimonial. O lesado passa a ter o direito de ser reparado a partir do recebimento de uma quantia em dinheiro. Nesse momento surge a função clássica da responsabilidade civil, qual seja, a função reparatória, que impõe ao lesante o dever de transferir bens do seu patrimônio para o lesado.

A responsabilidade civil, pelo fato de acarretar como consequência precípua uma restrição ao patrimônio do lesante, para ser imputada a outrem impõe a comprovação dos seus elementos ou pressupostos. Sendo estes classicamente e, afastada da distinção entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva: a) conduta humana antijurídica; b) dano; c) nexo de causalidade.

Ao longo da sua existência enquanto dever pecuniário de reparação de um dano, a comprovação dos seus elementos ou pressupostos se

esvaíram. Como bem delineia Schreiber (2012), a sociedade vive um momento de erosão dos filtros tradicionais de reparação, na tentativa frequente de não deixar a vítima sem reparação.

Ao se implodir os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, o nexo de causalidade não se manteve ileso. Um bom exemplo se afigura na responsabilidade objetiva fundada no risco integral por danos causados ao meio ambiente, a qual a jurisprudência² reconheceu a imputação de responsabilidade independente de o dano ter sido proveniente de um “fato exclusivo da vítima”, “fato exclusivo de terceiro” ou “caso fortuito/força maior”. Afamadas por serem as excludentes do nexo de causalidade que afastam o dever de reparar.

Registra-se, pois, que o objetivo desse trabalho não é discutir as hipóteses legais ou reconhecidas pela doutrina (Schreiber, 2012) e admitidas pela jurisprudência em que a ausência do nexo de causalidade gera a responsabilidade civil. O objetivo é trazer à discussão e reflexão, em um viés totalmente civilista, por ser este o ramo do Direito que constrói a base da responsabilidade civil, a imputação de responsabilidade civil ao Estado, leia-se, Administração Pública direta, quando este descentraliza serviços públicos inseridos inicialmente no seu rol de competências e transfere sua execução para pessoas jurídicas próprias e, estas, na condução da atividade que lhes foi transferida, causa danos a terceiros, usuários do serviço.

Pretende-se demonstrar, dessa forma, que ao se atribuir responsabilidade civil aos entes federados outorgantes do serviço público está-se ignorando as teorias estudadas no Direito Civil que visam delimitar no caso concreto quando haverá ou não nexo de causalidade.

2 DA FUNÇÃO REPARATÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À FUNÇÃO PRECAUCIONAL

Como bem informam De Farias, Rosenvald e Braga Netto (2014), aos discorrer sobre as funções da responsabilidade civil, há como a primeira delas a função reparatória. Esta tem o condão de restituir a vítima, titular do direito subjetivo violado, ao seu *status quo ante*, isto é, a situação jurídica anterior ao dano suportado. Para tanto, essa função visa recompor a situação jurídica do lesado por intermédio de desembolso financeiro.

A responsabilidade civil, enquanto dever de reparar um dano causado por outrem (art.927, CC)³, mantém como função precípua a

2 REsp 1.374.284-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014.

3 Art.927. “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

reparadora, mas nesta não se limita. Ao lado da função reparadora, apresenta-se a função punitiva. Esta, também de natureza econômica, tem o objetivo de aplicar uma sanção civil ao ofensor com o fim de inibir um comportamento ilícito, servindo como critério de frenagem para a prática de novas condutas do mesmo modo reprováveis.

Desprovida de caráter econômico, a função precaucional, por sua vez, pretende impedir que uma conduta potencialmente danosa, ainda não efetivamente perpetrada, venha a ocorrer e cause danos que até então pairavam no campo da probabilidade. Não se conhece ao certo o que acontecerá, mas sabe-se da sua potencial ocorrência. Antevendo-as, adota-se um comportamento precaucional. Precaver se mostra menos oneroso que reparar.⁴

A função precaucional mostra-se intensa no direito ambiental que tem como um dos seus princípios, a Precaução. Inserto no art. 15 da Declaração do Rio de 1992 ao qual estabelece que “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. Conforme leciona Amado (2016), o benefício da dúvida deverá militar em favor das pessoas, e não do poder econômico.

A função precaucional abre portas para a imposição de determinadas sanções àquele que desenvolve uma atividade potencialmente causadora de um dano. Como técnica de controle social, essas sanções poderão consistir desde proibições do exercício de atividade – em casos extremos –, a restrições na implementação de empreendimentos ou um reforço do dever informacional, no sentido de que se amplie a transparência ao mercado e a sociedade quanto ao conteúdo da atividade virtualmente danosa.⁵

Percebe-se na função precaucional, à diferença da função reparatória e punitiva, que a primeira não se apresenta explicitamente com o viés econômico. Já que concentra seus esforços no cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, inibindo futuro e potencial dano.

Em atenção ao patrimonialismo como forma precípua de reparação de um dano, De Farias, Rosenvald e Braga Netto (2014) apontam, num

4 FARIAS, Cristinano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. V.3, p.80. Salvador. Juspodivm, 2014.

5 FARIAS, Cristinano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. V.3, p.86. Salvador. Juspodivm, 2014.

processo evolutivo, a necessária despatrimonialização da responsabilidade civil com o objetivo de dissociar o recebimento de uma soma em dinheiro como única forma de reparação. E dessa maneira, um importante instrumento se instaura, notadamente nos danos decorrentes da violação a direitos da personalidade. É a utilização da retratação do ofensor como critério para reparar um dano decorrente da violação dos direitos da personalidade do ofendido. Tal instrumento apresenta disposição expressa na recente Lei 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.⁶

Torna-se importante salientar que a credibilidade, confiança e reputação, formadas pelo titular do direito da personalidade podem ser desfeitas em fração de segundos. A retratação pública permitirá que a vítima retorne ao seu *status quo ante* com maior efetividade do que propriamente a concessão da reparação por intermédio do dano moral. Ao passo que o dano moral concedido depois de transcorrido longo *lapso* temporal da data do fato, poderia não se mostrar como suficiente para restituir a vítima a sua situação jurídica anterior. Contudo, se a imposição para fins de reparação se der através da retratação pública do ofensor, nos exatos moldes em que a notícia falsa foi divulgada, poderia alcançar maiores êxitos que a condenação pecuniária, apesar de ainda não ter se alastrado.⁷

Parte-se para se refletir o arraigamento na sociedade da responsabilidade civil eminentemente pecuniária, impedindo que esse instituto alce voos maiores. E a consequência que se extrai desse panorama pode ser cruel. Diante do cunho patrimonial da responsabilidade civil, todo aquele que suporta um dano, busca a sua reparação por intermédio do recebimento de determinada soma em dinheiro. E com a pretensão precípua de receber quantia em dinheiro, avolumam-se os pedidos de reparação de danos e, o mais preocupante, a respectiva concessão.

Conforme aponta Schreiber (2012), no afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas quem pode suportá-lo.

6 Lei 13.188/2015. Art. 2º *Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.* "

7 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. p. 168. São Paulo: Atlas, 2013.

E, para se evitar a descaracterização intensa da responsabilidade civil bastaria a necessária exigência da comprovação dos seus pressupostos autorizadores.

3 PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O art. 927 do Código Civil estabelece que: *“Aquele que por ato ilícito (art.186 e art.187), causar dano a outrem, ficará obrigado a reparar.”* A partir desse dispositivo se extrai os elementos ou pressupostos indispensáveis para a imputação de qualquer espécie de responsabilidade civil (subjettiva ou objetiva), sendo eles: a) conduta humana antijurídica ou ato ilícito; b) dano; c) nexo de causalidade.

O ato ilícito se revela como toda conduta humana contrária à norma jurídica. E o ser humano adota um comportamento adverso ao ordenamento jurídico nas hipóteses em que descumpre um dever jurídico previamente estabelecido pelo legislador ou pelas partes de uma relação jurídica contratual. Esse raciocínio permite concluir que somente pratica um ato ilícito aquele que assumiu um dever jurídico e o descumpriu. Por certo, se o indivíduo não tinha um dever jurídico, não há o que descumprir, e, conseqüentemente, não haverá a prática de um ato ilícito.

Como decorrência lógica, a simples prática de um ato ilícito, apesar de sofrer por vezes repressão pelo ordenamento jurídico (hipótese do Abuso de Direito consagrado no art.187, Código Civil), não basta para que seja imputada responsabilidade civil ao agente. Já que na responsabilidade civil existe o dever de reparar o dano causado, sem dano, não há o que reparar.

Ressalta-se que dano (Cavaliere Filho, 2010) é considerado como lesão a um bem jurídico do indivíduo. De modo que, se o bem jurídico lesionado for os direitos patrimoniais, pode aparecer o Dano Material. De outra sorte, se o indivíduo teve seus direitos da personalidade violados pode surgir o dano moral e/ou o dano estético.

Compete dizer, contudo, que pode haver responsabilidade civil sem a prática de um ato ilícito. Exemplo é o estado de necessidade gerando, excepcionalmente, responsabilidade civil na hipótese do art. 188, II, c/c art. 929, Código Civil. O primeiro aponta ser o estado de necessidade uma excludente da ilicitude. O segundo prevê que não obstante o indivíduo tenha causado dano a alguém albergado sob a excludente do estado de necessidade, ficará obrigado a repará-lo se vier a atingir patrimônio de terceiro que não contribuiu para a formação da situação de perigo.

Contudo, não se dizia que poderia haver responsabilidade civil sem a ocorrência de um dano. Hoje, tal como posto, essa afirmação soaria ultrapassada frente a função precaucional da responsabilidade civil.

Mas, independente desta, por vezes, os tribunais, no afã de conceder reparação, flexibilizam a necessidade de comprovação do dano e criam mecanismos facilitadores da responsabilização civil (Schreiber, 2012). E desse ponto começa a ruir a imperiosidade de demonstração dos pressupostos autorizadores da responsabilidade civil.

Dois exemplos, um em relação ao dano material e o outro em relação ao dano moral, podem ser extraídos do órgão responsável por sedimentar a interpretação do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro exemplo trata de uma forma de indenização a título de lucro cessante, espécie de dano material (art.402, Código Civil), que se verifica com notável incidência na jurisprudência da Corte: os alimentos indenizatórios previstos no art. 948, II, Código Civil. Estes terão seu cabimento caso a vítima direta faleça em virtude da conduta danosa deixando dependentes econômicos. Para suprir a necessidade econômica dependentes da falecida, o agente causador do dano poderá vir a ser condenado ao pagamento dos alimentos indenizatórios.

Seguindo o exemplo, se a vítima direta do dano, for menor de idade, seus pais, em tese, não teriam na condição de lesados indiretos, legitimidade para requerer os alimentos indenizatórios. Isso porque, é pressuposto para a sua concessão, que a vítima falecida seja a provedora daquele que figura como o seu dependente. Ora, se a vítima falecida era menor de idade, é presumível o pensamento de que os pais sejam os provedores e não o contrário.

Contudo, essa lógica é passível de ser contestada se os pais da vítima falecida comprovarem que o filho menor de idade trabalhava e contribuía para o sustento da família. Ou, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, aqui se encontra a desnecessidade de comprovação do dano, se a vítima menor de idade integrava família de baixa renda. Nessa situação, os pais não precisariam de comprovar a dependência econômica em face do filho falecido. Para esta hipótese, o Superior Tribunal de Justiça concede o dano material presumido.⁸

8 AgRg no Ag 1.247155 / SP.

O dano moral presumido também tem sua incidência no Superior Tribunal de Justiça, que o autoriza quando o julgador visualizar, a partir da análise do caso concreto, ofensa grave ao direito da personalidade da vítima.⁹ Um importante exemplo dessa incidência se extrai do teor da Súmula 403 da Corte, que se apresenta sob o seguinte conteúdo: *“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos e comerciais”*. O titular do direito à imagem, no contexto do Enunciado, diante da violação ao seu direito, para fins lucrativos, terá legitimidade para requerer a reparação por dano moral, independente da comprovação de abalo na integridade psíquica.

Como último elemento ou pressuposto da responsabilidade civil, o ordenamento jurídico exige que haja **Nexo de Causalidade** entre a conduta humana antijurídica praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Nesse contexto, fica evidenciado a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano. De modo que, conforme afirma Cavalieri Filho (2010) haverá nexo causal quando restar demonstrado que o dano sofrido pela vítima teve como causa uma conduta comissiva ou omissiva antijurídica praticada pelo agente.

De fato, segundo Cavalieri Filho (2010) se existir uma única possível causa para a ocorrência do evento danoso problemas maiores não haverá para o operador do direito identificar se há ou não nexo de causalidade. O problema passa a existir e se torna complexo quando se tem mais de uma possível causa para a ocorrência do dano, o que se denomina de **causalidade múltipla**, ou seja, várias possíveis causas podendo ser consideradas como condutas potenciais à geração do evento danoso.

Diante dessa situação deve o operador do direito, sob pena de condenar fora do parâmetro justiça, perquirir a conduta efetivamente geradora do evento danoso. E de qualquer modo imputar a responsabilidade civil ao agente que efetivamente a praticou e não a outrem.

4 CAUSALIDADE MÚLTIPLA NAS DEMANDAS REPARATÓRIAS

Quando o julgador se depara com um pedido condenatório, o primeiro passo é verificar se estão presentes os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil.

9 REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Conforme citado, diante de um fato danoso várias podem ser as condutas potencialmente desencadeadoras do evento. Sendo assim, será indispensável ao operador do direito a correta identificação da conduta que foi a CAUSA do dano, para ser imputada responsabilidade civil ao indivíduo que a praticou e não àquele que apenas aparentava ter sido o seu causador.

Para solucionar esse dilema do Direito Civil, por vezes ignorado, e inibir a condenação civil de reparar o dano àquele que não foi efetivamente o seu causador, esse artigo jurídico trouxe três teorias hábeis, citadas por Cavalieri Filho (2010) e Schreiber (2012), as quais procuram auxiliar o julgador com o problema da causalidade múltipla.

a) Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou “*Conditio Sine Qua Non*”

Essa teoria não faz distinção entre as várias condutas humanas que concorreram para a produção do resultado danoso. Para essa teoria, todas as condutas têm o mesmo valor, o mesmo peso, a mesma importância, por isso se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz ou mais ou menos adequada à produção do resultado danoso. Até porque todas têm a mesma relevância (Cavalieri Filho, 2010). Assim, todos aqueles que adotaram um comportamento que de alguma forma contribuiu para a ocorrência do dano, seriam responsáveis civilmente. Decerto que essa teoria suportou profundas críticas pelos autores acima citados. Por gerar uma responsabilização infinita, já que enseja uma regressão na cadeia causal. Em consequência disso, a doutrina civilista não adotou a Teoria da Equivalência dos Antecedentes.

b) Teoria da Causalidade Adequada

De acordo com Schreiber (2012), criada pelo alemão Von Bar e aprimorada pelo filósofo Von Kries, a Teoria da Causalidade Adequada considera como causa do evento danoso apenas aquela conduta que se mostrou como a necessária e adequada à produção do resultado. Ou seja, aquela que teve interferência decisiva para a ocorrência do dano, sem a qual esse não teria ocorrido. Logo, se ficar constatado, efetivamente, que múltiplas condutas concorreram para determinado resultado, nem todas serão tidas como causa. Apenas aquela que se apresentou como a necessária e adequada para a produção do dano. Assim, verifica-se entre as condutas que antecederam ao resultado danoso aquela que teve maior grau de importância, de relevância. Para os idealizadores dessa teoria, a identificação é feita através de um processo mental hipotético de supressão. A conduta apontada como causadora do dano é hipoteticamente eliminada, de modo

que o julgador deve, silenciosamente, se fazer a seguinte indagação: *“Considerando a ausência dessa conduta, o dano teria ocorrido?”* Em sendo a resposta negativa é porque essa conduta se mostra como a necessária e adequada para a produção do resultado danoso. Como decorrência lógica, haverá nexo de causalidade hábil a imputar responsabilidade aquele que a praticou. Consequentemente, se esse nexo estiver ausente, não haverá o liame jurídico hábil para atribuir responsabilidade civil aquele que supostamente praticou a conduta. Entretanto, nada impede que haja mais de uma causa adequada para a produção do resultado danoso. E se cada uma dessas condutas for praticada por um sujeito diferente haverá responsabilidade solidária entre eles. E o fundamento para isto está consolidado no art. 942, parágrafo único, do Código Civil que atribui responsabilidade solidária a todos aqueles que deram causa ao dano. Essa teoria é aceita pelo ordenamento jurídico e encontra adesão no Superior Tribunal de Justiça.¹⁰ Mas a atenção dela se divide com outra teoria, a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata que também encontra adeptos na doutrina e suporte na Corte Superior.

c) Teoria da Causalidade Direta/ Teoria do Dano Direto e Imediato/ Teoria da Interrupção do Nexo Causal

Para essa teoria, de múltiplos nomes, discorrida por Schreiber (2012) e Cavalieri Filho (2010), pode-se dizer que esta detém maiores adeptos devido a previsão expressa no art. 403, Código Civil, que assim dispõe: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”* Portanto, para a Teoria da Causalidade Direta e seus sinônimos, passa a ser considerado como causa do evento danoso apenas aquela conduta que se vincula diretamente ao dano, sendo determinante para a sua ocorrência. As demais não são tidas como causas, e aos agentes que as praticou não se pode atribuir responsabilidade. Ocorre, porém, que a própria doutrina citada aponta uma crítica a essa teoria. A adoção da causalidade direta e imediata permitiria a reparação apenas do dano direto e imediato. Os danos indiretos ou mediatos ficariam sem reparação. Um bom exemplo disso é a questão de um motorista que, na condução de um veículo automotor em alta velocidade atropela e mata um pedestre. O motorista responderia apenas pela morte do pedestre a qual a conduta dele, dirigir em alta velocidade, deu causa direta e imediata. Não responderia pelos danos suportados pela família da vítima. Porque esses danos ele não deu causa direta e imediata, mas sim indireta e mediata. Para resolver esse problema a essa teoria ganha dentro surge uma Subteoria, denominada de Subteoria da Necessariedade Causal. Essa

¹⁰ REsp 669.258-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/2/2007.

subteoria admite a ressarcibilidade do dano indireto ou mediato desde que ele tenha decorrido necessariamente da conduta geradora do dano direto e imediato. Assim, os danos indiretos serão passíveis de ressarcimento, desde que decorram necessariamente da conduta tomada como causa direta do resultado danoso.

O Superior Tribunal de Justiça, por vezes, invoca a Teoria da Causalidade Direta para atribuir responsabilidade civil ao agente e, notadamente ao Estado.¹¹ Ou, por vezes, adota as duas teorias como semelhantes, não estabelecendo qualquer distinção entre ambas.¹² O que se justifica, na possibilidade de visualizar, a partir da análise do caso concreto que adotando qualquer uma das teorias (Causalidade Adequada ou Dano Direto e Imediato), a solução seria a mesma.

A partir da breve exposição acima colocada, pretendeu-se expor que a definição do agente causador do dano parte-se primeiro do encontro da verdadeira causa do evento danoso. Diante de várias condutas que potencialmente gerariam o dano, a função do órgão julgador é encontrar aquela que de fato causou o evento danoso. Para, somente após isso, atribuir responsabilidade civil. E, ao adotar esse cuidado, evita-se a imputação da responsabilidade civil sem vínculo jurídico direto ou sob um vínculo infinito. Chegando-se ao ponto até mesmo de adotar, ainda que sem a efetiva intenção, a teoria da Equivalência dos Antecedentes.

De acordo com Schreiber (2012), não se pode deixar de consignar que os operadores do direito já convivem com a realidade de abandono do nexo causal como critério reparador da Responsabilidade Civil. Exemplo característico disso é a Responsabilidade Objetiva fundada no Risco Integral. Que, devido ao seu extremismo, é reservada pela doutrina (Carvalho Filho, 2007) apenas para situações pontuais, como danos ambientais e decorrentes de atividades nucleares, que ainda assim não são desprovidas de críticas devido a ausência de disposição legal expressa. O abandono da comprovação do nexo causal em uma situação como essa já se encontra sedimentado.

A surpresa é causada quando os órgãos julgadores simplesmente ignoram a necessidade de identificação do nexo causal e atribuem responsabilidade civil sem qualquer critério.

11 REsp. 858.511.

12 REsp 1.322387/ RS

4.1 DA INCIDÊNCIA PRÁTICA DA IRRELEVÂNCIA CONFERIDA AO NEXO DE CAUSALIDADE

Com a abertura constitucional inserta no art. 37, “caput”, associada a ideia de Administração Pública Gerencial e de Resultados, trazida pela Constituição de 1988 e reforçada pela Emenda Constitucional 19/98, os entes da federação titulares e incumbidos do exercício da atividade administrativa, notadamente da prestação de serviços públicos, com o fim no princípio da eficiência, transferiram para pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado, o desenvolvimento especializado das ditas atividades.

Nos dizeres de Bandeira de Mello (2009), o Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros sujeitos. Nesta segunda hipótese, ou transfere a particulares o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, cria outras pessoas como entidades concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Ao criá-las, a algumas conferirá personalidade de Direito Público e a outras personalidade de Direito Privado.¹³ Quando o Estado transfere para pessoas jurídicas externas o exercício de sua atribuição constitucional ou legal, o faz por intermédio de uma forma de organização da atividade administrativa chamada de Descentralização Administrativa.

A doutrina (Marinela, 2014) aponta dois tipos de Descentralização Administrativa. A Descentralização Administrativa por Serviços, por Outorga ou Legal e a Descentralização Administrativa por Colaboração, por Delegação ou Negocial.

Para a primeira, o ente da federação transfere, por intermédio de lei, o exercício da atividade administrativa. Lei que terá o condão de criar ou autorizar a criação da pessoa jurídica que se incumbirá da atividade. Desse tipo de Descentralização, surgem as pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta – Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (art. 37, XIX, CR).

No segundo tipo de Descentralização, o ente da federação transfere, por intermédio de contrato administrativo, para uma pessoa jurídica de direito privado, previamente criada, o exercício da atividade administrativa. Desse tipo de Descentralização se originam as Concessionárias e

13 DE MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA, Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 139.

Permissionárias de Serviços Públicos (art.175, CR).

Independente do modelo de Descentralização Administrativa e sem tomar partido sobre qualquer posição doutrinária a respeito da transferência para as entidades da Administração Indireta, não apenas da execução da atividade como também da sua titularidade (o que poderia ser suficiente para excluir qualquer tipo de tentativa de imputação de responsabilidade ao ente federado), é certo que a mencionada transferência se aperfeiçoa para uma pessoa jurídica (Marinela, 2014).¹⁴

Enquanto pessoa jurídica, a entidade da Administração Indireta ou as Concessionárias/Permissionárias de Serviços Públicos, gozam de personalidade jurídica própria, respondendo portanto, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, autonomamente. A partir do momento em que um ente da federação transfere para uma outra pessoa jurídica o exercício de determinada atividade administrativa, seja por lei, seja por contrato administrativo, esse passa a executar a atividade por sua conta e risco.

Porquanto, ao transferir a titularidade e execução do serviço, mantém o ente da federação um dever jurídico, qual seja, o dever jurídico de vigilância e fiscalização dos atos praticados pelo ente descentralizado. Isso significa que o ente da federação tem o dever de controlar os atos do outorgado que permanece a ele vinculado.

Tanto que a doutrina aduz estar a pessoa jurídica integrante da Administração Indireta sujeita ao denominado Controle Finalístico ou Tutela Administrativa.¹⁵Ocorre que o controle como o próprio nome induz, não se adentra no dever de vigiar a conduta dos agentes públicos que integram a pessoa jurídica outorgada. Esse dever é do outorgado e não do outorgante. O controle é exercido precipuamente sobre o cumprimento das finalidades institucionais que ensejou a sua criação. Ou seja, o controle é genérico e não específico. E nem poderia sê-lo, já que essas entidades, detentoras que são de personalidade jurídica própria, gozam de autonomia que não pode ser usurpada. O dever de vigilância/fiscalização se resume ao cumprimento dos comandos insertos na lei de trespasse da execução do serviço.

14 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

15 “Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que reservar o poder de controlá-las. Por esse motivo é que tais entidades figuram como se fossem satélites das pessoas da federação.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 402.

A partir dessas premissas e dos estudos sobre o nexo causalidade enquanto elemento da responsabilidade civil, o ente da federação outorgante, pelas condutas geradoras de um dano praticadas pelo agente público que integra a entidade descentralizada, no caso a pessoa jurídica a qual foi transferida a execução do serviço, responderia pelos danos apenas se ficasse demonstrado que o descumprimento do dever de vigilância e fiscalização das finalidades previstas em lei foi a causa direta e imediata da ocorrência do dano ou ainda, a causa necessária e adequada.

À revelia da necessidade de identificação do verdadeiro nexo causal sedimenta-se um comportamento que o ente da federação seria legitimado, ainda que a entidade descentralizada sequer participe do processo. Ao ponto de crer que, vindo a ser condenado, se quiser, poderá mover pretensão ressarcitória em face da pessoa jurídica outorgada.

A partir da narrativa das teorias acima, pretende-se aqui demonstrar se o outorgado, no exercício da atividade transferida, causa danos a terceiros, para se atribuir responsabilidade, deve-se buscar a conduta que direta e imediatamente causou o dano ou aquela que foi a causa necessária e adequada para produção do resultado danoso. Encontrando-se a conduta, encontra-se o agente causador dela. O que permitirá atribuir a responsabilidade para a pessoa jurídica ao qual o agente se encontra vinculado e não o ente da federação que outorgou a execução do serviço.

Nos próprios termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, será a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, prestadora de serviços públicos, que responderá pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Agentes estes que estão ligados a essa pessoa jurídica por um vínculo funcional.

Ao atribuir responsabilidade civil ao ente federado por um dano causado por agente integrante de pessoa jurídica da Administração Indireta, por exemplo, o órgão julgador corre o risco de se afastar da necessária identificação do nexo de causalidade. Isso significa dizer que ao se imputar responsabilidade ao ente federado, ignorando a existência de uma pessoa jurídica, dotada de personalidade jurídica própria, provida de agentes públicos próprios, a qual detém a gestão do serviço transferido, é imputar responsabilidade civil ignorando o nexo de causalidade.

Como visto, diante de várias possíveis causas da ocorrência do evento danoso, para se encontrar a verdadeira causa e atribuir responsabilidade, adota-se a Teoria da Causalidade Necessária e Adequada ou a Teoria do Dano Direto e Imediato. É recomendável ao órgão julgador olhar para o caso concreto e indagar qual foi a conduta imprescindível e adequada para a produção do resultado danoso ou, sob outra teoria, qual foi a conduta

que diretamente causou o dano.

Após a análise das teorias do nexo causal aqui perpassadas, fica fácil compreender que, por exemplo, se o usuário de um serviço público de saúde, sofre um dano devido a uma conduta negligente praticada por um agente público de saúde ou pela suposta ausência de infraestrutura médica e/ou hospitalar, em que a gestão do serviço pertence a outra pessoa jurídica, integrante da Administração Indireta, a imputação de responsabilidade civil ao ente federado seria fruto da ignorância de todo o sistema normativo em torno das Teorias do Nexo de Causalidade.

Para se comprovar o nexo de causalidade e imputar responsabilidade civil ao ente federado, antes deve ficar comprovado que os agentes públicos da pessoa jurídica responsável pela execução do serviço não deram causa direta e imediata ao dano ou não praticaram a conduta tida como a necessária e adequada à produção do resultado danoso. Sendo que a conduta que direta ou necessariamente causou o dano foi a ausência do cumprimento do dever de controle pelo ente federado. Somente após esse caminho é que se tem condições de definir uma possível responsabilidade do ente federado outorgante, aferindo a existência de nexo de causalidade.

Ora, ao se atribuir responsabilidade ao ente da federação, nesses moldes, estaria voltando ao tempo e retrocedendo. Retrocedendo porque seria a aplicação clara da **Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou da “Conditio Sine Qua Non”**. Teoria essa que considera como causa do evento danoso, qualquer conduta que de alguma forma contribuiu para o dano, ainda que apenas indiretamente.

5 CONCLUSÃO

O Código Civil no art. 927, “*caput*”, considera como cláusula geral de responsabilidade, a necessidade de comprovação do nexo de causalidade, ou seja, do vínculo jurídico entre o dano suportado pela vítima e o ato ilícito praticado pelo agente.

Contudo, está-se a dispensar o nexo de causalidade como elemento caracterizador da responsabilidade civil, no afã exclusivo de não deixar a vítima sem reparação. Sem qualquer atuação eminentemente jurídica, há imputação e condenação do ente da federação outorgante de serviço público, por condutas praticadas pelo outorgado na execução *in loco* do serviço objeto de transferência. Ao assim procederem, atribuem responsabilidade civil àquele que não deu causa direta/imediata ao dano ou não adotou a conduta adequada e necessária à sua ocorrência. Correspondendo à aplicação da Teoria da Equivalência dos Antecedentes, já extirpada do ordenamento jurídico civil por anos.

Aqui não está a se afastar em qualquer hipótese a responsabilidade civil do ente da federação. Mas está chamando a atenção pela necessidade de identificação da conduta que direta e imediatamente causou o dano ou, foi a causa necessária/adequada para a produção do resultado, de modo a se atribuir responsabilidade, porque, do contrário, se estará imputando responsabilidade civil sem a indispensável comprovação do nexo de causalidade.

Embora o poder público tenha transferido a execução de determinada atividade administrativa, este continua a exercer sobre estas ações de controle. Mas esse dever não atrai a responsabilidade civil do ente federado por danos causados por agentes públicos que integram a estrutura da Administração Indireta. A responsabilidade civil deve recair invariavelmente sobre a pessoa jurídica a qual ele pertença. A atribuição de responsabilidade do poder público será eventual e, como pressupõe a comprovação de nexo de causalidade, exige que a conduta causadora do dano tenha derivado exclusivamente da omissão no exercício do controle finalístico.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros tradicionais da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 168.

SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS IMOBILIÁRIOS NO BRASIL

Lívia Ximenes Damasceno¹

Ted Luiz Rocha Pontes²

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo estudar a operação de securitização no Brasil e verificar se tal instituto pode ser entendido como uma forma de incentivo ao investimento, dando-se ênfase ao segmento imobiliário. Demonstrou-se qual a forma da securitização de ativos imobiliários e quais são suas possibilidades na alocação de dispersão de riscos. Por último, verificou-se que essa operação é indutora de investimento desde que seja usada corretamente. Foi verificado quais são os tipos mau uso e, principalmente, quais são as suas consequências, elaborando-se um paralelo entre a securitização e a crise financeira internacional.

Palavras-chave: securitização, recebíveis imobiliários, alocação de riscos.

SECURITIZATION OF RECEIVABLES REAL ESTATE IN BRAZIL

ABSTRACT: The present work aimed to study the securitization transaction in Brazil and to verify if such institute can be understood as a way of encouraging investments, emphasizing the real estate sector. It has been shown the way that the securitization of real estate assets and its possibilities may cause the dispersion of risk allocation. Finally, it was found that this operation induces investments only if it is used properly. It was also verified the types of misusing and, especially, its consequences by analyzing the relation between securitization and the international financial crisis.

1 Lívia Ximenes Damasceno. Advogada e Professora no Centro Universitário Christus. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestre pela Universidade de Coimbra – Coimbra/PT no Mestrado de Ciências Jurídico-Empresariais. E-mail: livia.ximenes@yahoo.com.br.

2 Ted Luiz Rocha Pontes. Advogado no escritório Ramaral. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestre pela Universidade de Fortaleza. Doutorando pela Universidade de Fortaleza. E-mail: ted.pontes@ramaral.com.

RECEBIDO EM: 08/08/2016 ACEITO EM: 23/02/2017

Keywords: securitization, real estate receivables, risk allocation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intento de elaborar um estudo sobre a Securitização de Recebíveis Imobiliários no Brasil. Objetiva-se verificar quais são os requisitos da operação de Securitização, bem como quais são as vantagens e desvantagens de tal modelo de operação estruturada.

Nesse sentido, o grande questionamento é saber se a Securitização é mais ou menos eficiente no acesso ao capital e na alocação dos riscos em comparação aos mecanismos financeiros tradicionais, com base no acesso ao crédito, notadamente no que pertine aos projetos imobiliários. Para tanto, se dividiu o trabalho da seguinte forma:

No primeiro capítulo, será demonstrada a evolução histórica da Securitização, desde o seu surgimento, em meados da década de 1970 (setenta) nos Estados Unidos da América, até os dias atuais. Falar-se-á, no capítulo posterior, o conceito de securitização e o seu âmbito de abrangência. Após isso, verificar-se-á qual é a legislação aplicável a esse instituto e quais são os requisitos que a lei e o mercado exigem. Por fim, no último capítulo, serão analisados os prós e contras a respeito da securitização. Observando, primordialmente, a possibilidade de esse instituto ser um mecanismo propulsor de investimentos no âmbito imobiliário, bem como os riscos inerentes ao próprio.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O processo de securitização tem seu nascimento nos Estados Unidos da América, mais precisamente no mercado imobiliário, nos anos 1970 (setenta) do século XX. A carência de recursos para o financiamento da habitação “fizeram com que o mercado encontrasse mecanismos alternativos ao financiamento imobiliário tradicional”³.

2.1 NO MUNDO

Embora o surgimento dessa operação, nos termos atuais, tenha ocorrido como uma forma de captação de recursos para o investimento no mercado imobiliário estadunidense, não se pode deixar de elencar processos bem semelhantes que já vinham sendo praticados desde o

3 CAMINHA, Uinie. *Securitização*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39

século XII. Kohn⁴ ressalta que as origens das operações de securitização remontam das comunas italianas. Na tentativa de conseguir captar recursos para os seus projetos, essas entidades organizavam espécies de clubes de investidores para os quais cediam, em troca de um pagamento antecipado, os direitos sobre os créditos tributários. Esses clubes de investidores eram chamados de *compera securitas*.

O autor supracitado informa, ainda, que a primeira operação desse tipo que se tem conhecimento aconteceu em 1164, quando um *compera securitas* formado por 11 (onze) investidores passaram a deter os direitos de crédito sobre um tributo incidente sobre as operações de seguro marítimo.

Outro tipo de operação estruturada que pode ser considerada um antecessor da atual securitização foi desenvolvida na Holanda. Por volta do ano de 1665, a empresa Deutz & Co “estruturou empréstimos ao imperador da Áustria e captava capital emitindo *bonds* que eram garantidas pelas receitas obtidas junto às minas pertencentes ao Imperador”⁵. Essas mesma técnica foi utilizada, também, como uma forma de captação de recursos com vistas a possibilitar as plantações nas colônias holandesas nas Índias Ocidentais. Essa emissão de *bonds*, já utilizadas no passado, são formas primitivas de adiantamento de recursos lastreado em um fluxo de recebíveis futuros.

A evolução dessas formas de financiamento de projetos alternativos as modalidades tradicionais de intermediação financeira de concessões de créditos culminaram no surgimento da chamada Securitização.

O governo do EUA criou agências responsáveis por fomentar o mercado secundário de valores mobiliários lastreados em hipotecas. O objetivo básico, dessas agências, era de aumentar a oferta de recursos para o financiamento da habitação. Este foi plenamente alcançado.

Brendsel⁶ enumera três fatores como primordiais do sucesso da securitização no mercado imobiliário dos EUA, quais sejam: 1º) “a securitização atrai capital privado para essa parcela de mercado que geralmente é atendida pelo setor público”, apresentando flexibilidade em sua estrutura e “características para anteder às necessidades do

4 Apud PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. *Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes*. São Paulo: USP, 2008.

5 PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. *Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes*. São Paulo: USP, 2008.

6 Apud CAMINHA, Uinie. *Securitização*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

investidor”; 2º) “a securitização promove a competitividade entre os agentes do mercado para prestação” dos serviços necessários para a efetivação da operação, “o que faz com que sejam reduzidos os custos de captação”; e 3º) “a securitização traz maior estabilidade ao mercado de financiamento imobiliário, pois é um sistema apto a gerenciar melhor os riscos a ele inerentes”.

O que se pode perceber, com a evolução histórica da securitização, é que ela surgiu sendo muito mais um instituto financeiro do que propriamente jurídico. Fato este que ainda é intrínseco a esse instituto. É, portanto, um fenômeno da vida econômica que foi incorporado ao Direito. A própria denominação, como assevera Oditah⁷, não possui um sentido técnico bem definido. O termo Securitização apareceu pela primeira vez em uma coluna de um jornal norte-americano em virtude da primeira operação estruturada com as hipotecas no mercado imobiliário, após isso o nome continuou a ser empregado, apesar da ausência de sentido técnico bem definido, e incorporou ao mundo jurídico.

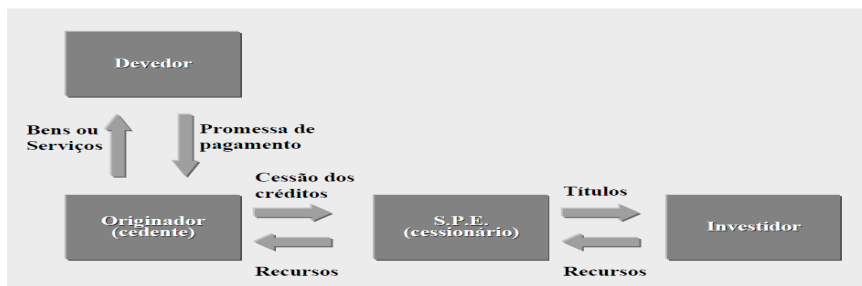
2.2 NO BRASIL

O surgimento e desenvolvimento da securitização, no Brasil, deu-se de uma forma um pouco diferente da vivenciada nos EUA. Enquanto neste país havia um incentivo governamental e com foco no financiamento de hipotecas (dividas já existentes), naquele a operação foi introduzida por agentes privados com base em créditos futuros (recebíveis).

Inicialmente, na década de 80 (oitenta) do século XX, as operações estruturadas no Brasil visavam o mercado de exportações. Entrementes, na década seguinte, houve um grande impulso no segmento imobiliário, com vistas a propiciar a captação para o desenvolvimento de projetos e lastreadas em recebíveis originados desse próprio projeto. Em suma, as operações de estruturação, de qualquer tipo, seguiam, e continuam seguindo, com algumas modificações a depender do caso, o esquema demonstrado na Ilustração⁸ a seguir, não existindo quase nenhuma alteração na estruturação desenvolvida:

7 ODITAH, Fidelis. Selected issues in securitization. In: *The future for the global securities market: legal and regulatory aspects*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 84.

8 PINHEIRO, Fernando Antônio Perrone. *Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes*. São Paulo: USP, 2008. p. 18.



Após a percepção de que a operação de securitização pode trazer vantagens na captação de recursos para o financiamento de projetos imobiliários, o Governo do Brasil promulgou a Lei de nº. 9.514/1997, que disciplina a securitização no âmbito imobiliário e a utiliza para tentar mitigar o déficit habitacional no Brasil.

No que tange a denominação desse mecanismo de captação e recursos, no Brasil, Caminha⁹ salienta que existiu simplesmente a importação da nomenclatura usada nos EUA, “sem qualquer cuidado em lhe imprimir sentido técnico, já que a palavra securitização, em português, não remete nem foneticamente à operação que ela designa”. Muito melhor foi a nomeação dada pelo Direito português, que adotou o termo de titularização, tendo em vista que a operação consiste, basicamente, a de se transformar créditos em títulos negociados livremente no mercado.

Atualmente, o instituto da securitização tem tido um crescimento cada vez maior, tendo em vista ser um importante mecanismo de captação de recursos e alocação e gerenciamento de riscos.

3 SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS

Por carecer de um conceito técnico bem delimitado e preciso, é possível empregar vários significados para o termo Securitização.

Caminha¹⁰ dá dois significados para o termo em epígrafe, a depender do sentido que se emprega. Em sentido amplo, para a autora, a securitização alcança todos os elementos ligados à desintermediação financeira, em contrapartida, em sentido estrito, a securitização é uma operação complexa, que envolve alguma forma de segregação do patrimônio, quer pela cessão a uma pessoa jurídica distinta, quer pela

9 CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

10 CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P. 35.

segregação interna, e uma emissão de títulos lastreada nesse patrimônio segregado.

Ainda segundo a autora, sob a ótica jurídica, a securitização pode ser definida como a estrutura composta por um conjunto de negócios jurídicos – ou um negócio jurídico indireto (...) – que envolve a cessão e a segregação de ativos em uma sociedade, ou um fundo de investimento, que emite títulos garantidos pelos ativos segregados.

Fabozzi *et al*¹¹ conceituam a securitização como uma prática de captação de recursos junto ao mercado de capitais, onde uma empresa (cedente) vende ativos (recebíveis) geradores de fluxo de caixa para um veículo de propósito específico criado com esse fim (cessionário) que emitirá títulos lastreados nos recebíveis cedidos.

Já para Kendal,¹² a “securitização é o processo de conversão de empréstimos feitos a indivíduos em título, que terá sua classificação de crédito melhorada para posterior venda a investidores”. Segue afirmando que tal mecanismo “converte ativos ilíquidos em títulos negociáveis”. Essa conversão é uma das características mais importantes da securitização, tendo em vista que possibilita uma captação de recursos lastreados em ativos que, em sua origem, não poderiam ser negociados.

Oditah¹³ elenca três formas de entendimento para a securitização, podendo significar a simples mutação de ativos ilíquidos em títulos negociáveis, podendo, também, expressar operações de cessão de recebíveis, independente se há ou não emissão de títulos. Pode, ainda, ser entendida como a emissão de títulos de dívidas, independente do lastro de tais títulos.

Há pontos em comum em todas as definições expostas, tendo em vista que o ponto crucial da securitização está na transformação de ativos ilíquidos em títulos de livre negociação no mercado, bem como na alocação e dispersão dos riscos. Diante disso, concorda-se e a adota-se a definição dada por Caminha.

11 FABOZZI JR., Frank J. DAVIS, Henry A.; CHOUDRY, Moorad. **Introduction structured finance**. New Jersey: John Wiley Trade, 2006. p. 65.

12 Apud PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. **Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes**. São Paulo: USP, 2008. p. 17.

13 Apud CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

Matias¹⁴, consolidando os entendimentos acima expostos, afirma que a “noção genérica e ampla que nos fica da titularização é a de uma emissão de títulos negociáveis tendo por base e substrato fluxos de tesouraria gerados por activos específicos”.

Esse instituto, surgido do mercado financeiro e incorporado no sistema jurídico, tem como intento propiciar, mediante a transformação de ativos ilíquidos em títulos negociáveis, o adiantamento do fluxo de caixa para o originador, a dispersão dos riscos inerentes à operação nos agentes econômicos envolvidos e ganhos para os investidores dispostos a entregar recursos, ou seja, há, sem a intermediação financeira tradicional, o encontro de agentes econômicos e a circulação de riquezas.

Diante disso, podem-se deduzir três aspectos da função econômica da securitização: 1º) mobilização e circulação de riquezas; 2º) alocação e dispersão dos riscos; e 3º) desintermediação financeira. Aspectos estes que serão estudados em tópico próprio.

Visto e definido qual (is) é/são o conceito da securitização, convém agora demonstrar quais ativos podem ser objetos dessa operação de transformação e alocação dos riscos.

Pinheiro¹⁵, após realizar levantamento bibliográfico de diversos autores, elenca os seguintes ativos que são passíveis de securitização: hipotecas comerciais e residenciais; financiamento de veículos; recebíveis de cartão de crédito; crédito educacional; títulos mercantis; fluxo de caixa proveniente de serviços públicos, como: fornecimento de energia; serviço de telefonia e comunicações, e outros; fluxo de caixa proveniente de outros serviços, como: venda futura de passagens aéreas, aluguéis de automóveis; diárias futuras de redes hoteleiras, e outros; leasing de equipamentos; créditos oriundos de financiamentos não concluídos; contratos de seguro; crédito pessoal; empréstimos e financiamentos em geral; títulos de dívida; dívida soberana; inventários físicos; royalties da propriedade intelectual: patentes do mercado farmacêutico, direitos autorais; e marcas.

Percebe-se, assim, que praticamente todo e qualquer fluxo de caixa pode ser objeto de securitização, a depender da situação. Não poderia ser diferente, tendo em vista que escopo dessa operação é o de se propiciar uma captação de recursos com base em ativos praticamente ou

14 MATIAS, Armino Saraiva. Titularização: um novo instrumento financeiro. *Revista de Direito Mercanti, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 112, p. 48-54, out./dez. 1998.

15 PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. **Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes**. São Paulo: USP, 2008. p. 24.

totalmente ilíquidos. Um ponto interessante, que será estudado no tópico correspondente, diz respeito à segregação desse ativo em um veículo de propósito específico de forma a possibilitar que o investidor só assuma o risco do ativo em si e não da operação desenvolvida pelo originador.

O sucesso da securitização trará, em tese, vantagens para todos os agentes econômicos envolvidos, por conta de todo o já exposto. Por isso, Kendal¹⁶ enumera sete condições básicas para o sucesso da operação estruturada, independentemente do ativo que será lastro dos títulos emitidos: contratos padronizados; classificação dos riscos via agência independente; base de dados de perdas históricas; amparo legal bem definido; qualidade dos prestadores de serviços; reforço de crédito; e sistema de informação bem definido. O cumprimento dessas condições possibilita que cada agente envolvido na operação saiba exatamente qual o grau e o tamanho do risco está assumindo. “Na verdade, em negócios de securitização, a responsabilidade de todos os envolvidos é bem determinada”¹⁷.

Tendo se visto a funcionalidade, o conceito e os requisitos de sucesso da securitização de créditos, passa-se a focar agora em um crédito em particular, qual seja: o crédito oriundo de uma relação envolvendo a compra e venda ou o financiamento de um imóvel.

3.1 RECEBÍVEIS IMOBILIÁRIOS

Entende-se por recebível imobiliário o crédito oriundo de uma relação jurídica, envolvendo um bem imóvel, seja de financiamento, seja de compra e venda, dentre outros.

Os originadores desses créditos são, geralmente, empresas da área de construção civil e os bancos, os primeiros porque vendem diretamente os imóveis aos consumidores e os segundos por conta das hipotecas e outros tipos de financiamento envolvendo bens imóveis.

No Brasil, a securitização envolvendo fluxo de caixa lastreado em negócios jurídicos imobiliários está regulada pela Lei de nº. 9.514/1997¹⁸,

16 Apud PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. **Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes**. São Paulo: USP, 2008. p. 25.

17 CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

18 BRASIL. Lei de nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>

que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário, estando lá expressamente definido que:

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; II - a identificação dos títulos emitidos; III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

A securitização de recebíveis imobiliários no Brasil consiste na emissão por uma companhia securitizadora, que terá obrigatoriamente a forma de Sociedade Anônima, de um Certificado de Recebível Imobiliário – CRI, nos seguintes termos:

Art. 6º O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro. Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

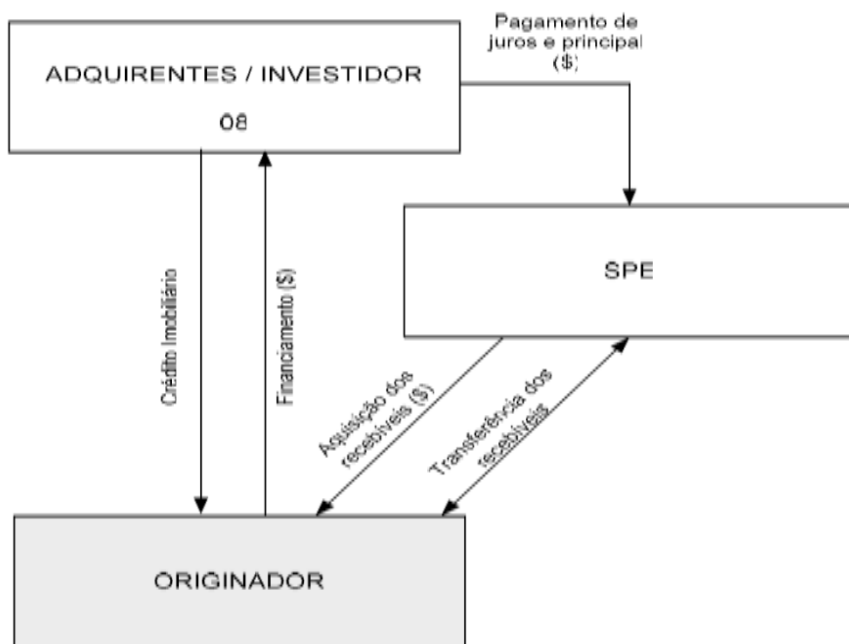
Art. 7º O CRI terá as seguintes características: I - nome da companhia emitente; II - número de ordem, local e data de emissão; III - denominação “Certificado de Recebíveis Imobiliários”; IV - forma escritural; V - nome do titular; VI - valor nominal; VII - data de pagamento ou, se emitido para pagamento parcelado, discriminação dos valores e das datas de pagamento das diversas parcelas; VIII - taxa de juros, fixa ou flutuante, e datas de sua exigibilidade, admitida a capitalização; IX - cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente; X - lugar de pagamento; XI - identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem.

Outro ponto que merece destaque da Legislação brasileira pertinente ao assunto foi a instituição, nesse mesmo diploma legal, de alienação fiduciária dos bens imóveis fora da intermediação financeira tradicional. Essa possibilidade faz com que os riscos de inadimplemento sejam garantidos por um bem executável e existente, diminuindo os riscos de perdas na operação.

3.1.1 FORMA DE SECURITIZAÇÃO IMOBILIÁRIA NO BRASIL

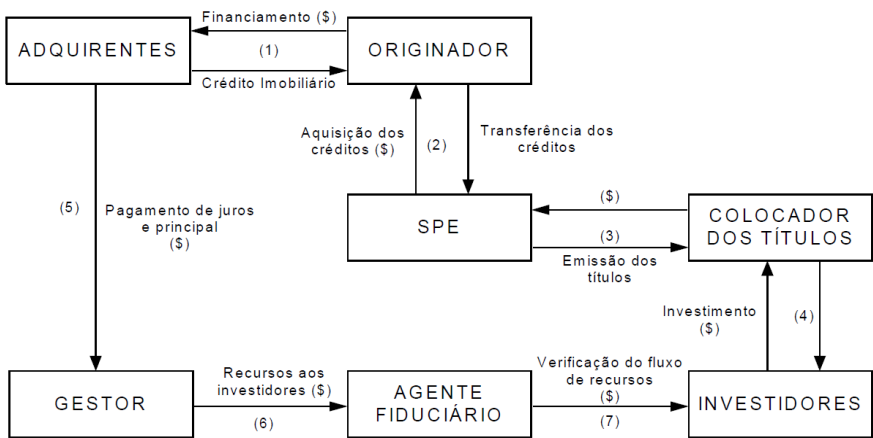
Entendido de qual forma a legislação brasileira possibilita a emissão de um título de livre negociação por parte da companhia securitizadora, convém, agora, explicitar de qual forma, precisamente, a securitização ocorre.

A operação é estruturada, em síntese, da seguinte forma: o originador (cedente) cede, por meio de um contrato de cessão, os créditos imobiliários escriturados em contratos padrões ou em uma Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), à companhia securitizadora (cessionária) e este emite um (s) Certificado(s) de Recebível (eis) Imobiliário(s) lastreado nos créditos cedidos. A ilustração¹⁹ a seguir demonstra o esquema acima explicado:



¹⁹ Ilustração retirada da: MORAIS, Daniel Carrasqueira de. *O SFI: a securitização como um instrumento de fomento ao crédito imobiliário*.

Salienta-se, todavia, que esse é apenas o início da operação de securitização imobiliária e não representa todos os agentes envolvidos na estruturação e comercialização do título emitido. Ao esquema acima se acrescenta outros agentes e outras formas de circulação do capital envolvido na operação, como se pode constatar na ilustração²⁰ e na tabela abaixo:



1	Com a venda de um ou mais imóveis a prazo, são originados os recebíveis imobiliários. Este vendedor torna-se agora o originador e financiador, tendo créditos em sua posse.
2	O originador cede ou transfere seus créditos ao SPE, onde os títulos serão securitizados e emitidos, recebendo em troca o valor em dinheiro, a valor presente.
3	A SPE emite uma única série de títulos de investimentos lastreados nos recebíveis imobiliários de sua propriedade, cujas características relativas a pagamentos e prazos serão de acordo com a estrutura da operação. Nesse contexto, a SPE é a própria companhia securitizadora, sendo o único patrimônio dessa SPE os títulos cedidos.
4	O depositante distribui os títulos (CRI) junto aos investidores e remete os recursos da venda a SPE. São bancos, corretoras, ou Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM).
5	Periodicamente, os adquirentes do imóvel pagam juros e parte do valor a ser amortizado, referente ao financiamento imobiliário.

20 Ilustração e tabela retirada de: MORAIS, Daniel Carrasqueira de. O SFI: a securitização como um instrumento de fomento ao crédito imobiliário.

6	Aqui, temos o gestor dos recebíveis, que é responsável pela verificação dos critérios de enquadramento dos recebíveis, pela gestão e administração dos recebíveis durante toda a vida da operação, além da distribuição do fluxo de recursos aos detentores de cada um dos tipos de títulos.
7	O agente fiduciário verifica o fluxo dos recursos, além de todos os relatórios de controle junto ao gestor, preservando os interesses dos investidores. Segundo a Lei nº. 9514/97, ele será o responsável pela proteção dos direitos dos investidores e acompanhamento da performance dos títulos.

O esquema acima demonstra a forma completa de uma operação de securitização imobiliária no Brasil, elencando inclusive os passos necessários para a sua concretização.

3.1.2 ALOCAÇÃO DOS RISCOS NA OPERAÇÃO DE SECURITIZAÇÃO

A securitização é uma forma de captação direta de recursos e uma forma de alocação e dispersão dos riscos envolvidos na operação desenvolvida pelo originador. Por isso, é de suma importância verificar quais são os riscos existentes na atividade que origina recebíveis imobiliários, bem como de qual forma se dá essa alocação e dispersão desses mesmos riscos.

O originador de recebíveis imobiliário exerce, na maioria das vezes, a construção, incorporação, venda e/ou locação de bens imóveis, sendo uma dessas, ou todas, a sua atividade operacional. Ocorre que, para garantir o acesso dos consumidores aos produtos e serviços oferecidos, muitas vezes, o originador oferece financiamentos aos seus clientes, assumindo, com isso, risco de crédito e de liquidez, tendo em vista que só receberá integralmente pelo imóvel após o término do prazo do financiamento, o que, normalmente, só acontecerá após vários anos.

Pinheiro²¹ salienta que o originador, em uma operação de securitização, ao ceder os ativos, transfere três modalidades de riscos intrínsecos, quais sejam: risco de crédito; risco de liquidez; e risco de taxa de juros.

21 PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. *Securitização de Recebíveis – uma análise dos riscos inerentes*. São Paulo: USP, 2008. p. 29.

Caminha²² acrescenta a lista acima o risco de mercado, o risco cambial e o risco de insolvência. A citada autora salienta que “de uma forma ou de outra, a securitização é um instrumento adequado para a melhor alocação e redução do impacto de cada uma dessas modalidades de risco”.

Para o desenvolvimento do presente trabalho é importante conceituar e definir cada tipo de risco, que incorre o originador imobiliário, passível de dispersão por meio de operações de securitização. Serão analisados o risco de crédito, o risco de liquidez e o risco de mercado, haja vista que são os mais relevantes nas operações imobiliárias.

a) Risco de Crédito

O risco de crédito é o risco de não pagamento do financiamento imobiliário por parte do devedor. A análise desse tipo de risco pode ser feita sob duas óticas, uma qualitativa e outra quantitativa.

No primeiro viés, será dada ênfase à probabilidade de existir inadimplimento, independentemente do montante que deixará de ser recebido, enquanto, no segundo, a preocupação desloca-se para o valor que poderá ser perdido em determinada operação, sem se levar em conta a probabilidade de existir ou não perdas.

O risco de crédito é calculado e classificado por meio de agências de classificação de riscos, levando-se em conta a análise qualitativa do crédito. Tais instituições, após suas análises, dão uma nota para os ativos que serão objetos da operação de securitização, permitindo que todos os agentes envolvidos saibam qual é exatamente o grau de risco que está assumindo.

Percebe-se, então, que o risco de crédito é um risco diretamente associado ao ativo (crédito imobiliário) que será cedido e que lastreará os títulos (CRI) emitidos. Indaga-se, de qual forma o risco de crédito é reduzido? O originador continuará a ser responsável por tal risco?

Caminha²³ responde aos questionamentos feitos da seguinte forma:

A securitização pode ser considerada forma alternativa para reduzir o risco de crédito, sendo essa a modalidade em que suas vantagens se apresentam mais claras e imediatas. A transferência, sem coobrigação, de créditos para outra entidade, dentro de um processo de securitização, além de ser um adiantamento de receitas, transfere o risco de crédito, inicialmente para o veículo de propósito específico exclusivo, e,

22 CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

23 CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

posteriormente, com a venda de valores mobiliários lastreados nesses créditos, pulveriza-se esse risco no mercado.

Do ponto de vista do originador, uma operação de securitização pode ser estruturada de uma forma a permitir que todo o risco do crédito seja transferido para o mercado, o que certamente representa um benefício, tendo em vista que haverá o adiantamento do fluxo de caixa sem que exista risco de não pagamento do financiamento. Saliente-se, todavia, que o risco de crédito continuará existindo, apenas não será mais de responsabilidade do originador.

É importante frisar, ainda, que para o sucesso de uma operação estruturada, todos os envolvidos devem estar cientes dos riscos que estão assumindo e, principalmente, se o valor do investimento realizado corresponde ao risco assumido. Decorre disso, a importância da agência de classificação de risco, pois é ela que determinará, de acordo com a análise dos créditos, qual é o risco da operação e, por consequência, qual é o montante que corresponderá a tal risco.

b) Risco de Liquidez

O risco de liquidez está diretamente associado à facilidade na captação recursos para a consecução de projetos, ou seja, o grau de facilidade que se consegue transformar ativos em dinheiro. No setor imobiliário, objeto desse trabalho, esse risco é mais facilmente identificado, tendo em vista que os imóveis são ativos praticamente ilíquidos e há um descasamento entre os recebíveis imobiliários e os exigíveis do originador.

Nesse segmento econômico, há, para garantir o acesso dos consumidores aos produtos oferecidos, um alargamento do fluxo de caixa por meio da concessão de financiamentos. Na maioria dos casos, o originador só termina de receber os créditos muitos anos após a entrega do bem adquirido, fato esse que certamente ocasiona um descasamento entre os recebíveis e os exigíveis no curto e médio prazo.

Não é preciso muito esforço, diante tudo que já foi exposto, para entender de qual forma a securitização age para minimizar esse risco para o originador. Com o simples adiantamento das receitas oriundas da cessão dos ativos ilíquidos, percebe-se um aumento no nível de liquidez.

c) Risco de Mercado

O risco de mercado está diretamente ligado ao valor atribuído pelo mercado aos ativos que serão objetos de securitização. A análise desse risco é um fator determinante para a realização ou não de uma operação, tendo em vista que só será vantajoso realizá-la se o mercado estiver avaliando o ativo melhor do que o está contabilizado no balanço do originador.

No segmento imobiliário, esse risco diz respeito à avaliação que o mercado dá aos imóveis adquiridos pelos devedores, tendo em vista que esses imóveis servirão de garantia para os investidores, então o valor a ser pago pelo recebível imobiliário terá que estar diretamente ligado ao valor do imóvel subjacente a operação, muito embora não seja ele o ativo cedido.

Exemplificando, o risco de mercado no segmento imobiliário se materializa com uma baixa repentina no valor de mercado dos imóveis, seja por excesso de oferta, seja por uma crise econômica, ou por outros fatores que possam ensejar essa situação. Se essa alteração no valor ocorrer antes da operação de securitização, o valor a ser pago pelos créditos cedidos, certamente, será menor do que se não existisse nenhuma variação, tendo em vista que os imóveis servirão de garantia da operação.

A dispersão do risco de mercado por meio de operações de securitização é plenamente viável, tendo em vista que a pulverização dos títulos emitidos (CRI) ocasionaria em uma pulverização dos riscos e, se houver desvalorização no mercado, a perda será individualmente menor do que se não existisse securitização. Saliente-se, por fim, de que os investidores devem estar cientes de todos os riscos assumidos, inclusive o de mercado.

4 A SECURITIZAÇÃO COMO UMA FORMA DE INCENTIVO AO INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

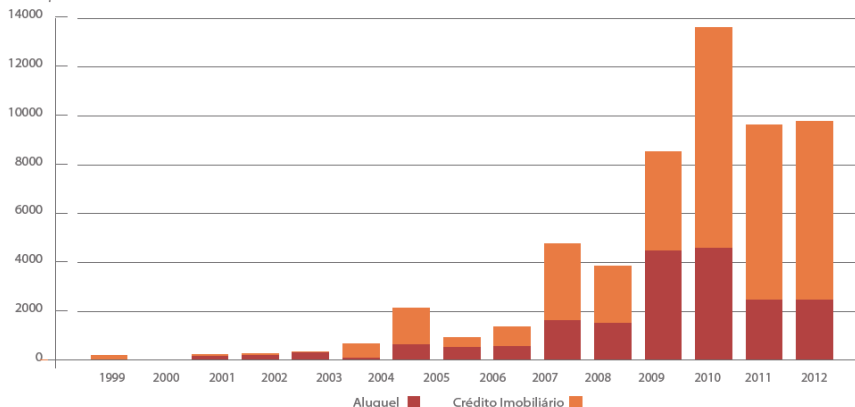
A securitização é uma forma de desintermediação financeira, onde o originador capta recursos diretamente no mercado de capitais sem existir, necessariamente, a figura de uma instituição financeira. Então, a securitização é uma forma de captação de capital para financiamento de projetos, sendo um modelo alternativo à tradicional concessão de crédito. Resta saber, logo, se essa figura é mais ou menos eficiente para angariar os fundos necessários para a consecução de projetos imobiliários, bem como se ela pode ser analisada como uma forma de incentivo ao investimento imobiliário.

Os investimentos imobiliários, relativos à construção e comercialização de imóveis, necessitam de grandes recursos para a sua conclusão. O método tradicional de captação desses recursos é baseado no Sistema Financeiro de Habitação – SFH, estatuído na lei de nº. 4.380/1964. O SFH foi pensado e positivado com base na captação de recursos tradicional, ou seja, por meio da intermediação exercida por uma instituição financeira. Os recursos que compõem o SFH serão repassados aos agentes econômicos por meio de concessão de crédito.

Por outro lado, a promulgação do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI (Lei de nº. 9.514/1997) teve como desiderato propiciar a captação do capital necessário para os empreendimentos imobiliários por meio de operações envolvendo o mercado de capitais. Pensou-se e positivou-se uma alternativa à intermediação financeira. O dito diploma legal estatui a securitização imobiliária, prescrevendo os passos necessários para a operação, bem como quais são os títulos, e suas características, emitidos nas securitizações imobiliárias.

O SFI foi positivado no ordenamento brasileiro em 1997, contudo as operações de securitização imobiliárias só passaram a ter relevância, com base no montante captado, mais de uma década depois. O gráfico²⁴ abaixo representa a evolução histórica das emissões de CRIs no Brasil.

Fonte: Uqbar

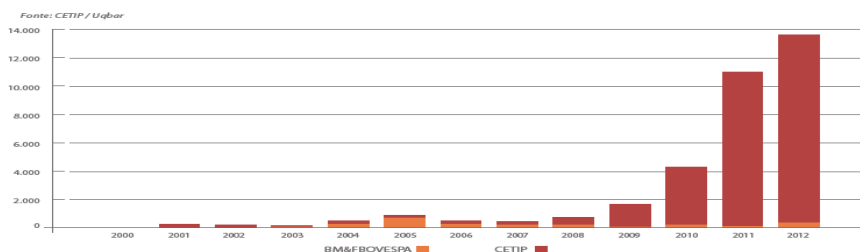


O gráfico demonstra a aceitação desse instrumento como uma forma de incentivo ao investimento imobiliário. Em 2010, a emissão de CRI teve o seu pico, chegando a quase 14 bilhões de reais. Percebe-se, ainda, que a maior parte dos CRIs emitidos estão lastreados em crédito imobiliário

24 Gráfico retirado do anuário financeiro 2013 elaborado pela UQBAR – Empresa de Conhecimento Financeiro

resultante de operações imobiliárias distintas do aluguel. Disso decorre que a captação de recursos está sendo direcionada para os originadores dos créditos imobiliários propriamente dito, como, por exemplo, para empresas incorporadoras, loteadores, dentre outras.

Outro ponto importante que deve ser destacado é a existência de um mercado secundário para os CRIs emitidos. Um dos requisitos da securitização é a emissão de títulos de livre circulação no mercado. Para que se exista, portanto, essa livre circulação é necessário que exista um mercado secundário ativo e forte que propicie a comercialização desses valores imobiliários. No Brasil, esse mercado está em crescimento, o que propicia uma maior liquidez para os CRIs emitidos nas operações imobiliárias. O gráfico²⁵ abaixo demonstra o histórico de negociações no mercado secundário envolvendo os títulos emitidos em operações de securitizações imobiliárias.

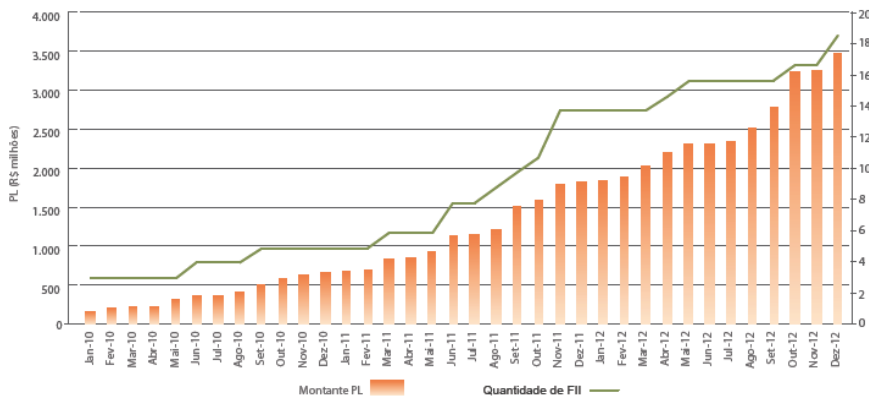


O recorde de volume de negociações, como se pode perceber, foi em 2012, totalizando quase 14 bilhões de reais em comercializações desses valores mobiliários. A constatação que se pode perceber é que o mercado de securitização imobiliária, no Brasil, está em crescimento, tendo alcançado expressividade na captação de recursos em 2007 e no volume de negociações em 2009. Ademais, quanto mais forte e mais volumoso for o mercado secundário, maior será o incentivo para a realização de novas emissões, por conta da liquidez dos títulos emitidos.

Além do acima exposto, em 2008 foi aprovada a Instrução CVM nº. 472/2008 e em 2009 foi promulgada a Lei de nº. 12.024, sendo autorizado pelos instrumentos legais, respectivamente, a realização de investimentos preponderantes dos chamados Fundos de Investimentos Imobiliários – FII em CRI's e a isenção tributária desses mesmos fundos nos ganhos auferidos no rendimento dos títulos. A aprovação desses atos legais demonstra que existe um incentivo governamental para a realização de investimentos imobiliários por meio de securitizações. O Gráfico abaixo

25 Gráfico retirado do anuário financeiro 2013 elaborado pela UQBAR – Empresa de Conhecimento Financeiro

demonstra a evolução do patrimônio líquido dos FII e a quantidade de FII existentes no Brasil.



Percebe-se que em quase três anos, após a aprovação dos diplomas acima referidos, a quantidade de veículos de investimento imobiliário saltou de 3 (três) para 18 (dezoito) e o patrimônio líquido desses fundos cresceu de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) para R\$ 3.500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões de reais). Essa evolução corrobora o entendimento de que a securitização imobiliária é uma forma de incentivo ao investimento no segmento imobiliário.

Para finalizar esse tópico, convém frisar que, atualmente, no Brasil, as duas formas de captação de recursos convivem harmonicamente, o SFH ainda é muito utilizado notadamente para a realização de empreendimentos imobiliários direcionados para o segmento de baixa renda e o SFI está em crescimento, sendo sim uma forma de incentivo ao investimento imobiliário.

4.1 CRÍTICAS AO USO INDISCRIMINADO DA SECURITIZAÇÃO

A securitização é um produto da engenharia financeira que foi criado para propiciar uma desintermediação financeira na captação de recursos para projetos e para alocar e dispersar os riscos envolvidos na operação original. Saliente-se, contudo, que, embora o escopo seja salutar para o mercado, a securitização pode ser usada de forma a prejudicar as partes diretamente envolvidas na operação estruturada, bem como o mercado de forma geral.

Não se podia, no presente trabalho, deixar analisar quais são os casos em que essa operação pode ter seus objetivos subvertidos e, principalmente, quais são as consequências dessa alteração. Esse desvirtuamento pode acontecer por má gestão ou por propósitos desonestos²⁶, o primeiro caso ocorre, na maioria das vezes, ocorre por desconhecimento ou despreparo para se operar com esse mecanismo de captação de recursos. Já o segundo, normalmente, tem como intento garantir um maior retorno para o originador em detrimento dos demais agentes envolvidos na operação e, em última análise, do próprio mercado.

Bhattacharya e Fabozzi²⁷ afirmam que os aspectos do mau uso da securitização estão diretamente ligados à seleção e segregação inadequada dos ativos que servirão de lastro da operação e ao possível disfarce das demonstrações financeiras.

Com relação à primeira situação, os autores exemplificam de duas formas: 1) se o originador resolver securitizar somente os seus ativos de melhor qualidade, com vistas a reduzir os custos envolvidos na operação e captar mais recursos, os credores diretos serão prejudicados, já que as melhores garantias e créditos foram segregados em um patrimônio autônomo; e 2) se o originador securitiza somente os seus piores ativos, com o objetivo de transferir integralmente o risco de crédito. Nessa situação, o mercado tenderia a acreditar que a totalidade dos ativos do originador seria de má qualidade, fato esse que abalaria a sua credibilidade.

Já em relação ao disfarce de demonstrações financeiras, esse tipo de situação é mais relevante quando o originador é uma instituição financeira. O mau uso da securitização aqui serve para retirar do balanço da instituição os ativos de baixa qualidade. Essa segregação permite que o Banco diminua a quantidade de capital próprio necessário para fazer frente aos créditos concedidos e aos ativos de má qualidade que possui. A retirada desses ativos do patrimônio das instituições financeiras e posterior segregação, em um veículo específico, tem sido designada, notadamente após a crise financeira internacional, de *shadow banking*²⁸, que em tradução livre, significa atividade bancária oculta.

26 CAMINHA, Uínie. **Securitização**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

27 BHATTACHARYA, Anand; FABOZZI, Frank (Org.). *Asset-backed securities*. New Hope: Frank Fabozzi Associates, 1996.

28 ALEXANDRE, Fernando et al. **A crise financeira internacional**. 1ª ed.. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 33.

Percebe-se, então, que a securitização pode ser desvirtuada e, em vez de propiciar um ganho para mercado em geral, pode significar um mecanismo de ganho individual com perdas generalizadas. Por isso, há quem relacione diretamente o crescimento da securitização com a eclosão da crise financeira internacional de 2007 (que suas consequências se alastram até a presente data). Essa relação será detalhada e analisada no subtópico seguinte.

4.1.1 A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL

Alexandre et al²⁹, ao relacionar a securitização com a crise de 2007, afirmam que “apesar de suas virtudes, esta inovação ficaria indissociavelmente ligada à origem da crise financeira”. O citado autor analisa que a crise de 2007, também conhecida como crise do *subprime*, teve como uma de suas causas o mau uso da securitização nos EUA, notadamente por conta da valorização e segregação equivocada dos ativos imobiliários e da chamada *shadow banking*.

No que tange à valorização e segregação dos ativos imobiliários, em virtude da alta valorização dos imóveis nos EUA, de 140% nos EUA (de 1995 até 2007), bem como do incentivo governamental existente para a concessão de créditos para a aquisição da casa própria, viu-se um aumento na concessão de crédito hipotecário para pessoas que não tinham condições de arcar com as prestações devidas. Nesse contexto, existia uma crença que a instituição financeira não sairia perdendo, mesmo se concedesse crédito a pessoas que notadamente não tinham condições de arcar com o financiamento. Assistiu-se a “um relaxar dos requisitos para a atribuição de crédito e ao aumento do crédito concedido ao segmento conhecido por *subprime*”³⁰.

O segmento *subprime* era composto por pessoas que não reuniam as condições exigidas para a concessão de financiamento imobiliário. Nesse sentido, o citado autor, ao comentar um tipo relevante de financiamentos concedidos, afirma que a atividade bancária creditícia tradicional foi relegada ao segundo plano:

Particularmente simbólicos são os empréstimos “ninja”: *No Income, No Job and no Assets*, ou seja, concedidos a pessoas sem declaração de rendimentos, de emprego ou de bens. Em face da possibilidade, oferecida pela titularização e pelas condições no mercado da habitação,

29 ALEXANDRE, Fernando et al. **A crise financeira internacional**. 1ª ed.. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 32.

30 ALEXANDRE, Fernando et al. **A crise financeira internacional**. 1. ed. São Paulo: Lex, 2009, p. 37.

de vende a terceiros estes créditos, envolvidos num pacote com rating superior ao dos empréstimos individuais, a qualidade dos créditos concedidos deixou de ser prioritária para os bancos: o importante passou a ser originar créditos para os poder titularizar e distribuir por outros investidores – passou-se assim ao modelo bancário “originar e distribuir” (originate and distribute).

Houve, então, um desvirtuamento da operação de securitização dos recebíveis imobiliários. Os créditos cedidos não eram de qualidade e, por estarem em conjunto com outros créditos de qualidade superior, tal risco não era devidamente informado ao investidor. Logo, o risco de crédito era difundido sem quem a pessoa que o assumisse tivesse a consciência do grau de risco que estava contraindo.

No que tange à *shadow banking*, essa atividade bancária oculta é entendida como a segregação de atividades desenvolvidas por instituições financeiras em veículos de propósitos específicos que não são vigiados pelos reguladores bancários. Em outras palavras, o banco concedia o crédito a segmentos sem a devida análise da capacidade de pagamento e cedia tais créditos a uma instituição não financeira, mas de propriedade do conglomerado bancário, para que os créditos fossem securitizados e distribuídos no mercado. Essa transferência dos ativos fez com que uma parte da atividade bancária fosse exercida por entidades que não devem obediência aos reguladores bancários.

O grande problema da atividade bancária oculta está na ausência de regulação e no disfarce dos balanços financeiros das instituições financeiras cedentes, tendo em vista que os créditos de má qualidade cedidos foram retirados do balanço, fato esse que ocasiona a liberação das cotas mínimas exigidas para a concessão de novos créditos, ou seja, a instituição financeira concedia crédito a segmentos que não tinham capacidade de honrar com o financiamento, tais créditos eram cedidos a um veículo de propósito específico e, por consequência, eram retirados do balanço dos bancos, o que permitia a concessão de novos financiamentos. A atividade exercida era um ciclo. Alexandre et al afirma que “a utilização dos SPV permitia tirar do balanço uma parte do crédito concedido e libertar recursos para uma expansão da actividade bancária, aumentando a alavancagem, ou seja, o recurso a capital alheio”.

Percebe-se, aqui, que o mau uso da securitização está associado à crise financeira internacional, contudo isso não se deve ao instituto em si, mas a maneira que ele foi usado. Além disso, há outras causas para a crise, como a valorização falsa dos ativos imobiliários, o incentivo governamental

para a concessão de crédito hipotecário, a ausência de fiscalização do cumprimento das regras de concessão de crédito, dentre outros fatores.

5 CONCLUSÃO

A securitização é um mecanismo de desintermediação financeira, existindo uma captação direta de recursos por parte do originador junto ao mercado de capitais. Tal instrumento surgiu, nos moldes atuais, nos EUA na década de 70, muito embora operações semelhantes venham sendo estruturadas desde o século XII, como por exemplo o caso das comunas italianas que organizavam as *coperas securitas*.

No Brasil, a securitização teve seu início na captação de recursos para o segmento imobiliário. Saliente-se, contudo, que ao contrário do que ocorreu nos EUA, que o instituto foi direcionado e lastreado com as hipotecas residenciais, a securitização no Brasil, em seu início, objetivava a captação de recursos para grandes projetos imobiliários comerciais, como shopping centers, empreendimentos *buit-to-suit*, entre outros.

No presente trabalho, focou-se nos recebíveis imobiliários, que são créditos oriundos de relações envolvendo compra e venda, financiamento e aluguel de bens imóveis. Essa escolha se deu por conta da possibilidade da securitização ser um mecanismo indutor ao investimento imobiliário. A operação de securitização imobiliária é estruturada, em síntese, da seguinte forma: o originador (cedente) cede, por meio de um contrato de cessão, dos créditos imobiliários inscritos em contratos padrões ou em uma Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), à companhia securitizadora (cessionária) e este emite um (s) Certificado(s) de Recebível (eis) Imobiliário(s) lastreado nos créditos cedidos.

A securitização imobiliária apresenta vantagens na captação de recursos e na alocação dos riscos envolvidos na operação do originador. Quanto à alocação e dispersão dos riscos, tem-se que é plenamente viável, com a securitização, que o originador repasse os riscos de crédito, de liquidez e de mercado. Frisa-se, porém, que tais riscos devem ser bem definidos e informados para o investidor e para o mercado, tendo em vista que todos os agentes devem estar cientes de quais são e de qual é o grau do risco que está assumindo ao realizar o investimento. Contudo, ficou constatado, também, que a securitização deve ser bem estruturada, não devendo a captação de recursos ser o objetivo final, mas somente o meio necessário para garantir o capital necessário para o desenvolvimento do empreendimento. Essa constatação decorre do fato de que a securitização

dos créditos decorrentes de financiamento dos subprime nos EUA foi uma das causas que agravou a crise financeira de 2007.

Saliente-se, porém, que no caso dos subprime a securitização foi mal utilizada, não sendo repassada, para os investidores, a real qualidade do crédito que lastreava a operação. Além disso, os bancos concederam financiamentos imobiliários a quem, sabidamente, não tinham condições de arcar com os valores concedidos. Acreditava-se, na época, que a alta valorização do imóvel poderia garantir o financiamento concedido, fato esse que se mostrou um engano. Outro mau uso da securitização que também foi constatado é a sua utilização para diminuir o controle dos reguladores bancários, o que ficou conhecido como atividade bancária oculta. Com a segregação do patrimônio em operações desse tipo, uma parte da atividade bancária era transferida para os veículos de propósito específico, que não são formalmente instituições financeiras e, portanto, não estão sob o controle dos reguladores. Além disso, os créditos cedidos saem do ativo do banco, fato esse que permite que essa instituição realize novos financiamentos que depois serão objetos de nova cessão, em um verdadeiro ciclo. No momento pré-crise, a preocupação maior dos bancos dos EUA era simplesmente originar e securitizar, deixando de lado todos os requisitos para a concessão de financiamento de qualidade.

O grande questionamento deste trabalho foi de saber se no Brasil a securitização de ativos imobiliários é um mecanismo eficaz no incentivo ao investimento. Constatou-se que a resposta desse questionamento é sim, desde que sejam respeitadas as exigências para a realização de uma operação de securitização e que a operação seja um meio para a captação dos recursos necessários e não o objetivo final do originador. No presente artigo, foram apresentados gráficos que comprovam que o aumento do número de operações desse tipo e o aumento de um mercado secundário dos títulos emitidos ocasionam um aumento no investimento realizado no segmento imobiliário, fato esse que é extremamente relevante para o desenvolvimento de um país.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Fernando et al. **A crise financeira internacional**. 1. ed. São Paulo: Lex, 2009.

BHATTACHARYA, Anand; FABOZZI, Frank (Org.). **Asset-backed securities**. New Hope: Frank Fabozzi Associates, 1996.

BRASIL. **Lei de nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>.

CAMINHA, Uinie. **Securitização.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FABOZZI JR., Frank J. DAVIS, Henry A.; CHOUDRY, Moorad. **Introduction structured finance.** New Jersey: John Wiley Trade, 2006.

MATIAS, Armindo Saraiva. Titularização: um novo instrumento financeiro. **Revista de Direito Mercanti, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo, n. 112, p. 48-54, out./dez. 1998.

MORAIS, Daniel Carrasqueira de. **O SFI: a securitização como um instrumento de fomento ao crédito imobiliário.** São Paulo: USP, 2008.

ODITAH, Fidelis. Selected issues in securitization. In: **The future for the global securities market:** legal and regulatory aspects. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 84.

PINHEIRO, Fernando Antonio Perrone. **Securitização de Recebíveis:** uma análise dos riscos inerentes. São Paulo: USP, 2008.

A FORMA DE FIXAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO DEVIDA NA RELAÇÃO DE ESTÁGIO E SUA CLASSIFICAÇÃO NO ORÇAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Victor Oliveira Silva¹

RESUMO: O artigo analisa a necessidade de previsão legal específica para a fixação de bolsas-estágio no âmbito da Administração Pública e verifica se esses valores devem ser considerados no cálculo das despesas com pessoal para fins de adequação aos limites previstos nos arts. 169 da Constituição Federal e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para isso, faz-se um estudo sobre a natureza jurídica da relação de estágio e da contraprestação que lhe é consequente e apresenta-se o posicionamento da doutrina e dos Tribunais de Contas do país sobre a matéria.

Palavras-chave: Estágio. Bolsa. Bolsa-estágio. Administração Pública. Natureza Jurídica.

THE ESTABLISHMENT OF THE FINANCIAL COMPENSATION DUE IN INTERNSHIP RELATIONSHIPS AND ITS CLASSIFICATION IN THE BUDGET OF PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: The article analyzes the need for specific legal provision for the establishment of the financial compensation due in internships in Public Administration and verifies if these values must be considered in the calculation of personnel expenses required by the articles 169 of the Constitution and 18 to 20 of the Fiscal Responsibility Law. It studies the legal nature of internship relationship and its financial compensation and shows the comprehension of the doctrine and of the Accounts Courts around the country on the matter.

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Procurador do Município de Maceió. E-mail: vsvictorsilva@yahoo.com.br

Keywords: Internship. Internship's financial compensation; Public Administration; Legal Nature.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº. 11.788/08, que “dispõe sobre o estágio de estudantes” e dá outras providências, conceitua o estágio da seguinte forma:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1º O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho. (BRASIL, 2008)

Organizando o conceito legal de forma didática, podemos dizer que o instituto é concebido como uma relação firmada entre um estudante, sua instituição de ensino e um profissional liberal ou pessoa jurídica com o fim de realizar um “ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo”, por meio do “aprendizado de competências próprias da atividade profissional” e da “contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (BRASIL, 2008).

Seguindo essa compreensão, complementa Nascimento (2011, 973):

O estágio destina-se à formação do estudante, e a correlação entre o estudo e o exercício do estágio é uma exigência natural para a validade do estágio. Assim, um estudante de medicina não poderá ser estagiário na seção de câmbio de um banco porque não há relação entre o curso escolar seguido e as funções desempenhadas no estágio. É correta a jurisprudência segundo a qual, para a configuração do estágio, deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares [...].

Por expressa previsão legal, entre aqueles que estão aptos a serem partes concedentes do estágio estão os “órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”², situação essa que conduz a um necessário diálogo entre a lei geral dos estágios e o regime jurídico de direito público especialmente destacado pelo art. 37 da Constituição Federal³.

Um dos pontos relevantes desse diálogo cuida do pagamento da contraprestação devida pela parte concedente (no caso, o Poder Público) ao estagiário – o que a legislação denomina de “bolsa” (ou “bolsa-auxílio”, “bolsa estágio”) –, que tem natureza compulsória nas hipóteses de estágio não obrigatório, sendo esse compreendido como o que é “desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória”⁴.

Estaria a instituição desse valor sujeita à existência de previsão legal e, como consequência, deveria ser ele computado para fins de limitação com despesas de pessoal a que se referem, respectivamente, os arts. 37, X, e 169, da Constituição Federal?

Esse é o objeto do presente estudo, que passamos a analisar a partir de agora.

2 Lei nº. 11788/08. Art. 9º. As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações: [...] (BRASIL, 2008)

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988)

4 Art. 2º O estágio poderá ser obrigatório ou não-obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.

§ 1º Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.

§ 2º Estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

[...]

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório. (BRASIL, 2008)

2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

A fim de solucionar os questionamentos apresentados, reputamos necessário definir inicialmente a natureza jurídica do instituto para, somente então, analisarmos o enquadramento da contraprestação dele decorrente dentro do regime normativo do direito público.

De início, parece impossível deixar despercebida a afirmação expressa dos arts. 3º e 12, §1º, da Lei 11.788/08, supra, de que o estágio, ainda que remunerado, não caracteriza vínculo empregatício. Vejamos:

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

(...)

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.

§ 1º A eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício. (BRASIL, 2008)

Essa mera definição legal, entretanto, não parece suficiente para a se afastar o estágio de uma relação de emprego, especialmente quando verificamos os elementos que caracterizam esse vínculo. É o que se percebe, por exemplo, da análise de Zéu Palmeira Sobrinho (2008, p. 1177-1180) sobre o instituto. Afirma o doutrinador, tratar-se o estágio de uma relação:

- *Solene*, o que deve ser visto sob duas faces: a de sua celebração e a do seu desenvolvimento. A formalidade presente na celebração decorre da exigência legal de celebração de termo de compromisso (art. 3º, II⁵) a ser firmado entre o educando (ou seu representante/assistente legal), a parte cedente e a instituição de ensino. Já no desenvolvimento da relação, o legislador estabelece, dentre outras obrigações, a de que o educando apresente à instituição de ensino um relatório periódico de suas atividades, em prazo não superior a 06 (seis) meses (Art. 7º, IV⁶);

5 Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1o do art. 2o desta Lei quanto na prevista no § 2o do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:
[...]

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

6 Art. 7º São obrigações das instituições de ensino, em relação aos estágios de seus educandos:
[...]

IV – exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades; (BRASIL, 2008)

- *Tripartite, trilateral ou triangular*, “porque demanda obrigações recíprocas para os três sujeitos: o estudante; a instituição de ensino (arts. 7º e 8º, LEE); e a organização concedente (art. 9º, LEE)”;

- *Tendencialmente onerosa*, em razão da guinada legislativa realizada pela Lei 11.788/08 nesse tocante. Enquanto a norma que anteriormente cuidava da matéria (Lei nº. 6494/77) dispunha apenas que o estagiário poderia receber bolsa⁷, independentemente da sua condição de obrigatório ou não, a legislação atual, de pronto, já cria uma hipótese na qual o pagamento é forçoso, que são os casos de estágio não obrigatório, conforme já apresentado no art. 12, supra. Além disso, a tendência se encontra presente em outros dispositivos legais, a exemplo do direito ao recesso remunerado (férias) para aqueles que exercem estágio remunerado (art. 13, §1º)⁸, a previsão de que “a eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício” (art. 12, §1º), ou mesmo o dever de contratação de seguro contra acidentes pessoais, em favor do estagiário, esse último exigível para quaisquer das hipóteses de estágio (art. 9º, IV⁹).

- *De trato sucessivo*, uma vez que, para alcançar o seu principal objetivo, que é o aprimoramento profissional do estudante, é necessário que a relação de estágio se prolongue no tempo, permitindo assim que o educando alie o conhecimento teórico adquirido em sala de aula à sua execução prática na atividade extracurricular. Como bem lembra o autor, “o estágio se vincula a uma proposta de execução, acompanhamento e

7 Art. 4º O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais. (BRASIL, 1977)

8 Art. 13. É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares.

§ 1º O recesso de que trata este artigo deverá ser remunerado quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação.

§ 2º Os dias de recesso previstos neste artigo serão concedidos de maneira proporcional, nos casos de o estágio ter duração inferior a 1 (um) ano. (BRASIL, 2008)

9 Art. 9º As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações:

[...]

IV – contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso; (BRASIL, 2008)

avaliação conforme um planejamento que deve ser viabilizado no tempo”;

- **Subordinativa**, pois se deve reconhecer que, na relação de estágio, o planejamento das atividades é feito em comum acordo entre a instituição de ensino e a parte concedente, ficando o estagiário subordinado hierarquicamente a esses dois sujeitos da relação, que deterão, no curso de todo o processo, os poderes de direção e disciplina sobre o estagiário e suas atividades; e

- **De atividade**. Não se pode esquecer que, “a despeito da sua finalidade predominantemente pedagógica, o contrato de estágio é um pacto de atividade, eis que a sua execução demanda o dispêndio de labor pessoal do estagiário” a ser desenvolvida necessariamente em um ambiente de trabalho.

Diante dessa breve incursão doutrinária, vemos que a relação de estágio parece se aproximar bastante de uma relação de emprego, uma vez que esta também tem como características básicas a realização de uma atividade, por parte de uma pessoa física, mediante pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, conforme se observa dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943)

Esses elementos também são destacados pela doutrina, como observamos de brilhante excerto da obra de Nascimento (2011, p. 645-646, grifo nosso):

Definimos empregado levando em conta esses dados:

Empregado é a pessoa física que com pessoalidade e ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário.

Se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador

será sempre empregado, porque esta palavra tem um sentido técnico-jurídico próprio e está reservada para identificar um tipo especial de pessoa que trabalha.

Em princípio, empregado poderá ser:

a) **Toda pessoa física**, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica, porque esta jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços. Seria impróprio cogitar, por exemplo, da aplicação de leis de salário mínimo, de duração diária de trabalho, de riscos profissionais às pessoas jurídicas, como lembra Mario de la Cueva. Assim, o empregado terá de ser forçosamente uma pessoa natural, como sustentam Manuel Alonso Olea, Cabanellas, Paul Durand, Mario de la Cueva, Nikisch, Kaskel, Barassi, Greco, Zanobini etc. Ainda que o contrato seja por equipe, como no caso do maestro que contrata pela orquestra que dirige, visa-se a proteção jurídica de cada componente do grupo individualmente considerado.

b) **A pessoa física que prestar serviços subordinadamente, isto é, que exercer uma atividade profissional sob o poder de direção de outrem.**

c) Pode ser empregado alguém de qualquer condição pessoal, seja brasileiro ou estrangeiro, maior ou menor, homem ou mulher, observadas certas proibições ou normas de capacidade.

d) **É componente doutrinário da figura um elemento subjetivo, o *animus contrahendi*, isto é, o propósito de trabalhar para outrem como empregado e não com outra finalidade**, como seria no caso do trabalho cívico, religioso, assistencial ou por mera amizade.

e) **Outro elemento da definição é a continuidade do trabalho para a mesma fonte — trabalho não eventual**, mas a continuidade pode estar presente em outros contratos, como o do autônomo.

f) O salário é outro requisito, este sim de natureza fundamental, porque **não se configura contrato de emprego quando o trabalho é gratuito, sem remuneração.**

g) Exclusividade não é elemento fundamental, podendo coexistir contrato de emprego com ou sem exclusividade, dependendo do pactuado.

Na mesma linha, Delgado (2015, p. 299, *grifo nosso*), leciona que:

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

[...]

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Por fim, no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Tais elementos são, portanto: trabalho não eventual, prestado “intuitu personae” (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade.

Diante de toda essa contextualização doutrinária, estaríamos, então, diante de uma verdadeira relação de emprego, a despeito da previsão legal?

A resposta é negativa.

A relação de estágio, ainda que se aproxime da relação de emprego, com ela não se identifica. E o ponto determinante para essa distinção é justamente o objetivo que ela preceitua. Conforme vimos no art. 1º da Lei nº. 11.788/08, o estágio tem como objetivo precípua o aperfeiçoamento pedagógico do estagiário a partir da aplicação prática dos conhecimentos que adquire na instituição de ensino. É por isso mesmo que se deve ter bastante cuidado para que a relação de estágio sempre se funde no âmbito do aprendizado constante, evitando-se o desvirtuamento em relação de emprego, conforme preconiza o art. 3º da citada Lei:

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

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária. (BRASIL, 2008, grifo nosso)

Em razão disso, a doutrina refuta a compreensão do estágio como uma relação de emprego, para classificá-lo como uma relação de trabalho *latu sensu*, distinta da de emprego.

Segundo Delgado (2015, p. 331-332), essa diferenciação (relações de trabalho x relações de emprego) é muitas vezes de difícil verificação, mas pode ser tomada a partir de diversos fatores, a exemplo de uma excludente legal absoluta, uma presunção legal favorável ou mesmo pela inexistência de um dos elementos essenciais à configuração da relação trabalhista. Assim leciona o renomado autor:

Há, porém, outras relações de trabalho gestadas na dinâmica social muito próximas do ponto de vista jurídico e social, à relação empregatícia, mas que com ela não se confundem. A diferenciação entre elas, às vezes, pode ensejar pesquisa fático-teórica tormentosa. Em um primeiro plano, há um vínculo jurídico que, apesar de contar, do ponto de vista prático, com os elementos configuradores da relação de emprego, recebe da ordem jurídica uma *excludente legal absoluta*,

que inviabiliza o contrato empregatício - trata-se da natureza pública da relação jurídica formada. **É o que se passa com os servidores administrativos das entidades estatais de Direito Público.**

Em um segundo plano, há outra relação jurídica, de natureza efetivamente privada, que também pode contar com os elementos integrantes da relação de emprego, sem enquadrar-se no tipo legal da CLT. É o que ocorre com o *estágio*, desde que regularmente formado e praticado. Ressalte-se, entretanto, que não se está, aqui, mais diante de excludente legal absoluta (como ocorrido acima). porém, essencialmente, apenas de uma presunção legal favorável ao estágio. Neste plano, há outra relação jurídica que parece concorrer, do ponto de vista jurídico, com a relação de emprego - embora essa concorrência seja mais aparente do que verdadeira. Trata-se das situações envolvendo a trabalhadores prestadores de serviço de **cooperativas de mão de obra** (ou cooperativas de trabalho, segundo a terminologia seguida pela recente Lei n. 12.690, de 2012). **Também aqui não se está, definitivamente, perante uma excludente legal de relação de emprego.** Em outro plano, há diversas outras relações sociojurídicas que se diferenciam da relação de emprego em vista da falta de um ou alguns dos elementos fático-jurídicos componentes do tipo legal especificado no caput dos arts. 2º e 3º da CLT. É o que acontece, ilustrativamente, com as relações trabalhistas autônomas, eventuais e avulsas. sem se falar em outros vinculas também fronteiriços ao regulado pela CLT (representante comercial ou agente, motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, motorista de táxi, etc.).

Todos esses casos de relação de trabalho lato sensu são mais ou menos próximos da relação empregatícia: todos esses *trabalhadores lato sensu tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia*, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta.

Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador do Direito, reconhecendo os elementos de aproximação entre as figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificar-lhes, ao mesmo tempo, a *diferença específica*, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente. (*grifo nosso*)

Especificamente em relação ao estágio, o eminente doutrinador destaca:

É que não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), **a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído.**

Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o *aperfeiçoamento e complementação de formação acadêmico-profissional do estudante. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio*, isentando o tomador de serviços, participe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. *Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação - e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo -, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justrabalhistas a essa relação de trabalho lato sensu.*

[...]

O estágio, portanto, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que presidiu sua criação pelo Direito: sendo incorreto, irregular, trata-se de simples relação empregatícia dissimulada.

[...]

Repita-se que o estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproximam da figura jurídica do empregado - sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado, esse trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços). Não obstante, a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio - do ponto de vista do prestador de serviços -, nega caráter empregatício ao vínculo formado. **Essa negativa legal decorre, certamente, de razões metajurídicas, ou seja, trata-se de artifício adotado com o objetivo de efetivamente alargar as perspectivas de concessão de estágio no mercado de trabalho.** Portanto, na composição do tipo legal do estágio, é essencial que compareçam os requisitos formais e materiais específicos ao delineamento da figura - sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva de trabalhador intelectual não empregatício. (2015, 337-338, grifo nosso)

Aprofundando um pouco mais o tema, Nascimento (2011, 545-546; 639-640), destaca que a expressão “contrato de trabalho” deve ser compreendida como um gênero que abrange diversas espécies de contratações, dentre as quais estão o contrato de emprego e o contrato de formação profissional (que inclui o estágio e o contrato de aprendizagem)¹⁰. Vejamos:

Toma-se a expressão contratos de trabalho como gênero. Nem sempre é usada assim. Mas muitos preferem, indistintamente, pensar em contrato de trabalho como contrato de emprego, isto é, o vínculo

10 No mesmo sentido, está a doutrina de Renato Saraiva (2009, p. 34-37).

entre empregado e empregador. Todavia, já é tempo de definir o exato sentido dos termos porque estamos diante de um fenômeno claramente constatável na esfera das relações trabalhistas, a abertura tipológica dos contratos de trabalho, que não mais se resumem a um único modelo. A relação de emprego multiplica-se em diversas formas contemporâneas ou não mostradas, após pesquisa nacional e internacional, apoiada principalmente nos estudos de Santoro-Passarelli, na classificação que delas fizemos deste livro.

[...]

Quando a lei dispõe sobre relação de trabalho, quer se referir a contrato de trabalho. Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela, uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta, uma postura contratualista. Mas **não se controverte que relação de trabalho é um gênero, ou, em outras palavras, contrato de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego ou contrato de emprego, que é uma modalidade — a mais importante — de contrato de trabalho.**

[...]

Com as sucessivas modificações pelas quais passou o processo de produção de bens e prestação de serviços — taylorismo, fordismo, toyotismo e as formas contemporâneas descentralizadas e amoldadas à tecnologia —, os ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de as acompanhar, criando formas contratuais novas que se diversificam nas leis contemporâneas — teletrabalho, centros de informação, terceirizações, tempo parcial, abrandamento da subordinação — e tensionaram a teoria do direito do trabalho, para ser real, a dividir os tipos de contratos de emprego e, além destes, os tipos de contratos de trabalho sem relação de emprego.

Passou a ficar mais claro que as formas de produção refletem sobre os tipos de contratos de trabalho.

Diante de um quadro bastante diversificado, preferível será a seguinte classificação, consideradas a natureza e a finalidade do contrato: 1) contrato de emprego a tempo pleno e duração indeterminada, que é o tipo padrão; 2) contratos especiais de emprego, resultado da conjunção de fatores como a duração no tempo, a duração da jornada de trabalho e a profissão exercida pelo empregado; 3) contratos flexíveis de emprego, que são os que rompem com os padrões tradicionais; 4) **contratos de formação profissional, que são os de tirocínio e de aquisição de experiência profissional**; 5) contratos de trabalho sem vínculo de emprego, como o do eventual, o do autônomo e outros. (*grifo nosso*)

No que se refere à relação de estágio, o autor faz o seguinte destaque:

Os contratos de formação profissional, quando executados não só de modo teórico, mas também prático, no interior de empresas, não devem

ser considerados contratos de emprego, como acontece com diversos deles. Caso o sejam, melhor seria optar pela redução dos custos da empresa com os beneficiados.

Não são lucrativos para a empresa. Ao contrário, esta terá que arcar com o ônus não só da estrutura de qualificação que terá que manter, como também dos resultados da qualificação, que não serão iguais para todos os que aprendem a profissão, não se devendo esquecer, ainda, a qualidade da produção ou dos serviços dos aprendizes, e o apelo por ensinamentos intermitentes de colegas ou de profissionais mais experientes da empresa, que interrompem a sua atividade para dar explicações ao iniciante.

Se a empresa tiver que arcar, além disso, com os ônus de uma relação de emprego, que não são poucos, certamente o desestímulo à ampliação da qualificação profissional será maior. **A melhor política trabalhista para o caso é a do incentivo e da facilitação de oportunidades, porque os jovens têm direito ao ensino, e, no caso destes contratos de que estamos tratando, nada pagarão pela aquisição dos conhecimentos da profissão.**

[...]

Essas razões nos levam a classificar os contratos de formação profissional, definidos pela lei francesa (Code du Travail, art. L900-1) **como ferramentas que têm por objetivo favorecer a inserção ou a reinserção profissional de trabalhadores, permitir sua manutenção nos empregos, favorecer o desenvolvimento de suas aptidões e o seu acesso aos diversos níveis de qualificação profissional.** (2011, 960-961, *grifo nosso*)

[...]

O estágio profissional de estudantes é uma parte da política de formação profissional daqueles que querem ingressar no processo produtivo, integrando-se na vida da empresa, sem a qual essa integração seria impossível, porque exatamente nela é que o estudante vai aplicar seus conhecimentos, ampliá-los e desenvolver a sua criatividade como forma de afirmação pessoal e profissional, o que contraindica qualquer ação genérica que possa criar obstáculos e frustrar a consecução desses objetivos.

Contrato de estágio não é uma forma de relação de emprego nem pode ser tratado como tal. É uma modalidade especial de contrato de qualificação profissional com objetivos pedagógicos e de formação de profissional nas diferentes áreas do conhecimento. Porém, o descumprimento de regras estabelecidas pela lei pode ensejar a oportunidade de uma avaliação desqualificante da sua natureza própria, para que o seu enquadramento jurídico se faça no modelo do vínculo de emprego. Este reenquadramento é uma penalidade pesada, e a lei deveria fixar outras punições, mas não a transmutação de um

tipo em outro tipo de contrato, o que, convenhamos, não é uma solução adequada. A política legislativa deveria ser outra num país que tanto necessita de formação de profissional para o mercado de trabalho. (2011, 971-973, grifo nosso)

Em ensaio específico sobre o tema já citado neste estudo, Zéu Palmeira Sobrinho (2008, p. 1180-1181), de forma extremamente precisa, compreende o estágio como um “ato educativo-laboral” marcado pela “vinculação pedagógica que se realiza por meio da prática laboral em seu sentido amplo”, conforme excerto que se segue:

A finalidade do estágio não é combater o desemprego, distribuir renda, tampouco suprir a carência imediata de mão-de-obra das empresas. **A sua destinação é especificamente de formação educativa, afigurando-se ilegal a exploração do trabalho do estagiário com o objetivo de reduzir os custos de reprodução da força de trabalho.**

[...] O estágio tende a produzir frutos positivos para todos os sujeitos envolvidos. Para o estagiário ele consiste numa oportunidade de qualificação e auto-esclarecimento vocacional. Por meio do estágio a instituição de ensino tem a vantagem de cumprir a sua missão de formar e desenvolver as capacidades do educando. Para a instituição concedente, o estágio é a incubadora a partir da qual tendem a emergir criativamente pessoas talentosas, tão aptas a aplicar, testar e treinar os seus referenciais teóricos, quanto inteligentes o suficiente para questionar ou aperfeiçoar a prática institucional da unidade de execução do estágio.

[...]

Em relação à natureza jurídica, há autores que qualificam o contrato de estágio simplesmente como civil (Santos, 2006), formativo (Carro, 1997) ou procedimento de integração (Magano, 1981). Tais tipificações jurídicas são por demais genéricas e em consequência não se aproximam do tratamento peculiar que o regime jurídico vigente concede ao instituto em análise.

A tarefa de investigar sobre a natureza jurídica do contrato de estágio demanda a análise do texto legal em cotejo com a prática educativa, a qual pode ser facilitada pela análise dos seguintes questionamentos:

Por que se exige que o estágio se realize segundo um projeto didático-pedagógico com a obrigatória participação e acompanhamento da instituição de ensino?

Por que deve haver a compatibilidade entre a formação escolar do estudante e a prática de estágio?

Por que, segundo o art. 14 da Lei 11.788/2008, as normas de proteção da saúde e da segurança do trabalho são aplicáveis à relação de estágio?

Por que o legislador reconheceu ao estagiário os direitos a uma bolsa de estudo, ao seguro contra acidentes pessoais, à limitação da jornada e ao recesso?

Reportando-se às questões mencionadas, torna-se truismo dizer que se o contrato de estágio não envolvesse uma atividade prática jamais

a legislação iria ocupar-se das questões laborais. **Sob a égide do novo regramento legal parece mais razoável compreender-se que o contrato de estágio, quanto à sua natureza jurídica, é um ato educativo-laboral. Essa percepção conserva a coerência entre o aspecto educativo e o aspecto laboral que somente se efetiva a partir da atividade do estagiário. Trata-se de duas dimensões que marcam o liame contratual e que decorrem da regulação substantiva da figura contratual. Tais dimensões contemplam a vinculação pedagógica que se realiza por meio da prática laboral em seu sentido amplo. A conclusão sobre essa natureza complexa resulta das razões que justificam a disciplina jurídica de tal modalidade contratual.**

O contrato de estágio, portanto, tem natureza jurídica de ato educativo-laboral, porquanto se reporta a uma complexa relação disciplinar que somente atinge a sua finalidade pedagógica se for permitido ao educando desenvolver as atividades que proporcionem a aplicação prática do instrumental teórico inerente à sua formação escolar.

Diante desse aprofundamento no estudo doutrinário sobre a matéria, resta-nos concluir que a relação de estágio não possui natureza de relação de emprego, não apenas pela imposição legal acima exposta, mas, especialmente, pelas verdadeiras características que são inerentes a esse instituto, uma vez que seu escopo principal é a formação do estagiário através da conjunção do conhecimento teórico ao prático, o que lhe conduz a ser considerado uma relação de trabalho *latu sensu*.

Feita essa delimitação, impede agora compreender como deverá fixada e enquadrada dentro do orçamento do ente público que figure como instituição concedente da relação de estágio a contraprestação devida ao estagiário.

3 NATUREZA JURÍDICA, FIXAÇÃO E ENQUADRAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO DEVIDA NA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

A Constituição Federal impõe à Administração Pública o respeito aos estritos limites da legalidade, sendo clara, desde a Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998, quanto à necessidade de lei específica para definir as remunerações e subsídios de seus agentes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §

4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

Não bastasse isso, o art. 169 da Carta Magna também prevê que as despesas com pessoal da Administração Pública estão necessariamente submetidas a limites definidos em Lei Complementar, cujo desrespeito é apto a suspender imediatamente os repasses de verbas federais ou estaduais ao ente público. Define, ainda, que qualquer modificação remuneratória exige prévia dotação orçamentária, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Vejamos:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - exoneração dos servidores não estáveis. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

A fim de regulamentar o mandamento constitucional, foi editada a Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que, em seu art. 18, traz um conceito amplíssimo do que seriam despesas com pessoal, para compreendê-las como “o somatório dos gastos” dos entes públicos com “quaisquer espécies remuneratórias” despendidas com agentes públicos ativos, inativos, ou seus pensionistas, incluindo-se ali encargos sociais e contribuições previdenciárias. Os arts. 19 e 20, por sua vez, elegem a receita corrente líquida do ente como referencial para a limitação constitucional, conforme vemos abaixo:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

[...]

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

[...] (BRASIL, 2000)

Diante desse cenário, é pacífico o entendimento de que a fixação de qualquer remuneração ou subsídio a agentes públicos exige específica previsão legal que, por sua vez, estará submetida às limitações de ordem financeira estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A partir disso, e reconhecendo ter o estágio a natureza jurídica de uma relação de trabalho *latu sensu*, com diversas características que o aproximam de uma relação de emprego, é natural questionar se a fixação e enquadramento da contraprestação decorrente dessa relação estaria submetida ao regramento normativo acima apresentado.

Esse tema foi levado à apreciação dos Tribunais de Contas de todo o país através de diversas consultas, dentre as quais merece destaque a de nº. 3469/09, por meio da qual o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo compreendeu que as bolsa-estágio não teriam natureza jurídica de “remuneração e/ou salário atribuído aos servidores públicos integrantes do quadro de pessoal, contratados por concurso público e/ou outra forma temporária mediante prévio processo seletivo”, motivo pelo qual deveriam ser concebidas como despesas com pessoal, mas como despesas correntes, sendo necessário tão somente a existência de dotação orçamentária suficiente a suprir a contratação. Vejamos o teor do julgado:

[Ementa]

DESPESAS RELATIVAS A BOLSAS DE ESTÁGIO INTEGRAM O PERCENTUAL DE DESPESA COM SERVIÇOS DE TERCEIROS (ARTIGO 72 DA LRF) - DESPESA NÃO COMPUTADA PARA CÁLCULO DO LIMITE DE GASTO COM PESSOAL.

[Voto]

[...]

Observa-se que a bolsa ou contraprestação acordada pelas partes não tem a mesma natureza da remuneração e/ou salário atribuído aos servidores públicos integrantes do quadro de pessoal, contratados por concurso público e/ou outra forma temporária mediante prévio processo seletivo.

Por essa razão, entende-se que tais gastos não devem integrar o total da despesa com pessoal da Administração Pública.

[...]

Constata-se que a norma legal não trouxe em seu bojo a previsão da bolsa ou outra despesa dessa natureza como dispêndio inerente à despesa com pessoal, não devendo ser inserida na folha de pagamento e, conseqüentemente, não causando quaisquer reflexos no percentual a que se refere a alínea “a”, do inciso III, do art. 20, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Há que se atentar, ainda, para o fato de que o estagiário não pode substituir o servidor público, não se equiparando, portanto, aos componentes do quadro de servidores. O estágio envolve atividades vinculadas ao aprendizado e à habilitação ao exercício futuro de uma profissão.

[...]

Constatada a situação especial do estágio e a impossibilidade de considerar as despesas com estagiários como despesa de pessoal, há que se apurar sua correta apropriação, na medida em que tais gastos devem ser computados em determinado elemento de despesa para fins contábeis.

As despesas com estagiários podem ser observadas nas disposições da Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 04 de maio de 2001, que dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no

âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

[...]

De acordo com a Portaria, os gastos com estagiários devem ser enquadrados nos elementos de despesa referentes a “Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Física”, cujo conceito é importante no esclarecimento da questão suscitada: 36 – Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Física Despesas decorrentes de serviços prestados por pessoa física pagos diretamente a esta e não enquadrados nos elementos de despesa específicos, tais como: remuneração de serviços de natureza eventual, prestado por pessoa física sem vínculo empregatício; **estagiários**, monitores diretamente contratados; diárias a colaboradores eventuais; locação de imóveis; salários de internos nas penitenciárias; e outras despesas pagas diretamente à pessoa física. (g.n.)
(TCE-ES. Tribunal Pleno. Processo nº. 3469/09. Rel. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Julg. em 16.04.13, grifo nosso)

As demais Cortes de Contas do país não destoaram dessa compreensão. Julgados dos Tribunais de Contas do Estado do Mato Grosso, dos Municípios do Estado de Goiás e do Estado de Minas Gerais também seguiram o entendimento de que os valores pagos em razão do estágio não devem ser compreendidos como despesas de pessoal, conforme se depreende dos excertos a seguir:

[Ementa]

CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ. CONSULTA. PESSOAL. ESTAGIÁRIOS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

a) Os órgãos da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios podem firmar Termo de Compromisso para concessão de estágio a estudantes, observados os ditames da Lei Nacional nº 11.788/2008 e a compatibilidade de eventuais despesas com as regras previstas na Lei 4.320/1964 e na LRF.

b) O objetivo primordial do estágio deve ser a promoção do aprendizado prático ao estagiário, e não o mero atendimento às necessidades do quadro funcional permanente ou temporário dos órgãos ou entidades concedentes.

c) A Administração Pública deve estabelecer em ato normativo próprio complementar à Lei nº 11.788/2008, dentre outras disposições, os critérios isonômicos para seleção do estagiário e o valor da bolsa, quando oferecida.

CÂMARA MUNICIPAL. DESPESAS. LIMITES. FOLHA DE PAGAMENTO. BOLSAS DE ESTÁGIO. **As despesas referentes ao pagamento de bolsas de estágio, concedidas em conformidade com as disposições da Lei nº 11.788/2008, não devem ser computadas na folha de pagamento das Câmaras Municipais para efeito da apuração do limite previsto no § 1º do art. 29-A da CF/1988.**

CONTABILIDADE. DESPESAS. BOLSAS DE ESTÁGIO.

CLASSIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. A classificação orçamentária das despesas afetas ao pagamento de bolsas de estágio deve obedecer a codificação de Natureza de Despesas nº 3.3.90.36, em conformidade com a Portaria Interministerial SOF/STN nº 163/2001.

[...]

[Voto]

De acordo com a Lei nº 11.788/2008, o estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

[...]

O estágio não se confunde com o emprego (art. 3º da Lei nº 11.788/2008), e quando oferecido pelo Administração Pública não se amolda ao exercício de um cargo ou função, tendo em vista que ao oferecer um estágio o Poder Público não deve objetivar a contraprestação de serviços, mas sim contribuir para a formação escolar e cidadã dos alunos estagiários.

Ademais, observa-se que o estagiário não tem o direito subjetivo ao recebimento de um salário como contraprestação pelas atividades que executa, poderá perceber, contudo, uma retribuição chamada bolsa.

Nesse ponto, é imprescindível que cada órgão ou entidade da Administração Pública concedente de estágio edite ato normativo complementar à Lei nº 11.788/2008, estabelecendo, dentre outras disposições, os critérios isonômicos de seleção do estagiário e o valor da bolsa, quando oferecida.

[...]

Portanto, percebe-se que a natureza jurídica do estágio é muito peculiar e atípica, diferenciando-se das formas laborativas existentes. O vínculo do estagiário ocorre por meio de Termo de Compromisso, celebrado entre o estudante e a parte concedente, com a interveniência obrigatória da instituição de ensino, confirmando a natureza jurídica social e civil do instituto.

[...]

Noutro prisma, é pertinente salientar que, para fins de apuração dos limites de gastos com pessoal instituídos pela Lei Complementar 101/00 – LRF, conforme seus arts. 18 a 22, devem ser consideradas as despesas com pessoal ativo, os inativos e os pensionistas, relativas a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, bem como as despesas afeta à terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos, não havendo referência expressa à relação de estágio.

Portanto, dentre os vínculos que geram despesas com pessoal (cargo, emprego, função, aposentação, pensão, mandatos eletivos, membros

de Poderes, etc), para fins de apuração dos limites de gastos previstos na LRF, não se inserem aqueles civis oriundos de estágios de estudantes.

(TCE-MT. Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Processo nº. 12.715-9/2015. Rel. Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Julg. em 30.06.15, *grifo nosso*)

[Ementa]

EMENTA: CÂMARA MUNICIPAL DE ANÁPOLIS. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIOS. GASTOS QUE DEVEM SER COMPUTADOS DENTRE OS 30% (TRINTA POR CENTO) DESTINADOS À MANUTENÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL

[Voto]

[...]

A prática de estágio foi recentemente regulamentada pela Lei nº 11.788/08, a qual dispõe, em seu art. 1º, que “estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos”.

Diz a mesma lei, em seu art. 3º, que o estágio “não” cria vínculo empregatício de qualquer natureza.

Tanto é assim que o que vincula o estagiário, a instituição de ensino e a parte concedente não é um contrato, mas sim um “termo de compromisso”.

Nesse sentido, conclui-se, conforme ressaltado pela Procuradoria Geral de Contas (fls. 10), que se “nem mesmo o conceito legal de despesa total com pessoal abarca os gastos com os estagiários, não há razão para não entender que tais devam ser considerados como gastos com folha de pagamento”.

(TCM-GO. Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Resolução RC nº. 013/09. Rel. Conselheiro Jossivani de Oliveira. Julg. em 06.05.09, *grifo nosso*)

[Ementa]

MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIO. OBRIGATORIEDADE DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E DE DOTAÇÃO SUFICIENTE CONTIDA NA LEI ORÇAMENTÁRIA. CONTABILIZAÇÃO NO GRUPO “DESPESAS CORRENTES”.

[Voto]

[...]

Quanto à classificação orçamentária de tais despesas, tem-se que a Lei Complementar nº 101, de 04/5/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), em seu art. 18, **caput**, define a abrangência das despesas com pessoal,

para fins de fixação de limite de gastos, não incluindo ali as relativas ao pagamento de estágio, conforme se verifica da transcrição de suas disposições, verbis:

“Art. 18 – Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.”

Com efeito, **a contabilização deverá ser feita à conta de dotação orçamentária específica no grupo “Despesas Correntes”**, observando-se as disposições da Lei Federal nº 4.320/64 e, ainda, a Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001 e as suas alterações, que definem as normas para uniformização da execução orçamentária nas três esferas de governo, facilitando a consolidação dos Balanços das Contas Públicas.

Assim, evidencia-se que aos estagiários não é dado tratamento de servidor pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e as despesas relativas ao pagamento das respectivas bolsas não têm o caráter de despesa com pessoal.

(TCE-MG. Tribunal Pleno. Consulta nº. 715526. Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julg. em 27.09.06.)

A nosso sentir, o entendimento uníssono de todas essas Cortes de Contas merece total guarida. De fato, não sendo a relação de estágio fundada em contratação de mão-de-obra, mas em um vínculo temporário, de natureza pedagógica, firmado mediante mero termo de compromisso e que tem como escopo principal o aperfeiçoamento do aprendizado do educando, o valor recebido pelo estagiário não pode ser concebido como uma remuneração que, no rol ainda que exemplificativo do art. 18 da LRF, abrangeria verbas como “vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza” (BRASIL, 2000).

Tais valores, em verdade, parecem ter a natureza jurídica de incentivo pedagógico, que mais se aproxima de uma contraprestação paga a um terceiro que, temporariamente, presta serviços à Administração (a exemplo das contratações administrativas firmadas com base na Lei nº.

8666/93)(BRASIL, 1993) do que de uma remuneração paga a agentes públicos ou seus pensionistas, pessoas essas que possuem um vínculo direto com o Estado.

Ausente, portanto, a natureza jurídica de remuneração, parece-nos possível, então, concluir que o valor da contraprestação não precisa ser fixado por lei formal, podendo a Administração estipulá-la mediante ato infralegal nos limites de sua discricionariedade, desde que, obviamente, haja dotação orçamentária específica para tanto e observe os princípios que regem a Administração Pública, merecendo destaque a razoabilidade, a impessoalidade, a economicidade e o respeito ao interesse público.

É de se destacar que essa fixação mediante ato infralegal tem sido aplicada por diversos órgãos públicos de todo o país, que vêm regulamentando as relações de estágio em suas estruturas administrativas mediante Instruções Normativas, Portarias, Decretos ou Resoluções, conforme se observa dos seguintes exemplos: Instrução Normativa nº. 132/12, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012b); Portaria nº. 587/13, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013); Portaria nº. 314/08, do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2008b); Portaria CNMP-Presi nº. 58/12, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2012); Portaria GPR nº. 931/12, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 2012c); Decreto nº. 30658/09, do Governo do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2009); Resolução nº. 258/2012, da Câmara Legislativa do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2012); Resolução nº. 282/2015, do Tribunal de Contas do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Ademais, é possível concluir, ainda, que, não sendo enquadrada como despesa de pessoal, a bolsa-estágio não tem o escopo de influenciar nos limites de gastos com pessoal a que se referem os arts. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

Em razão disso, a título de classificação orçamentária, e seguindo o que direciona a Portaria Interministerial SOF/STN nº. 163/01 (BRASIL, 2001), a verba deve ser enquadrada no Elemento de Despesa “36 - Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Física”, dentro da Categoria Econômica “3. Despesas Correntes”, do Grupo de Natureza de Despesa “3. Outras Despesas Correntes” (que se distingue do Grupo “pessoal e encargos sociais”), sendo a “Modalidade de Aplicação” variável conforme o caso.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi dito, resta-nos concluir que o estágio deve ser compreendido como um “ato educativo-laboral” (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1180) firmado entre um estudante, sua instituição de ensino e um profissional liberal ou pessoa jurídica “que visa à preparação para o trabalho produtivo”, por meio do “aprendizado de competências próprias da atividade profissional” e da “contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (BRASIL, 2008).

Em razão disso, a relação de estágio não pode ser concebida como uma relação de emprego, não apenas pela imposição legal dos arts. 3º e 12, §1º, da Lei nº. 11.788/08 (BRASIL, 2008), mas, especialmente, pelas verdadeiras características que são inerentes a esse instituto, cujo escopo principal não é a tomada de mão-de-obra com fins de produção ou prestação de serviços, mas a formação do estagiário através da conjunção do conhecimento teórico ao prático, característica essa que lhe conduz a ser considerado como uma relação de trabalho *latu sensu*.

Por consequência, restringindo-se a discussão ao âmbito das relações de estágio firmadas junto à Administração Pública, a “bolsa-auxílio” – devida compulsoriamente ao estagiário nos casos de estágio não obrigatório – tem natureza jurídica de mero incentivo pedagógico, que se aproxima das contraprestações pagas a terceiros que, temporariamente, prestem serviços à Administração (a exemplo das contratações administrativas firmadas com base na Lei nº. 8666/93) (BRASIL, 1993), não podendo ser confundidas com as remunerações pagas a agentes públicos ou seus pensionistas, pessoas essas que possuem um vínculo direto com o Estado.

Tal conclusão afasta a necessidade de fixação da verba por meio de lei formal, podendo a Administração estipulá-la mediante ato infralegal nos limites de sua discricionariedade, desde que, obviamente, haja dotação orçamentária específica para tanto e observe os princípios que regem a Administração Pública, merecendo destaque a razoabilidade, a impessoalidade, a economicidade e o respeito ao interesse público.

Além disso, e de acordo com entendimento fundado de diversos Tribunais de Contas de todo o país, constata-se que, não sendo enquadrada como despesa de pessoal, a “bolsa-estágio” não tem o escopo de influenciar

nos limites de gastos com pessoal a que se referem os arts. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Portaria CNMP-PRESI nº 58, de 08 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/normas/154-portarias-presidencia/3065-portaria-cnmp-presi-n-58-de-8-de-maio-de-2012> . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Lei nº. 6.494, de 07 de dezembro de 1977**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6494.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Lei nº. 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Secretaria do Tesouro Nacional e Secretaria de Orçamento Federal**. Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio 2001. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_Interm_163_2001_Atualizada_2011_23DEZ2011.pdf . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Portaria nº. 587, de 23 de outubro de 2013. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/67100/Prt_587_2013_PRE.pdf . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Instrução Normativa nº. 132, de 21 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/INSTRUCAONORMATIVA132-2012.PDF> . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Portaria nº. 314, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/PORTN/20110519/PRT2008-314.doc> . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Portaria GPR nº. 931, de 13 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/concursos/estagiarios/PORTARIAGPRN.931.pdf> . Acesso em: mar. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DISTRITO FEDERAL. **Câmara Legislativa**. Resolução nº. 258, de 22 de março de 2012. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=71441 . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Decreto nº. 30.658, de 06 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=61056 . Acesso em: mar. 2016.

_____. **Tribunal de Contas do Distrito Federal**. Resolução nº. 282, de 08 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=f42ef55ed19844c187afcbe1b8fac82e . Acesso em: mar. 2016.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**. Tribunal Pleno. Processo nº. 3469/09. Rel. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Julg. em 16.04.13. Disponível em: http://www.tce.es.gov.br/portais/portaltcees/cidadao/consultas-a-processos.aspx?id=0&result=0&num_proc=3469&ano_proc=2009&num_prot=null&ano_prot=null&nome=null&pag=null . Acesso em: mar. 2016.

GOIÁS. **Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás**. Tribunal Pleno. Resolução RC nº. 013/09. Rel. Conselheiro Jossivani de Oliveira. Julg. em 06.05.09. Disponível em: <http://www.tcm.go.gov.br/portal/resolucoes-consulta/2009> . Acesso em: mar. 2016)

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Tribunal Pleno. Processo nº. 12.715-9/2015. Rel. Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Julg. em 30.06.15. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00054945/8%20-%2012.715-9-2015.pdf> . Acesso em: mar. 2016.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Tribunal Pleno. Consulta nº. 715526. Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julg. em 27.09.06. Disponível em: <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/715526> . Acesso em: mar. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O contrato de estágio e as inovações da Lei 11.788/2008. **Revista Ltr**. Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 10, p. 1173-1188, 2008.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho** 10. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Clayton Machado Valério da. **A contratação de estagiário e apropriação da despesa no sistema contábil do poder executivo municipal**. São Paulo, 10 dez. 2007. Disponível em: <http://www.mrpm.adv.br/ARTIGOS/ESTAGIARIOS.pdf> . Acesso em: mar. 2016.

O CONFISCO ALARGADO DE BENS COMO INSTRUMENTO FRENTE À CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL

Solon Cícero Linhares¹

Luiz Henrique Cardelli²

RESUMO: A presente pesquisa visa expor a evolução das técnicas utilizadas pelos criminosos nas práticas dos delitos transnacionais, bem como sua organização enfocando os obstáculos no enfrentamento desta modalidade criminosa visto que o lucro se tornou seu grande móbil. A principal dificuldade encontrada pelo Estado reside no enfrentamento dessas organizações e na recuperação dos ativos desviados tanto nos crimes praticados contra a administração pública q como nos relativos ao tráfico de drogas, armas, órgãos, entre outros, nos quais o código penal também se preocupa com a proteção dos direitos da vítima nos eventuais danos patrimoniais causados a terceiros de boa-fé e os gastos com as custas processuais, visando assegurar seu respectivo ressarcimento e combater o enriquecimento ilícito em virtude dos crimes praticados. Para tanto, os instrumentos contidos no Código Penal e Processo Penal encontram-se limitados na tentativa de recuperar os ativos e impedir novos investimentos em outras modalidades criminosas.

Palavras-chave: Crimes transnacionais. Sistema econômico. Organização criminosa. Confisco alargado de bens.

THE EXTENDED FORFEITURE ASSETS THE FRONT INSTRUMENT FOR TRANSNATIONAL CRIME

1 Doutor em Direito Penal Econômico pela PUCPR. Professor Adjunto de Direito Penal da PUCPR. Professor Titular do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Email: solon.scl@dpf.gov.br.

2 Graduando em Direito pela PUCPR. Pesquisador do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná em Direito Penal Contemporâneo. Email: henrique.cardelli@gmail.com.

ABSTRACT: This research aims to explain the evolution of the techniques used by criminals in the practices of transnational crimes, as well as their organization, focusing on the obstacles on facing this criminal modality since the profit became its great motivation. The main difficulty encountered by the State lies on facing these organizations and on recovering the assets diverted both from crimes against the Public Administration and the ones that burst from drug trafficking, weapons, organs, among others. Here, the penal code is also concerned about the victim's rights protection when it comes about any property damage caused to third parties of good faith accompanying the spents on court costs, to ensure their respective compensation and to fight illicit enrichment due to crimes. For that, the instruments contained in the Penal and Criminal Procedure Code find limitation at the attempt to recover the assets and to prevent new investments in other criminal procedures.

Keywords: Transnational crimes. Economic system. Criminal organization. Extended forfeiture.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo, o combate à corrupção sistêmica³ e à criminalidade transnacional tem se tornado o grande desafio do cenário mundial e tem levado os países a inovarem nas medidas de enfrentamento e prevenção das novas tendências criminosas, lideradas pela elite do crime, aqueles que vestem colarinho branco⁴ e compõem as poderosas organizações criminosas.

Estes agentes aparecem de forma sutil, silenciosa e avassaladora, pois são liderados pelos grandes atores do cenário nacional e internacional, entre eles empresários, políticos, autoridades civis e até mesmo os funcionários do Estado, provocando perdas imensamente maiores do que

3 VANUCCI, Alberto. *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). *La legge anticorruzione*. Torino, Giappichelli, 2013, p. 46. Cf. “a corrupção sistêmica se distingue das demais por três elementos centrais: a) todas ou quase todas as atividades são praticadas dentro de uma organização privada com trânsito em bens ou valores de interesse público, as quais estão ligadas entre seus atores pelo recebimento ou pagamento de propina; b) a maioria dos funcionários públicos que compõe esta organização conhecem e sabem que o pagamento das propinas faz parte das “regras do jogo”, integrando uma atividade rotineira; c) os agentes privados estão dispostos a fazer parte desta rede de suborno e distribuição de lucros”).

4 COLEMAN, James William. *A ELITE DO CRIME*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005. “o termo colarinho branco ou trabalhador de colarinho branco refere-se diretamente a alguém de posição social relativamente alta em comparação ao trabalhador de colarinho azul (ou macacão azul utilizado pelos operários) ou desempregados”.

os crimes de rua⁵, mostrando-se destrutivos tanto à ordem econômica e social como ao Estado democrático de direito.

Em pleno século XXI, é aceitável dizer que a economia e a tecnologia têm caminhado juntas a uma evolução imensurável, trazendo a este século benefícios e vantagens, como transposição de fronteiras, facilidade no acesso a informações, movimentações bancárias, entre outras, benéficas, que impulsionam o desenvolvimento socioeconômico. Contudo, diante destes instrumentos, criminosos enxergam meios de desvirtuar o caminho lícito dessas tecnologias a fim de auferir lucros exorbitantes.

O homem como um ser dotado de personalidade e livre arbítrio acaba por enxergar os crimes econômicos como uma conduta social, não mais se colocando como criminoso, mas, sim, como um grande empreendedor. Neste momento, o autor passa a observar seus lucros como uma forma de autogratificação, pois ele é alguém instituído para aquele cargo ou função, surgindo uma consequente uma forma de compensação, sopesando os riscos e as possibilidades de ganhos com as possibilidades efetivas de perda – privação de liberdade. “Não há delito patrimonial e/ou econômico sem motivação.”

Conforme aduz Moro⁶, “o que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que ‘o crime não deve compensar’.

O perdimento de bens mostra-se uma medida eficaz de enfrentamento à corrupção sistêmica, pois não mostra seu efeito somente na recuperação de ativos, como também aparece como uma medida preventiva, demonstrando assim ser uma medida de excelência a crescente modalidade criminosa.

Desta forma, é necessário que haja uma evolução dos mecanismos de enfrentamento à criminalidade para que possa com paridade de armas e de fato combater o crime organizado e restabelecer a ordem social e econômica em nossa sociedade.

5 A estimativa das perdas causadas por crimes notificados foi calculada a partir de Kathleen Maguirre e Ann L. Pastore, *Sourcebook of Criminal Justice Atstatistics* – 1994 (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1995), p. 329. A estimativa usada para as violações das leis antitruste foi de 250 bilhões de dólares. Citado por: Coleman, James William. 2005. p. 21.

6 MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

2 RELAÇÃO ENTRE PARTICULAR E PÚBLICO: OS MOTIVOS QUE LEVAM A PROPINA A FAZER PARTE DO NEGÓCIO

A conjuntura econômica, política e judiciária desde as últimas décadas vem sendo comprometida pelo enorme crescimento das organizações criminosas dentro das instituições financeiras públicas e privadas, comandadas pelos criminosos de colarinho branco.

Charles Wright Mills⁷, sociólogo norte-americano, escreve que os crimes de colarinho branco entram silenciosamente na sociedade moderna, sendo uma modalidade criminosa ligada às características do século XX – o que vemos também seu reflexo no séc. XXI.

Sútil e amplamente lesiva, tem seu desenvolvimento diversificado no âmbito dos modernos subsistemas econômicos, administrativos, profissionais ou políticos. Ao se valerem de uma gama móvel, bem estruturada e organizada de atores, conseguem recrutar os membros de diversos escalões dos órgãos públicos, tanto das classes mais altas como as mais baixas. Em sua grande maioria, são políticos e empresários, conseguindo, desta forma, articular informações, decidir a respeito de nomeações, de concessão de crédito, de gasto público e de todo o sistema de licenças e autorizações, ou seja, decidem quem terá acesso a algum fundo discricionário, além de impedir que determinados concorrentes/opositores adentrem nesse grande mercado⁸.

Essas blindagens nos setores da administração pública, que se mantêm travados pela falta de transparência, bloqueando os necessários níveis de correção, são capazes de corroer⁹ as bases do Estado de Direito e subverter a hierarquia dos méritos e de mercado, que deveriam garantir, no capitalismo moderno, a posição social de cada indivíduo.

Uma perfeita combinação privilegiada de renda, prestígio e poder ocupam o ápice da pirâmide no capitalismo; logo, não há no que se falar em redução da participação do Estado na economia, pois, onde há Estado, cada vez mais numerosos se tornam os filiados das organizações criminosas e maiores as condições de cometer os crimes de colarinho branco.

7 MILLS apud DINO; MAIEROVITCH, 2010.

8 CHARLES, Wright Mills, citado por DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: UNESP, 2010. p. 76.

9 Ibid., p. 76.

A estratégia dos atores para o recrutamento dos novos integrantes do palco corrupto não consiste apenas em membros de outras organizações, através de propinas, troca de informações e etc., mas também nos mais jovens ascendentes ao mercado político e econômico, ávido, não somente por dinheiro, mas também de se tornarem protagonistas do cenário atual, estamparem as primeiras páginas dos jornais e televisão, o que, diante de todas as vantagens oferecidas pela organização, dificilmente não lograrão êxito¹⁰.

Podemos classificar os comportamentos funcionais para o crime em relação ao desenvolvimento da organização¹¹, os quais estabelecem uma ligação entre os atos praticados. Num primeiro momento, temos ações conscientes destinadas a apoiar ou facilitar a realização do crime, cita-se, como exemplo, a manipulação política que visa à transferência ou promoção de um magistrado, procurador ou um investigador que, de alguma forma, está combatendo uma organização, para que cessem qualquer investida.

Em seguida, vem o momento em que os membros da organização escolhem seus executivos, agindo não mais como no parágrafo anterior, afastando aqueles que dificultam suas ações, mas, sim, colocando, de formas estratégicas, aqueles que favorecerão a prática do crime articulado, bem como articular novos, por exemplo, a nomeação de um ministro ou de alguém num cargo de confiança (diretor ou presidente de alguma estatal), sabendo que este vai colaborar com as práticas delituosas de interesse da organização.

Outra problemática que surge é a sutileza com que esses crimes acontecem. As vítimas, geralmente, não reconhecem sua condição de vítima e, por consequência, não podem relatar a respectiva transgressão à autoridade policial ou ao Ministério Público, o que atrasa as investigações ou, na maioria das vezes, não acontecem¹². Mas isso ainda segue a pior, pois, aproveitando-se do desconhecimento de uma parcela da sociedade – principalmente em cidades pequenas – de que são as vítimas, os criminosos cuidam de estabelecer um ciclo de parcerias e bons relacionamentos entre os que estão ao redor, com a velha política de boa vizinhança com a população, com serviços sociais, melhorias de lazer, saúde. Assim, mesmo

10 DINO, Alessandra; e MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: UNESP, 2010. p. 76-77.

11 Ibid, p. 85-86.

12 COLEMAN, James William. **A Elite do Crime**. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p 13.

depois de se identificarem como vítimas, se estabelece o viés: “rouba, mas faz”.

Desta forma, temos uma grande dificuldade em identificar qual a camada social que sentirá diretamente os efeitos da corrupção e logo fará o juízo de reprovação e quem serão aqueles que, diante das práticas delituosas, adentrarão a cultura das organizações criminosas e, de alguma forma, buscarão tirar proveito, seja através de propinas ou algum outro benefício, proporcionando aos colarinhos brancos uma numerosa gama de aliados e vantagens imensuráveis na prática de novos delitos.

3 O DESENVOLVIMENTO DA CORRUPÇÃO SISTÊMICA A PARTIR DAS FALHAS DO MERCADO

A corrupção não é um fenômeno recente, tampouco é restrito; sua influência dentro da economia brasileira vem sendo percebida através das recentes atividades investigativas do Ministério Público Federal¹³.

O desenvolvimento da corrupção está intrinsecamente ligado ao modelo de capitalismo de laços que, na reflexão de Lazzarini¹⁴, é um cenário em que os agentes se prevalecem das relações e contatos que possuem para explorar as oportunidades de mercado ou dirigindo tomadas de decisões que possam ser benéficas aos seus grupos de interesse.

Neste sentido, desde a estratégia de privatização da década de 1990, encenado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, observamos a interferência do governo na gestão das empresas à medida que estas têm seu gerenciamento forçado pelas normas do sistema político vigente. É essencial compreender que, apesar da corrupção especificamente no Brasil ser fruto de um aglomerado de fatores, esta interdependência entre o setor público e privado propicia um terreno fértil ao seu desenvolvimento sistêmico.

13 VANUCCI, Alberto. **La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti**, in Mattarella, B. B., Pelissero, M. (a cura di). *La legge anticorruzione*. Torino, Giappichelli, 2013, p. 46. Cf. “a corrupção sistêmica se distingue das demais por três elementos centrais: a) todas ou quase todas às atividades são praticadas dentro de uma organização privada com trânsito em bens ou valores de interesse público, as quais estão ligadas entre seus atores pelo recebimento ou pagamento de propina; b) a maioria dos funcionários públicos que compõe esta organização conhecem e sabem que o pagamento das propinas faz parte das “regras do jogo”, integrando uma atividade rotineira; c) os agentes privados estão dispostos a fazer parte desta rede de suborno e distribuição de lucros”).

14 LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de Laço**. Rio de Janeiro: CAMPUS, 2010. p. 13.

A palavra corrupção é utilizada em diversos contextos e possui várias denotações no cenário econômico¹⁵. Na maioria dos casos, associamos ao uso do ofício público para auferir ganhos privados, em que, segundo a conceituação da doutrina anglo-saxônica, um funcionário (o agente), encarregado de representar a administração pública (o principal), cede a vantagens apresentadas por outro (terceiro), traindo, desta forma, a confiança do principal por meio da quebra de deveres funcionais inerentes à sua função de representante¹⁶. Há diversas outras formas de corrupção que assurgem no cenário privado, contudo, a corrupção sistêmica distingue-se das demais.

Em 2014, despontou a maior investigação sobre corrupção conduzida no Brasil. No primeiro momento da denominada Operação Lava Jato, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros operadores do mercado paralelo de câmbio.¹⁷ Posteriormente, através de provas recolhidas pelo Ministério Público Federal, descobriu-se um imenso sistema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Em fundamentada decisão proferida em agosto de 2015, pouco mais de um ano após o início das investigações, conforme o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba na Ação Penal n.º 508337605.2014.4.04.7000/PR, restou provado, através de provas documentais, oitiva de testemunhas e acordos de colaboração premiada, o complexo esquema de corrupção que se deu a partir da organização de um cartel entre empreiteiras, que tinham como objetivo frustrar os processos de licitações na Petrobras.

Os contratos de licitações manipulados pelo cartel eram assinados no teto das propostas apresentadas. Na consecução dos contratos, havia um pagamento sistemático de propinas a setores da Petrobras representados por seus diretores e operadores. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total dos contratos e seus aditivos.

A distribuição avia-se a partir de dois parâmetros: numa proposição interna, havia uma prática sistematizada descrita como a “regra do jogo”, na qual pelo menos 1% do valor total dos contratos era pago através de propina à área de engenharia e à área de abastecimento da Petrobras;

15 BARDHAN, Pranab. **Corruption and Development: A Review of Issues** Journal of Economic Literature. Vol. XXXV (September 1997), p. 1320-1346.

16 CHAVES, Anna Cecília Santos. A Corrupção Privada no Brasil. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.4, 2013: 231-260.

17 Conforme dados divulgados na página do Ministério Público Federal na internet: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>, acesso em: 10 mai. 2016

havia, todavia, uma composição externa de distribuição de propinas que tinha como escopo corromper agentes políticos, assegurando nomeações e permanências nos cargos da empresa de economia mista.

Nesta última aceção, além de assegurar os cargos, os subornos eram destinados a financiamentos de partidos políticos. A remuneração era periódica e desenvolvida através da disposição do capital a partir das empreiteiras para os diretores da Petrobras, que, por sua vez, o repassava a terceiros, denominados operadores. Aos operadores restava o encargo de repassar as vantagens indevidas aos partidos políticos. A proporção final dos partidos, a partir dos 1% obtido no superfaturamento dos contratos, era de pelo menos 60% do total.

A regra era o pagamento de propinas de modo que, se esta não se concretizasse, os contratos não eram celebrados. Neste sentido, o professor Vannucci, da Universidade de Pisa, expõe que “a corrupção sistêmica é normalmente regulada, de fato, por um conjunto de regras de comportamento claramente definidas”¹⁸.

A investigação ainda está em curso e há certamente muita coisa ocorrendo, contudo, os prejuízos alcançados estão em cerca de seis bilhões de reais pela Petrobras utilizados, segundo investigações em curso no Supremo Tribunal Federal, para pagamento de propina a dezenas de parlamentares.

Caso semelhante, embora em proporções maiores, ocorreu na Itália na década de 1990. Como descreve o professor Vannucci¹⁹, em fevereiro de 1992, a Itália viu despontar a operação *Mani Pulite* com a prisão de Mario Chiesa, gerente socialista de um hospital público, e a subsequente expansão das investigações para todo país, com aumento geométrico de políticos envolvidos.

Os resultados práticos no âmbito penal da operação *Mani Pulite* foram razoáveis²⁰, haja vista a incidência de leis posteriores que prejudicaram o aproveitamento probatório (Lei 267 de 1997; Lei nº 367;),

18 VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of ‘Mani Pulite’: A critical analysis of Italian Corruption and AntiCorruption policies. In: Bulletin of Italian Politics, v. 1, n. 2, 2009, p. 246.

19 VANNUCCI, Alberto. The “Clean Hands” (Mani Pulite) Inquiry on Corruption and Its Effects on the Italian Political System. Em Debate, Belo Horizonte, v.8, n.2, p.62-68, abr. 2016.

20 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Déjà vu*: diálogos possíveis entre a Operação “Mãos Limpas” italiana e a realidade brasileira. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodrigochemim-maoslimpaserealidadebrasileira.pdf>>

despenalizaram condutas (Lei 234 de 1997; revogação do delito de falso *in bilancio*; Lei Delegada 67/2014) e diminuíram lapsos prescricionais (Lei Ex Cirielli, Lei nº 251).

Embora a operação tenha atingindo proporções significativas, após vinte e quatro anos da maior investigação de atos de corrupção da Itália, em análise feita pelo movimento *Transparency Internacional*, o país amarga a 61ª posição no nível de percepção de corrupção, configurando ainda um problema intrínseco a ser enfrentado.

O Brasil, relativamente às análises obtidas junto ao *Transparency International*, tem se deteriorado no *ranking*:

Lidando com muitos problemas de corrupção entrincheirados, o Brasil tem sido abalado pelo escândalo Petrobras, em que os políticos são relatados por receber propinas em troca de adjudicação de contratos públicos. Com o arrazo a economia, dezenas de milhares de brasileiros comuns perderam seus empregos. A população não participa dessas decisões fraudulentas que geram esses escândalos, mas são os únicos que sofrem as consequências. (Tradução livre)²¹

A percepção empírica da corrupção do Brasil remonta à facilidade de sua aderência como sistema. Constituída como regra, há a dispersão da prática para os demais agentes privados, tendo em vista a intrincada interdependência dos setores. Ou seja, tendo como base a Petrobras, para que uma empresa pudesse participar de um processo licitatório, ela necessariamente precisaria se submeter à sistemática de pagamento de propinas. A interdependência resta provada através da remuneração periódica de político e de partidos, que, quando eleitos, atuavam ativamente tanto no gerenciamento da Petrobras (indicações e nomeações) como indiretamente através da perpetuação da corrupção como parte do sistema econômico brasileiro.

4 OS INSTRUMENTOS ADOTADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Afim de assegurar a recuperação do dano causado pela infração penal cometida, o código penal estabelece como consequência jurídica

21 **Transparency International**: Which countries improved? Which got worse? Disponível em <<http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>>, acesso em: 1 jul. 2016.

direta a sanção penal²². No entanto, além dessas consequências diretas, a sentença também produz efeitos patrimoniais, ditos secundários, não apenas com a finalidade de reparar o dano causado, mas também com o objetivo de asfixiar as organizações criminosas ou aqueles que utilizam o lucro obtido através da infração penal para cometer novos ilícitos.

Para tanto, é necessário que o legislador disponibilize meios e instrumentos eficazes, o qual possibilite ao Estado tirar das mãos dos criminosos os instrumentos, produtos e proveito do crime que são investidos dentro e fora da organização criminosa, os quais são aplicados em propinas, construção de empresas fantasmas, fomentando o mercado criminoso, o que chamamos de criminalidade reditícia.

Visando assegurar esses efeitos da condenação, expõe o Código de Processo Penal Brasileiro as medidas reais assecuratórias, nos arts. 125 ao 144 (sequestro, hipoteca legal e arresto), fiéis ações cautelares, previstas no referido código, que visam primordialmente resguardar a efetividade de uma futura reparação civil por conta dos prejuízos causados pelo delito e também²³, em alguns casos específicos, assegurar a efetividade da decretação da perda dos bens auferidos com o provento da infração.

a) Sequestro de Bens

O sequestro de bens móveis e imóveis, que consiste na apropriação judicial, indisponibilizando os bens (móveis e imóveis) pertencentes ao investigado ou réu oriundos de um proveito direto ou indireto da infração penal ainda que já tenha sido transferido a terceiro (Art.125 do CPP).

O sequestro pode ser requerido em qualquer fase do processo, antes mesmo de oferecida a denúncia ou da existência do inquérito policial, bastando haver indícios veementes de que o bem sequestrado tenha sido adquirido com o produto da infração penal, sendo ordenado pelo juiz, *ex officio*²⁴, requerido pelo Ministério Público, pelo ofendido ou por seus representantes. Com o objetivo de assegurar a eficácia da cautelar, o sequestro é deferido em *inaudita altera parte*.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014. p. 846.

23 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método. v. 1, 6. ed., 2014, p. 386-387.

24 Ibid., p. 393.

Compreendendo o juiz estarem presentes todos os indícios necessários, decretará o sequestro dos bens, tornando-o inalienável, mas poderá lhe atribuir sua finalidade de moradia, assim como receber seus frutos quando e se o bem estiver locado.

Por fim, quando transitada em julgado a sentença penal condenatória, dada procedência em relação à defesa apresentada pelo réu, libera-se o bem; no caso de improcedência, realiza-se a venda judicial, aplicando-se o dinheiro no ressarcimento dos prejuízos causados à vítima da infração penal.

“A origem ilícita dos bens adquiridos com proventos do crime não permite sua liberação. Não é mera garantia patrimonial para ressarcimento pelo crime – como se dá na hipoteca legal e arresto, mas atingimento de bem com final declaração de perdimento, pela contaminação da propriedade por sua origem ilícita”²⁵ - MINISTRO NEFI CORDEIRO.

b) Hipoteca legal

Trata-se de uma medida que tem por interesse assegurar o ressarcimento do patrimônio da vítima ou do prejuízo causado, a fim de garantir os efeitos patrimoniais da condenação penal assim como o pagamento das custas processuais e da pena pecuniária²⁶. A cautelar incide sobre os bens imóveis lícitos pertencentes ao réu, não podendo atingir os patrimônios transferidos a terceiros (Art. 134-135). Nessa fase, já podemos falar em réu²⁷, porque, diferentemente do sequestro, a hipoteca só é possível na fase judicial, existindo o *periculum in mora* e havendo provas da materialidade do fato imputado e indícios suficientes da autoria.

De acordo com o art. 134, junto com o art. 142 do CPP atribui-se a legitimidade da hipoteca ao ofendido²⁸ ou ao Ministério Público quando formalmente solicitado pela vítima pobre ou houver interesse da Fazenda Pública. Outros pontos que diferem do sequestro é que o juiz não pode decretar a hipoteca *ex officio* e a decisão judicial em torno da hipoteca não ocorre *inaudita altera parte*.

25 <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25177686/recurso-ordinario-em-mandado-de-segurancas-rms-41540-rj-2013-0063093-0-stj/inteiro-teor-25177687>. Acesso em: 22 ago. 2015.

26 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2016. p. 731.

27 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2014. p. 403.

28 LOPES JUNIOR, Aury. **op. cit.**, p. 731, *et seq.*

Assim como ocorre no sequestro, não há restrições previstas na Lei 8.009/90 acerca da impenhorabilidade de certos bens, em seu próprio art.3º, VI, por ter sido adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimentos, indenização ou perdimentos de bens.

Podemos observar que as garantias apresentadas pela hipoteca legal perdem completamente sua eficácia, que visa garantir uma futura restituição por parte do acusado antes que este venha, de alguma forma, se desfazer de seus bens, quando não pode ser determinada a *inaudita altera parte*, proporcionando um tempo hábil para que o réu se desfaça de todo o seu patrimônio, visto que ela não atinge patrimônio de terceiros.

c) Arresto

Considerando esses fatores que podem tornar ineficaz tal medida, nosso código de processo penal prevê possibilidade de uma medida preparatória da hipoteca, de natureza precautelar, chamada de arresto prévio²⁹, que tem por objetivo evitar que o réu venha se desfazer dos bens antes que tramite o pedido de hipoteca.

Havendo *fumus boni iuris* e havendo o *periculum in mora*, poderá o lesado promover, perante o juízo criminal, o pedido de arresto preventivo, devendo o autor adentrar, no prazo de 15 dias, com pedido de hipoteca, podendo ser revogado caso descumprido esse prazo.

“Trata-se, sim, de medida cautelar que visa assegurar a consecução de um dos efeitos da condenação penal, que é a reparação do dano causado pelo ilícito, a ser obtido, no caso, em sede de execução fiscal. ”

“Ocorre, todavia, que é assente que cabe ao aplicador da lei, nas instâncias ordinárias, analisar a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade³⁰” - MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.

O arresto, previsto no art.137 do CPP, refere-se a uma medida cautelar que incide sobre os bens móveis penhoráveis de origem lícita do réu. Se estes forem fungíveis e passíveis de deterioração, é possível

29 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal esquematizado**. 6ª. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2014. p. 410. *et seq.*

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1275234 RS 2011/0209077-4**. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24516965/recurso-especial-resp-1275234-rs-2011-0209077-4-stj/inteiro-teor-24516966>. Acesso em: 30 ago. 2015

que, com o deferimento do arresto, eles possam ser vendidos em leilão, depositando o *quantum* em conta judicial.

“A medida visa submeter à constrição judicial bens de valor suficiente para assegurar a reparação de danos provenientes de crime, o pagamento da multa penal e das custas”³¹ – MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP).

Condicionado aos bens arrestados, o art. 144-A do CPP possibilita ao juiz determinar a alienação antecipada de bens a fim de garantir a preservação do seu valor sempre que estiverem sujeitos a deterioração e haja dificuldade em sua manutenção, não ficando restrito à natureza da medida assecuratória imposta pelo magistrado³². Devem os bens sujeitos a alienação ser avaliados e postos à venda por meio de leilões, sendo-lhe fixado um valor na avaliação judicial ou por maior valor.

Assim, podemos observar que teríamos uma grande dificuldade em reprimir os crimes que, de alguma forma, trariam enriquecimento ilícito sem perseguirmos, além dos efeitos, também os proveitos do crime e das ações criminosas. Com isso, salienta-se a importância das medidas reais assecuratórias, que, através do cumprimento dessas cautelas patrimoniais, possam obter o bloqueio e o confisco de bens, assegurando a restituição das perdas decorrentes das infrações penais e, por consequência, a demonstração de que tais ações ilícitas não compensam.

4.1 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Ainda no campo dos efeitos da condenação, o legislador também se preocupou com a aplicabilidade das cautelares nas legislações específicas, nos crimes previstos na Lei 9.613/1998 – Lei da Lavagem de Dinheiro – e na 11343/2016, Lei das Drogas.

A Lei 11.343/2006, em seu art. 62, prevê o perdimento dos veículos³³(entre quaisquer meios de transporte) bem como os bens referentes aos

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1275834 PR 2011/0212121-2. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178706712/recurso-especial-resp-1275834-pr-2011-0212121-2/relatorio-e-voto-178706725>. Acesso em: 07 set. 2015

32 AVENA, op. cit., p. 411.

33 Nesse sentido: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma reflexão crítica sobre a política de recuperação de ativos provenientes de práticas ilícitas, Ano de obtenção: 2016. Tese (Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade). Pontifícia Universidade Católica do Paraná: PUC/PR, Brasil.

instrumentos ou maquinários utilizados de modo irregular na prática dos crimes relacionados na Lei das Drogas. Tal confisco pode se dar mesmo que o porte, alienação, detenção ou fabrico sejam lícitos.

O legislador constitucional de 1988 também instituiu uma modalidade de confisco, nos casos de terras utilizadas para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e de todo o valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, conforme artigo 243 da Constituição Federal.

A Lei 12.683/2012 ampliou a extensão do confisco de bens do produto ou proveito do crime, passando a autorizar a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime³⁴ quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. Em outros termos, não mais apenas o produto ou proveito do crime podem ser confiscados, mas o magistrado também poderá decretar a perda em favor da união de bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. Portanto, pode se falar que a perda se dá tanto ao objeto a que se recai a lavagem como aos valores necessários para ressarcir o prejuízo causado.

A redação dada pela Lei 12.683/12³⁵ também ampliou a aplicabilidade das assecuratórias, que antes se limitavam apenas ao sequestro e à apreensão, as quais incidem sobre os instrumentos e produto do crime, e passou a também se preocupar com a reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou do próprio delito de lavagem, como para o pagamento de prestação pecuniária, multas e custas, habilitando, assim, a hipoteca legal bem como o arresto.

Com isso, podemos estabelecer que as cautelares incindíveis sobre o patrimônio do acusado ou réu são³⁶: I) sequestro de bens, aplicáveis sobre os bens, direitos e valores que sejam produto direto ou indireto da infração

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2014. p.294-304.

35 A redação anterior do caput do art. 4º era: "O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. "

36 BOTTINI, P.; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Lavagem de dinheiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2012, p. 383.

antecedente ou do crime de lavagem ou – e aqui a diferença do sequestro aplicável pelo CPP – do crime de lavagem; II) o sequestro subsidiário de “bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime, para assegurar o efeito da condenação da perda ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime – instrumento de aplicabilidade do art. 91. §1º do CP; III) a inscrição e registro da hipoteca legal, para assegurar os efeitos da condenação penal e tornar certo o dever de reparar o dano, sendo complementada pelo arresto de bens, o qual recai sobre os bens móveis.

5 O CONFISCO ALARGADO DE BENS COMO MEDIDA ÓTIMA CONTRA A CORRUPÇÃO SISTÊMICA

O Parlamento Europeu apresentou como proposta facilitar o confisco e a recuperação pelas autoridades dos Estados-Membros dos produtos de crimes provenientes da criminalidade grave e organizada transnacional³⁷. Essa nova medida visa reforçar a capacidade das autoridades nacionais para apreender todo o lucro obtido pelas práticas criminosas e desestruturar as organizações, recuperando o dinheiro, os lucros desviados das instituições públicas ou particulares, bem como a perda em favor do Estado³⁸, combater os incentivos financeiros ao crime, proteger a economia legal contra a infiltração da criminalidade, da corrupção e restituir os produtos do crime às autoridades públicas que prestam serviços aos cidadãos.

Tal proposta é destinada a uma resposta ao contexto econômico atual de crise financeira e de desaceleração do crescimento econômico derivado das novas modalidades criminosas, que vêm em uma crescente ascensão no cenário mundial, utilizando-se do desenvolvimento contemporâneo, percebendo como fonte de novas oportunidades a própria globalização.

Diante disto, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia estabeleceram, na diretiva nº 2014/42/UE375, o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, devendo todos os Estados-Membros, por conseguinte, adotar regimes eficazes para poder congelar, gerir e confiscar os produtos do crime, apoiados num enquadramento institucional e em recursos humanos e financeiros adequados.

37 **Parlamento Europeu facilita confisco de bens de origem criminosa na UE.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20140221IPR36627/Parlamento-Europeu-facilita-confisco-de-bens-de-origem-criminosa-na-UE>. Assistido em: 18 set 2015.

38 **Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014:** sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-diretiva/downloadFile/attachedFile_f0/DIR_2014_42.pdf?. Assistido em: 19 set 2015

A diretiva estabelece um instrumento eficaz na luta contra a criminalidade grave e organizada, a perda alargada de bens de origem criminosa ou não, desde que estejam de posse de um sujeito que tenha um estilo de vida criminoso. Como visto, não há necessidade da comprovação de que os bens advenham dos crimes; basta apenas a comprovação, por parte da acusação, da desproporcionalidade entre o patrimônio confiscado e os rendimentos do réu, sendo assim, presumíveis do crime.

Com a medida adotada, o juiz poderá ponderar sobre as circunstâncias específicas do caso, com fundamento nos fatos e provas juntadas aos autos, de que os bens podem ser oriundos do crime, aplicando, neste momento, a inversão do ônus da prova, tornando-os passíveis de perda. Por certo que, provando o arguido a licitude dos bens ou que está em sua posse sobre determinado tempo razoável, a medida constritiva será levantada e deixará de existir.

Ao se observar a perspectiva da análise das teorias econômicas da criminalidade, é possível afirmar que hoje a criminalidade enxerga os benefícios econômicos como fonte de incentivo para delinquir e não mais aquela delinquência irracional, de rua, mas, sim, aquela racional, organizada e estruturada, aumentando a chance do sucesso nos delitos praticados, o que denominamos de Crime Organizado.

Nessa esfera econômica, o crime organizado tem buscado dentro do próprio sistema a evolução dos mecanismos tecnológicos³⁹ e até mesmos legais para superar o sistema de repressão do Estado, evolução esta que não é acompanhada pelos instrumentos legais de combate à crescente criminalidade econômica organizada.

O ponto forte das organizações criminosas está nos lucros por ela auferido, nas quais esse lucro é reinvestido em novas práticas criminosas e sua desestruturação não mais consiste em apenas uma condenação à reclusão, pois estamos tratando de uma organização; logo surgiriam outros na cadeia de comando, mas, sim, na constrição dos produtos e proveito obtidos pela atividade criminosa. “Assim vale dizer que sua sustentabilidade está ligada diretamente à possibilidade efetiva de lucrar, bem como no aporte financeiro às novas formas de delinquir – esta é a regra vital das organizações criminosas”.

39 Nesse sentido: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco alargado de bens**: uma reflexão crítica sobre a política de recuperação de ativos provenientes de práticas ilícitas, Ano de obtenção: 2016. Tese (Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil.

Depois dessa análise, é aceitável dizer que os parâmetros aqui apresentados de repressão patrimonial aos produtos e proveitos do crime, levarão os criminosos a sopesar se a violação das normas penais é ou não vantajoso sobre uma perspectiva criminal. Demonstrada a falência da pena privativa de liberdade, mostra-se muito mais significativo o perdimento dos proveitos obtidos pelo ilícito.

A proposta da perda ampliada de bens, proposta neste artigo, tem por objetivo resgatar a ordem social, a livre concorrência e a paz na ordem econômica, anulando os benefícios econômicos do crime e colocando o condenado na situação patrimonial anterior à sua prática, tendo como pilar de sustentação a teoria geral preventiva da pena.

Em busca do conceito econômico de eficiência sob uma perspectiva neoclássica, incursiona-se na obtenção de quadro de estabilidade entre as relações políticas, financeiras e sociais, assegurando a paz entre as relações econômicas e o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Contudo, no momento em que há uma perturbação a esse equilíbrio, temos um grande impacto em todas as camadas da sociedade⁴⁰, o que é diretamente causado pelos crimes contra o sistema econômico.

E sob uma perspectiva da AED, é possível demonstrar a relação direta entre o equilíbrio acima referenciado e a necessidade de uma medida eficaz para que possa assegurá-lo, recuperando os ativos perdidos e reestabelecendo o desenvolvimento do país. Diante desta premissa, o presente estudo pretende desenvolver a relação do confisco alargado de bens ao ótimo econômico, utilizando-se, para tanto, do *critério de Kaldor-Hicks* em detrimento do ótimo de Pareto. Neste, a situação de eficiência é alcançada quando, em dado mercado de concorrência perfeita, em que nenhum desses indivíduos pode melhorar sua situação sem piorar a de outro⁴¹.

40 Os impactos diretos e indiretos da Operação Lava Jato na economia podem tirar R\$ 142,6 bilhões da economia brasileira em 2015, o equivalente a uma retração de 2,5% do PIB (Produto Interno Bruto). O estudo estima uma queda de R\$ 22,4 bilhões na massa salarial em 2015, uma diminuição de R\$ 9,4 bilhões em arrecadação de impostos e uma perda de até 1,9 milhão de empregos. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>. Acesso em: 4 abr. 2016.

41 NASSIF, R. C.; VILLATORE, Marco Antônio César. **A Análise Econômica do Direito nas relações de emprego envolvendo as organizações de tendência**. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS, 2015, Aracaju. D598 Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Gina Vidal Marcilio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Busca-se melhorar o nível de bem-estar de alguém sem prejudicar o nível de bem-estar de ninguém, consegue-se a situação de equilíbrio, denominada Ótimo de Pareto.

Por outro lado, sob a ótica de Kaldor e de Hicks⁴², diferentemente do proposto por Pareto, pode-se obter eficiência compensando possíveis perdedores do sistema, funcionando como maximizadora de utilidades e de resultados, levando em conta o aspecto global e social de determinada medida.

Contextualizando o confisco alargado de bens, sob a perspectiva de eficiência de Kaldor-Hicks, o que se pretende, não é a tentativa de demonstrar se tal instrumento de política criminal é bom ou ruim, mas sim se ele é capaz ou não de recuperar os ativos, asfixiando as organizações criminosas e estabelecendo a finalidade da aplicação da pena⁴³.

Em uma breve explanação, confisco alargado consiste na perda dos bens não diretamente relacionados a um crime a favor do Estado, quando estes não forem compatíveis com a renda do criminoso. Neste contexto, exige-se como pressuposto a condenação do réu por crimes elencados em um rol taxativo – conforme estabelecido nos países que adotam a medida – nos quais há uma presunção razoável de que o patrimônio seja fruto de rendimentos ilícitos, passando a existir, neste momento, a inversão do ônus da prova, cabendo àquele a quem incide o confisco provar natureza lícita da diferença patrimonial, o que inclui, também, a aplicação das medidas assecuratórias e de alienação antecipada dos bens, direitos ou valores para garantir a perda disposições para permitir o congelamento temporário de bens em risco de desaparecerem, caso não sejam adotadas medidas (congelamento preventivo) e para assegurar que os bens congelados sejam administrados de forma a evitar a sua desvalorização antes de serem eventualmente confiscados.

5.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO CONFISCO ALARGADO

No Brasil, nossa Constituição Federal abarca diversas normas e princípios que são basilares e norteadores de um Estado democrático de

42 Sobre o tema ver PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Fundação Getúlio Vargas: FGV – Direito Rio, 2013. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 29 set 2016.

43 Nesse sentido: LINHARES, Solon Cícero. **Confisco alargado de bens: uma reflexão crítica sobre a política de recuperação de ativos provenientes de práticas ilícitas**, Ano de obtenção: 2016. Tese (Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil.

direito e que determinam quais normas podem ou não serem recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico.

A primeiro modo, a aplicação do confisco alargado de bens nos reporta a um embate ao devido processo legal (Art. 5º, LIV – LV) e a presunção de inocência (Art. 5º, LVII). Contudo não entendemos desta maneira.

É importante ressaltar que a sentença de confisco somente é decretada depois de uma condenação (sendo como proposta deste artigo sentença de 2º), quando há uma desproporção entre o rendimento lícito do arguido e de seu patrimônio e ainda quando este não conseguir provar a licitude da origem de tal diferença, sendo-lhe possibilitado o contraditório e a ampla defesa.

E ainda, recentemente, após um julgamento histórico, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória depois da confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, considerando que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

Desta forma, após a sentença proferida em 2º grau, não há no que se falar em violação do princípio constitucional, podendo, desta forma, aplicar a inversão do ônus da prova na desproporção do patrimônio do arguido.

Em sintonia com o sistema adotado pela Corte Suprema Brasileira no que se refere à presunção de inocência, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entende que o procedimento de perda de bens não fere a presunção de inocência no caso de procedimentos subsequentes à acusação, visto que o arguido já fora condenado por práticas de ilícitos e ainda não conseguiu comprovar a origem da diferença patrimonial, promovendo, assim, a universalização da jurisprudência ao combate à corrupção frente a criminalidade reiditícia ou de lucro.

6 CONCLUSÃO

Tem se observado que a corrupção sistêmica tem ganhado espaço e força no sistema econômico-financeiro, tomando conta das contratações com a administração pública, monopolizando o mercado e diminuindo a concorrência sadia. Neste contexto de propinas, influências políticas,

favorecimentos e formação de cartéis de corrupção, insurgem como uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Concluimos que, diante da frequente evolução dos criminosos, em que cada vez mais organizados e estruturados, estabelecendo verdadeiros impérios, frutos dos rendimentos ilícitos, precisamos fechar as falhas do plano econômico e legislativo e reforçar o quadro jurídico, com a reforma das normas relativas à apreensão de ativos de origem criminosa, para demonstrar que, de fato, o crime não compensa e reestabelecer a credibilidade e confiança dos poderes no combate a corrupção.

Espelhando-se no sucesso que o confisco alargado tem obtido nos países que o adotam, o Ministério Público Federal, em suas 10 medidas anticorrupção, acrescenta-o ao Código Penal o art. 91-A⁴⁴, tornando possível a medida no Brasil, atendendo o cumprimento diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e promovendo a harmonização dos instrumentos necessários ao combate à corrupção em nosso país.

De fato, com a aprovação das medidas propostas pelo *parquet* mediante iniciativa popular, levaremos aos criminosos um abalo econômico, asfixiando as organizações criminosas, fazendo com que esses infratores sofram e pensem muito antes de cometer novamente outra infração, reestabelecendo a credibilidade, afastando de nossa sociedade a sensação de impunidade, principalmente os crimes graves de efeitos transnacionais, coibindo o crescimento dos crimes de colarinho, dando plena realização ao aforismo de que o “crime não compensa”.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2014.

BARDHAN, Pranab. **Corruption and Development**: A Review of Issues Journal of Economic Literature. Vol. XXXV (September 1997), p. 1320-1346.

BITENCOURT, C. R.. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança**: RMS 41510 RJ 2013/0063093-0 - Inteiro Teor. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25177686/recurso-ordinario->

44 **Medidas anticorrupção**. Disponível em: http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 01 ago 2016

em-mandado-de-seguranca-rms-41540-rj-2013-0063093-0-stj/inteiro-teor-25177687. Acesso em: 22 ago. 2015

BOTTINI, P.; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Lavagem de dinheiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2012, 383p.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Faganiello. **Novas Tendências da Criminalidade Transnacional Mafiosa**. Tradução Doris Cavallari e Letizia Zini. São Paulo: UNESP, 2010. p. 76.

CHAVES, Anna Cecília Santos. A Corrupção Privada no Brasil. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.4, 2013: 231-260.

COLEMAN, James William. **A Elite do Crime**. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005. 416p.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu**: diálogos possíveis entre a Operação “Mãos Limpas italiana e a realidade brasileira. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodrigochemim-maoslimpaserealidadebrasileira.pdf>.

LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de Laço**. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2016.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASSIF, R. C., VILLATORE, Marco Antônio César. **A Análise Econômica do Direito nas relações de emprego envolvendo as organizações de tendência**. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS, 2015, Aracaju. D598 Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Gina Vidal Marcilio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider? Florianópolis: CONPEDI, 2015. Florianópolis, 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Direito Rio. 2013.

VANNUCCI, Alberto. **The “Clean Hands” (Mani Pulite) Inquiry on Corruption and Its Effects on the Italian Political System.** Em *Debate*, Belo Horizonte, v.8, n.2, p.62-68, abr. 2016.

VANNUCCI, Alberto. **The controversial legacy of ‘Mani Pulite’:** A critical analysis of Italian Corruption and AntiCorruption policies. In: *Bulletin of Italian Politics*, vol. 1, n. 2, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. **Reflexões sobre confisco alargado.** Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado.

Diretiva 2014/42/UE do parlamento europeu e do conselho de 3 de abril de 2014 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-diretiva/downloadFile/attachedFile_f0/DIR_2014_42.pdf?nocache=1398788387.36.

Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>.

Análise econômica do Direito. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 29 set. 2016.

Medidas anticorrupção. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao-versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

Parlamento Europeu facilita confisco de bens de origem criminosa na UE. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20140221IPR36627/Parlamento-Europeu-facilita-confisco-de-bens-de-origem-criminosa-na-UE>. Acesso em: 18 set. 2015.

DOLO EVENTUAL: UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA SUA AFERIÇÃO EM CASOS CONCRETOS

João Eduardo Grimaldi da Fonseca*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os critérios que têm sido utilizados para aferir a ocorrência de dolo eventual em condutas criminosas, destacando-se a necessidade de se ter como parâmetro o conceito constante do Código Penal Brasileiro. Desta forma, objetiva-se propor critérios menos subjetivos que os ora utilizados, que habitualmente fazem uso de uma presunção absoluta do que se passa na mente do agente. O tema merece destaque diante da crescente utilização da consideração de ocorrência do dolo eventual como critério corretivo de uma legislação considerada branda no que diz respeito a delitos com resultados especialmente graves ou que provoquem clamor popular. O estudo propõe-se a apontar soluções alternativas ou cumulativas para auxiliar a aferição, levando em conta, entre outros aspectos, a importância de que o agente tinha consciência de que o resultado ocorrido fosse o desdobramento mais provável de sua conduta. Concluiu-se que uma análise baseada em senso comum relativamente à probabilidade de que o risco se traduza no resultado é a forma mais segura de se aferir a ocorrência do dolo eventual.

Palavras-chave: Dolo eventual. Aferição. Caracterização. Parâmetros.

OBLIQUE OR FORESIGHT INTENT: AN ATTEMPT TO ESTABLISH CRITERIA TO VERIFY ITS OCCURRENCE IN PRATICAL CASES

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – em 1989, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 2014; servidor efetivo (Redator) da Câmara Municipal de Belo Horizonte de 1990 a 2003, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo desde 2003, com atribuição ante o Tribunal do Júri de Vila Velha desde 2011. E-mail: jgrimaldi@mpes.mp.br

ABSTRACT: The aim of this work is to analyze the criteria used in Brazil to check the occurrence of oblique or foresight intent in some felonies, emphasizing the need to have the concept given by Brazilian Penal Code as a parameter, as well as trying to establish a criteria less subjective than the ones that are most commonly used nowadays, which generally make an absolute presumption of what is happening inside the agent's mind. This theme gains particular importance due to the increasing use of oblique intent to "fix" legislation that is considered lenient in relation to crimes whose results are particularly serious or cause a great public commotion. This work intends to identify alternative or cumulative solutions to check the occurrence of oblique or foresight intent, taking into account, among other aspects, the necessity that the agent had the knowledge that the effective result had been the most likely consequence of his action. The conclusion is that the best way to verify the occurrence of oblique intention in practical cases is an approach based on common sense.

Keywords: Foresight intent. Oblique. Occurrence. Characterization.

1 INTRODUÇÃO

A ideia ora desenvolvida parte de uma análise crítica do tema do dolo eventual, demonstrando-se que a prática profissional não é perfeitamente compatível com as soluções que têm sido apresentadas sob a ótica estritamente acadêmica.

Tem havido uma crescente insatisfação no País relativamente a determinados delitos (especialmente homicídios cometidos por motoristas embriagados, mas sem se esquecer de casos com grande número de vítimas e intenso clamor popular, como o do incêndio da, no Rio Grande do Sul), seja pela alegada impunidade, seja pelas diminutas penas a eles cominadas.

A solução, mais política que jurídica, tem sido "corrigir" a legislação por meio da utilização, nem sempre de forma técnica, do dolo eventual.

Ao se fazer isso, cedendo-se à pressão exercida pela mídia ou por segmentos da população – no mais das vezes ligados às vítimas –, o Judiciário acaba por invadir a seara do Legislativo, atingindo princípios que norteiam o ordenamento jurídico-penal pátrio e, até mesmo, o mais significativo deles: a impossibilidade de que possa haver crime ou pena sem prévia cominação legal.

Essa solução à margem de uma aplicação estritamente técnica do Direito acaba sendo incentivada, pois, de fato, as normas penais tecnicamente aplicáveis aos fatos são demasiadamente brandas.

Se justiça há na distorção dos princípios em razão de política criminal – e, pontualmente, assim parece, por mais etéreo que seja o significado de “justiça” –, não se pode deixar de levar em conta o perigo de que a exceção se torne, cada vez mais, em regra, abalando a estrutura de um Estado de Direito constituído.

A questão que se pretende enfrentar consiste, pois, em uma tentativa de aferição do dolo eventual por meio de um critério diverso do hodiernamente predominante, que acaba praticamente se resumindo a uma presunção *iure et de iure* do que se passa na mente do agente.

Assim, tendo em vista que a ocorrência de dolo eventual vem sendo exponencialmente defendida, notadamente no que diz respeito a caracterizar como dolosos contra a vida delitos de trânsito, tem-se aqui como objetivo estabelecer um critério para sua caracterização que seja menos subjetivo que a fórmula acadêmica “agirei assim, haja o que houver, danem-se as consequências”.

O principal entrave existente é a escassez de doutrina e jurisprudência nacionais que enfrentem detidamente a questão, o que quase impossibilita uma distinção criteriosa entre dolo eventual e culpa consciente.

Assim, deve-se discutir o acerto do método ora empregado, principalmente considerando a falta de fundamentação das decisões – ou a fundamentação feita com simples referência a decisões semelhantes, que acaba criando um círculo vicioso e traz a falsa impressão de que o tema foi enfrentado com profundidade.

Espera-se apontar soluções alternativas ou cumulativas para auxiliar a aferição, levando-se em conta, entre outros aspectos, a importância de que o agente tenha consciência de que o resultado ocorrido seja o desdobramento mais provável – ou, ao menos, um desdobramento altamente provável – de sua conduta.

Observe-se que não é incomum, neste e em outros temas, que a atividade profissional cotidiana conduza a situações tão improváveis ou implausíveis que, de fato, não possam ser abstratamente previstas pela legislação, nem analisadas de forma mais aprofundada pela doutrina.

O presente trabalho, em proposital trocadilho, assume o risco de que afirmações peremptórias que venham a ser feitas possam ser violentamente contestadas, mas, haja o que houver – e sem qualquer

intenção de apoderamento da “verdade”; mesmo porque, a completa certeza não é, via de regra, compatível com uma abordagem científica realista –, é necessário que se faça o estudo, pois trata-se de tema que tem, cada vez mais, merecido atenção, dentro e fora do meio jurídico.

2 DOLO EVENTUAL: DIFERENÇAS E POLÊMICAS NO TRATAMENTO DO TEMA

A legislação pátria contém, no art. 18, I, *in fine*, do Código Penal, a definição de dolo eventual, que é o que ocorre quando o agente assume o risco de produzir o resultado (BRASIL, Código Penal, 2014).

Sem intenção de um levantamento exaustivo, mas apenas, no primeiro caso, pela proximidade cultural, e, no segundo, por ser, sem dúvida, uma das nações que abrigam a maior quantidade de estudos sobre o tema, o Código Penal português traz definição diferente e o alemão nem sequer a contém:

Artigo 14º – Dolo [...]

3. Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização (PORTUGAL, Código Penal, 2012).

Doloso en el sentido de esta ley es un hecho incluso si el se realiza un tipo legal, presuponiendo dolo respecto a la acción. Sin embargo, la imprudencia es suficiente en cuanto a una consecuencia especial causada por la acción (ALEMANHA, Código Penal, 2011).

Importante não se esquecer de que a palavra “eventual”, embora polissêmica na língua portuguesa, tem sentido estreitamente ligado à ocorrência de um resultado e não à mera probabilidade, o que será exposto de forma mais detida ainda neste trabalho: “evento *sm.* ‘sucesso, acontecimento, eventualidade’ XVI. Do lat. *eventus* – *us*; **eventual** 1813. Do lat. med. *Eventualis*” (CUNHA, 2010, p. 277).

Destaca-se, desta forma, que a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, se não podem ser descartadas, igualmente não podem, de outro lado, ser incondicional e dogmaticamente repetidas e acolhidas em um país que possui definição legal de dolo eventual e considera como

imprescindível a existência de um Estado Democrático de Direito o respeito, na seara penal, entre outros, dos princípios da reserva legal e da impossibilidade de analogia *in malam partem*.

3 A EXISTÊNCIA ÔNTICA DO DOLO EVENTUAL

Antes de se analisar o aspecto prático ou a fórmula repetida no meio acadêmico desde os primeiros períodos do curso de Direito, essencial que se atente para a questão da existência, em si, do objeto deste estudo, qual seja, se o “dolo eventual” tem autonomia ôntica ou é uma criação ideologicamente realizada por uma série de fatores, entre eles sobressaindo-se a política criminal.

No plano filosófico, destaca-se a importância de que, antes de se discutir a ideia em si, sejam perscrutadas suas origens: “A ideologia se assemelha a alguns aspectos do inconsciente psicanalítico. [...] adotamos crenças, opiniões, ideias, sem saber de onde vieram, sem pensar em suas causas e motivos, sem avaliar se são ou não coerentes e verdadeira [...]” (CHAUÍ, 2011, p. 220).

Para esta autora,

Um dos legados mais importantes da filosofia grega é, portanto, a diferença entre o **necessário** (o que não pode ser senão como é) e o **contingente** (o que pode ser ou não ser, o que pode ser de uma maneira ou da maneira oposta), bem como a diferença, no interior do contingente, entre o **acaso** e o **possível**. O *contingente* é o que pode ou não acontecer na natureza ou entre os homens; o *acaso* é a contingência nos acontecimentos da natureza; o *possível* é a contingência nos acontecimentos humanos. (CHAUÍ, *op. cit.*, p. 37)

Sob esse enfoque, já se restringindo o espectro a uma perspectiva estritamente jurídica, de se destacar a grande importância de uma análise mais detida do tema, sobre o qual há controvérsia doutrinária, conforme se percebe abaixo:

Por um lado, há quem afirme que o dolo é um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico e que só se pode descrever. Por outra parte, há quem considere inacessível o dolo como dado real e admita que o dolo é simplesmente algo que se atribui ao autor de um fato delitivo. (BUSATO, 2014, p. 61)

Evitando-se a discussão sobre o que seja conduta – tendo em vista que, entre duas das principais teorias hoje remanescentes, quer a ótica finalista, quer a da imputação objetiva, não parecem afetar o tema proposto –, o dolo direto é, em grande parte das vezes, perceptível pelo observador a partir da ação do autor.

Extrapolando-se a perspectiva meramente jurídico-penal do que configure intenção, se se avista uma pessoa com um martelo em uma mão e um prego em outra, batendo o martelo contra o prego na parede, o “dolo” de produzir o resultado de se ter um prego fixado na parede é bastante óbvio, mesmo que, por circunstâncias alheias ou não à vontade do agente, tal não venha a ocorrer – por exemplo, o martelo pode quebrar, a parede pode ser dura demais, o prego pode entortar, o vizinho pode pedir silêncio.

A existência do dolo no Direito Penal, entretanto, vai além disso, sendo necessária delimitação legal cuidadosa, ainda que, aparentemente, destinada a conceituar o que é notoriamente sabido.

Ilustrando-se o exposto, são esclarecedoras as lições de Busato:

[...] a decisão a respeito do dolo não pode deixar de ter em conta a intenção do agente, ainda que, claro, para isso tenha que acudir a elementos externos. [...] A demonstração do dolo como realidade psicológica, porém, revelou-se totalmente impossível [...] a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis. (BUSATO, *op. cit.*, 2014, p. 64/65)

O citado autor acrescenta:

O dolo, enquanto afirmação jurídica de um desvalor contido na decisão contrária ao bem jurídico, não é uma entidade ontológica, mas a atribuição de uma condição jurídica que deriva da identificação de um significado. (BUSATO, *op. cit.*, 2014, p. 77)

E arremata: O dolo não existe, se atribui. (BUSATO, *op. cit.*, 2014, p. 81)

Percebe-se, portanto, ser precipitada uma análise que parta da premissa de que o dolo eventual tem existência própria, real e necessária; neste último caso, com a aceção acima transcrita, ou seja, do que não pode ser senão como é.

Por essa razão, constata-se que: “uma vez que a teoria da vontade abandona o seu próprio ponto de partida, o conceito de vontade psicológica da linguagem cotidiana, vê-se ela forçada a procurar um substituto para a vontade no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual.” (PUPPE, 2004, p. 35).

Destaca-se, assim, a relevância do exame da conceituação de dolo eventual constante do Código Penal Brasileiro, utilizando-se, sim, doutrina ou jurisprudência de países em que o tema tem merecido muito maior atenção, porém, extirpando-se da análise conclusões que partam de premissas que lhes sejam próprias – e diversas.

4 IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO DOLO EVENTUAL DE FORMA PURAMENTE SUBJETIVA OU PURAMENTE OBJETIVA

No dolo eventual, mais que o acima considerado, é necessária não apenas observação, mas uma análise que transcende à mera ação do autor – e, aqui já se incorrendo em alguma polêmica, mesmo a sua declarada intenção, caso exista.

Ilustra-se a seguir porque o elemento volitivo, ou a assunção interna de um risco, não pode ser visto de forma absoluta, embora seja cediço que devam ser levadas em conta, segundo a melhor doutrina:

[...] a decisão a respeito do dolo não pode deixar de ter em conta a intenção do agente, ainda que, claro, para isso tenha que acudir a elementos externos. [...] A demonstração do dolo como realidade psicológica, porém, revelou-se totalmente impossível [...] a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis (BUSATO, *op. cit.*, 2014, p. 64/65)

Imagine-se, usando-se aqui a simplificação acadêmica notoriamente conhecida, que uma pessoa aponte uma pistola carregada para a cabeça de outra e aperte o gatilho pensando: “Deus me livre de matar Fulano”.

Suponha-se, de outro lado, que, em uma região erma da Antártida, alguém suba em uma geleira e lá de cima lance um bloco de gelo, sem ver onde irá cair – mas em um local por onde sabe que jamais transitou um ser humano – e que, ao fazer isso, esteja pensando “Dane-se se eu matar alguém”.

Parece no mínimo discutível que, sobrevivendo morte nos dois casos, possa o primeiro ser tido como “culpa consciente” ou o segundo como “dolo eventual”.

Isso ocorre porque, recorrendo-se a exemplos que não se situam em uma zona cinzenta, mas no lado alvo ou negro, fica claro que a análise do “risco” pelo agente é mais importante que a “assunção”.

Por menos que se queira utilizar de uma divergência semântica como recurso dialético, o vocábulo “risco” não pode ser equiparado a “possibilidade”, sob pena de – o que tem sido comum, especialmente em delitos cometidos por condutores que ingeriram bebida alcoólica – simplesmente extirpar do ordenamento penal a figura da culpa consciente e até mesmo algumas hipóteses de culpa inconsciente.

Veja-se, a seguir, trecho de decisão em que o STF – talvez no intuito de refrear a indiscriminada e crescente tendência de presumir a ocorrência de dolo eventual pela simples ingestão de bebida alcoólica pelo condutor –, no extremo oposto, puerilmente viola conceitos básicos de Direito Penal, confundindo a agravante da embriaguez preordenada (art. 61, II, “j”, do Código Penal) com a existência de dolo.

A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir risco de produzi-lo. (STF, HC 107.801/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 6-9-2011, DJe 196, de 13-10-2011 - MARCÃO, 2013, p. 53)

Cumprе destacar, de outro lado, que a precisão técnica e vocabular é, sem dúvida, importante, mas, caso tomada como um fim em si, passa a consistir mais em um desvio do que em uma estrada que conduza a um termo produtivo.

Veja-se, usando o exemplo de Portugal, a distinção que é feita, em alguns países, sobre o grau do dolo:

Artigo 14º – Dolo

Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. (PORTUGAL, Código Penal, 2012, p. 45)

O dolo de segundo grau, que consistiria na “consequência necessária” – a morte dos passageiros de um veículo que o agente explode

para matar o motorista seria um caso emblemático –, na mesma esteira, trabalha a questão da probabilidade, ou do risco.

O fato de ser “consequência necessária”, saliente-se, não torna inevitável, mas apenas extremamente provável, a ocorrência do resultado nem mesmo no dolo direto, com conduta idônea, como a de disparar uma arma de fogo na cabeça da vítima – registra-se, aqui, como exemplo de resultado altamente improvável, o caso real de uma aeromoça que sobreviveu à explosão do avião em que se encontrava, quando estava a mais de 10.000m (dez mil metros) do solo².

Cabe registrar, em sentido contrário, exemplo colhido da jurisprudência portuguesa, em que se considera haver dolo eventual na conduta de quem aponta uma espingarda para outrem a menos de metro e meio de distância e a dispara “embora sem intenção de lhe causar a morte”.

O dolo direto (nº 1 do artigo 14º) não é indispensável à condenação pela autoria do crime do artigo 131º, bastando o eventual previsto no nº 3 do mesmo artigo 14º. Deste modo, ao desfechar uma espingarda, a cerca de 1,35 metros de distância, sobre a vítima, embora *sem* intenção de lhe causar a morte, o réu comete o crime do art. 131º, *com* dolo eventual, por, ao fazer o disparo, ter previsto a possibilidade de atingir aquela e a matar e, não obstante isso, não ter deixado de praticar a ação, por lhe ser indiferente o resultado previsto e com este se ter conformado (acórdão do STJ, de 12 de dezembro de 1984, BMJ 342, p. 227). O Código, nos artigos 14, nº 3, e 15º, alínea b), aponta para a **conformação ou não conformação do agente com o resultado típico** por aquele previsto como possível. (GARCIA, 2011, p. 48)

Vá lá saber como chegou o julgador lusitano à conclusão de que o autor não tinha intenção de matar a vítima – em análise perfunctória, apenas com os elementos fornecidos pelo texto, mais plausível seria afirmar que não seja imputável, por não ter a mínima percepção da realidade, aquele sinceramente afirme que não pretendia matar pessoa na qual efetua disparo em área vital, a curta distância.

À parte essa questão, a decisão, sem dúvida, leva em conta a definição constante do Código Penal Português (2012, p. 45), transcrita alhures, de que “age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta”.

2 <http://minilua.com/10-pessoas-que-sobreviveram-quedas-inacreditaveis/> (Acesso em 2/10/2014, às 14:30h)

5 DOLO EVENTUAL E DELITO NA MODALIDADE TENTADA

Relevante considerar, neste ponto, que a definição do Código Penal português torna possível, em tese, a existência de dolo eventual na modalidade tentada de um delito, o que, com a devida vênia de entendimentos em sentido oposto, é inteiramente incompatível com o conceito constante do ordenamento jurídico-penal pátrio.

Como já se destacou no início deste trabalho, a origem etimológica do vocábulo “eventual” está estreitamente ligada ao resultado. Levando-se tal significado em conta, não é preciso mais que analisar de forma lógica o literal teor dos arts. 18, I (assumir o risco de produzir o resultado), e 14, II (falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade), do Código Penal Brasileiro para se concluir pela impossibilidade de conciliar dolo eventual e resultado não ocorrido.

Um exemplo ilustra bem: imagine-se que seja disputado um racha por motoristas embriagados ao longo de uma via repleta de pedestres. Haveria uma tentativa branca em relação a cada pedestre que permaneceu ileso, mas cujo risco de morte foi assumido pelos disputantes? Evidentemente que não. Assume-se o risco de produzir o resultado (artigo definido), ou seja, o resultado que ocorre, e não um resultado (artigo indefinido), possível, mas não ocorrido.

Saliente-se, além disso, que somente há tentativa quando o resultado deixa de ocorrer por circunstâncias alheias à vontade do agente. No dolo eventual, não há vontade, mas assunção de risco. Ademais, ainda que houvesse vontade, imperativo seria aferir o que impediu que o resultado ocorresse – se, por exemplo, um condutor que atropela um pedestre em local ermo de fato tiver a intenção de matar, necessário saber por que não consuma o crime, já que, dentre incontáveis outras ações, pode desembarcar e concluir seu intento a chutes e socos. Nesse sentido, jurisprudência que rechaça a possibilidade de dolo eventual na modalidade tentada de delitos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. DOLO EVENTUAL. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. A aceitação do resultado, no dolo eventual, significa que o agente responde pelo resultado efetivo que venha a ocorrer e não pelo resultado mais grave que não aconteceu, na forma tentada. Aceitar o resultado não é a mesma coisa que querê-lo, daí não ocorrendo a tentativa pelo resultado mais grave. A tentativa só ocorre quando o agente age com dolo direto. (TJ-RS; RSE 70007781883; Tapes; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Danúbio Edon Franco; Julg. 19/2/2004)

Utilizando-se, ainda, um condutor de veículo como exemplo, imagine-se o paradoxo que ocorreria em se admitir a ocorrência de forma tentada de delito com dolo eventual nas duas situações a seguir.

Na primeira delas, o autor tem intenção de matar a vítima e, para tanto, decide atropelá-la em um local ermo. Após fazê-lo, percebe que a vítima ainda está viva e, sem que nada o impeça de prosseguir na execução do homicídio, abandona o local.

Na segunda (em exemplo que será repetido mais à frente como caracterizador de dolo eventual – que se critique o exemplo, mas não a assertiva de que a ação se dá com essa modalidade de dolo), um motorista embriagado e inabilitado, muito míope, dirige, sem óculos, seu veículo, com freios defeituosos e pneus carecas, em altíssima velocidade, na contramão de uma pista molhada, em horário de tráfego intenso, e acaba atropelando um pedestre. Mesmo não havendo nada que o impeça de matar a vítima, com certeza esse motorista não o fará, pois nunca foi este o seu intento.

Verdadeiro paradoxo seria tratar o primeiro caso como desistência voluntária – devendo o autor responder pelos apenas pela lesão corporal praticada – e o segundo como tentativa de homicídio. Que não se argumente, de outro lado, com a ausência de socorro, que faz parte de ambos os exemplos. Prestado o socorro, que, repita-se, inexistiu no exemplo dado, poderia ocorrer arrependimento eficaz, jamais desistência voluntária.

6 DOLO EVENTUAL E CONDUTA CULPOSA

Na verdade, por mais que se perceba, na doutrina e na jurisprudência, certo receio de se afirmar, com todas as letras, a estrutura do dolo eventual é muito mais próxima da conduta culposa que do dolo direto, em que a ação é direcionada ao fim almejado.

A estrutura do fato típico culposos é dividida pela doutrina em elementos, que, em linhas gerais, costumam ser basicamente os seguintes: Elementos do fato típico culposos São os seguintes:

- a) conduta (sempre voluntária);
- b) resultado involuntário;
- c) nexos causal;

- d) tipicidade;
- e) previsibilidade objetiva;
- f) ausência de previsão (cuidado: na culpa consciente *ine*xiste esse elemento); e
- g) quebra do dever objetivo de cuidado (por meio da imprudência, imperícia ou negligência) (BONFIM & CAPEZ, 2004, p. 401) .

Percebe-se, com facilidade, que, no que toca à culpa consciente, o principal – e talvez único – elemento não encontrado no dolo direto é, justamente, o resultado involuntário naquela obtido, que decorre da violação de um dever de cuidado em ação dirigida a evento diverso. Nesse sentido, pacífico que:

O tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque, na forma em que se obtém essa finalidade, viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A circunstância de que o tipo não individualize a conduta culposa pela finalidade em si mesma não significa que a conduta não tenha finalidade, como parece terem entendido muitos autores. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2001, p. 506).

No mesmo sentido, Toledo leciona que:

[...] o núcleo do crime culposo, do mesmo modo que o doloso é uma ação humana (ação ou omissão). A diferença está na estruturação do tipo: no doloso, pune-se a ação ou omissão dirigida ao fim lícito; no culposo, o que se pune é o comportamento mal dirigido para o fim lícito. (TOLEDO, 2000, p. 293)

Quando se transporta a análise do dolo direto para o eventual, a diferença fica mais tênue – para não dizer imperceptível –, o que faz com que, em termos práticos, acabe-se por considerar dolosa ou culposa uma conduta, não por sua existência ôntica, mas, em última análise, pela gravidade do resultado e pelo clamor público que dele advém.

Sob a ótica da imputação objetiva, registre-se, o que ocorre, em ambos os casos, é a criação e a realização de um risco não permitido, o que acaba por demonstrar, de forma clara que, ao contrário de excludentes, dolo e culpa são conceitos até mesmo convergentes. Nesse sentido:

Nem mesmo o conhecimento de que a imputação tanto dolosa quanto culposa pressupõe, além da causalidade, a criação e a realização de um risco não permitido alterou essa difundida opinião, segundo a qual dolo e culpa são conceitos contraditórios. Chega-se a admitir uma **relação de gradação normativa** entre os dois, que nada mais significa que o juízo de reprovação por dolo é mais grave que o juízo de reprovação por culpa. Uma relação de gradação lógica continua desde sempre a ser negada, afirmando-se que o conceito de culpa pressupõe a negação dos elementos específicos do dolo, em especial da vontade dirigida ao resultado [Jescheck AT § 54 I; Roxin AT/I 24/72; Wolter (1987), 64 e ss.]. Mas a negação do dolo não tem nenhuma função como elemento conceitual da culpa, pouco importando se o elemento negado é o conhecimento ou a vontade. Pois a negação de um elemento do injusto não pode ser um elemento do injusto (Puppe, JR, 1984, 229 e ss.). Se se eliminar do conceito de culpa a negação das elementares conceituais específicas do dolo, então se verá que o dolo nada mais é que um caso especial de culpa [no mesmo sentido já Hellmuth Mayer, AT (1936), 292]. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 9)

Soluções, por vezes heterodoxas, são adotadas, no Direito brasileiro e no estrangeiro, pois é necessário, pelo princípio da reserva legal, que se tenha uma justificativa para a política criminal estatal.

Assim, existem definições mais objetivamente aferíveis no caso concreto, como a que em outros países se faz entre o dolo direto de primeiro grau, em que o resultado é diretamente querido como fim, e o de segundo grau, no qual o resultado é a consequência necessária do meio escolhido.

Tem-se, igualmente, conceitos que exigem um esforço interpretativo que adentra um pouco mais a mente do agente, como o dos delitos preterdolosos.

Nada, entretanto, que se compare ao dolo eventual, no qual a diferenciação acaba por ser feita de forma praticamente dogmática, baseada em presunções decorrentes, em última análise, da pressão exercida pelo clamor público.

Na mesma trilha do acima exposto, as duas citações doutrinárias abaixo.

Para Bem, “em síntese, o dolo eventual foi pensado para não permitir a punição de condutas mais graves a título de simples culpa” (BEM, 2013, p. 141). Para Olive,

De um ponto de vista valorativo, o injusto que se realiza por meio de dolo eventual é algo menor que o daquele que atua com dolo direto, e algo maior com relação ao que o faz com culpa consciente. Por esse motivo, alguns autores consideram o dolo eventual como uma forma de dolo *atenuada* ou *debilitada*, sem consequências penais (CLAUS ROXIN), ou postulam por um abrandamento da pena a ser imposta (DIEGO LUZÓN PEÑA). Outros o consideram como uma forma agravada de culpa que recebe a pena do dolo (JUAN BUSTOS RAMÍREZ). (OLIVÉ *et alii*, 2010, p. 339).

As lições convergem no sentido de fornecer uma explicação plausível para fenômenos facilmente constatáveis nos dias de hoje, por simples leitura de periódicos: por questões afetas a política, seja ela criminal, ou, mais pejorativamente, como demagógico recurso utilizado para arrefecer o clamor público, torna-se óbvio que a repercussão decorrente de delitos com resultado especialmente grave faz com que jurisprudência e doutrina ampliem o espectro de abrangência do dolo eventual como forma de subsumir o fato a tipos cuja reprimenda lhes seja mais “adequada”, i.e., via de regra, mais rigorosa.

7 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

7.1 OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICO-PENAIIS: APLICABILIDADE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A tentativa de aperfeiçoar os estudos e aprofundar a análise do tema a partir da doutrina e da jurisprudência estrangeira acaba, no que diz respeito a sua aplicabilidade à realidade brasileira, tendo resultados aquém dos desejáveis.

A doutrina alemã moderna faz uma crítica à clássica abordagem da denominada “primeira fórmula de Frank”, em que este considerava haver dolo indireto quando, retroagindo de um resultado ocorrido, se chegasse à conclusão de que o agente insistiria na conduta:

[...] se o autor disser para si mesmo: seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei, então sua culpabilidade é dolosa” [...] O “**estado psíquico** específico, que se chama frequentemente de anuência, aprovação ou consentimento”

(grifos nossos) é determinado pela primeira fórmula de Frank: “Se chegarmos à conclusão de que o autor teria agido mesmo sabendo do resultado, então a situação acima caracterizada está presente, sendo de afirmar-se o dolo; se chegarmos à conclusão de que, com conhecimento do resultado, o autor deixaria de praticar a ação, então deve-se negar o dolo” (*Frank op. e loc. cit.*) (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 43/44).

Para a mesma autora,

[...] a fórmula é vulnerável à objeção de não partir de um dado real, mas sim fictício do autor, uma vez que este, na verdade, não dispõe de certeza alguma a respeito da ocorrência do resultado típico [...] Além disso, a pergunta quanto a se o autor teria se comportado de outro modo só pode ser, em teoria, respondida se se entender que o comportamento do autor está determinado por leis naturais estritas e, na prática, se se conhecerem tais leis. A fórmula de Frank só faz sentido como teoria aos olhos de um determinista estrito (cf. a respeito também Vor § 13 nm. 111 e ss.) e na prática ela só seria utilizável se se dispusesse excepcionalmente de pontos de apoio suficientes para saber como o autor teria se comportado no caso fictício da previsão segura da ocorrência do resultado. [...] (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 45/46)

A abordagem feita por Frank, na verdade, ao ser confrontada com o conceito do Código Penal brasileiro, simplesmente não poderia aqui ter, de qualquer forma, aplicabilidade.

Explica-se: se o agente conhece o resultado de sua conduta e, como que utilizando uma máquina do tempo, retroage no tempo e pratica o ato, não se pode mais falar em “risco”, mas em certeza, ou, quando menos, em “consequência necessária”, que, ambas, constituem dolo direto.

A vontade, no Direito Penal brasileiro, por simples questão de lógica e de interpretação literal, está excluída do conceito de dolo eventual, pois a lei define como dolosa a conduta de quem “quis o resultado” (dolo direto) ou “assumiu o risco de produzi-lo” (dolo indireto) sendo evidente, no segundo caso, a supressão elíptica de expressão contendo a ideia de que “não quis o resultado, mas” – se assim não fosse, a definição de dolo eventual seria inócua.

Não há, assim, como ter dúvida de que, no ordenamento jurídico-penal pátrio, o dolo eventual consiste em assumir o risco de produzir resultado indesejado.

Nesse sentido:

A configuração do dolo eventual exige como pressuposto que o sujeito ativo atue sem a vontade de realizar os elementos do tipo penal, pois, se atuar com essa finalidade, haverá dolo direto. Ademais, requer-se que o agente represente a prática do crime apenas como consequência possível ou provável, direcionada à realização de finalidade diversa. (PIRES & SALES, 1998, p. 88)

Destaque-se, aqui, a importância de se diferenciar conceitos e de se questionar fórmulas que, por tradição acadêmica, vão sendo repetidas e praticamente se dogmatizam:

Como o levar a sério, o apropriar-se, o juízo válido ou o ver para si a possibilidade da ocorrência do resultado não passam de **dados meramente internos** ao autor, que não se manifestam no fato, são eles em princípio inacessíveis à investigação probatória forense, tanto como já o era o critério da assunção aprovadora do risco. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 60)

Fundamental, de outro lado, que não se faça um mero transporte de soluções que somente poderiam ser integralmente adotadas em caso de mudança na conceituação do dolo eventual no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

8 A QUESTÃO DA INDIFERENÇA AO RESULTADO

Na maior parte das vezes em que doutrina e jurisprudência pátrias analisam o dolo eventual, utiliza-se a premissa de que, neste, o agente é indiferente ao resultado. De tão repetida, a expressão já é automaticamente tida por verdadeira, o que fez com que alguns concluíssem, não sem certa precipitação, que isso seria prova absoluta de que, nos casos envolvendo condutores de veículo, não poderia haver dolo eventual, pois estaria havendo indiferença à própria morte, desdobramento provável da conduta.

Essa tese foi rechaçada na decisão do STJ abaixo transcrita.

Sobre a natureza do perigo criado pelo condutor que se envolve em competição não autorizada, conhecida popularmente como “racha” ou “pega”, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça refutaram tese proposta pelo Tribunal de Justiça de Minas Geras que destacou que se o condutor atuasse com dolo eventual nessas hipóteses implicaria admitir que para ele fosse indiferente a própria morte. O Tribunal Superior entendeu como absurdo esse entendimento e destacou que não se trata

de argumento aceito pela dogmática jurídica. [...] esta tese tem acolhida na dogmática penal, porém seu equívoco, a meu ver, radica na outorga do poder de decidir se agiu dolosa ou culposamente para o condutor e essa é uma saída perigosa, pois certamente, mesmo conduzindo o veículo em velocidade exorbitante, o agente destacaria que confiava no final feliz (BEM, *op. cit.*, 2013, p. 155/156)

Interessante observar, contudo, que, talvez pelo fato de já estar tão sedimentada, a questão da indiferença ao resultado não é diretamente atacada pela decisão do STJ.

Levanta-se esta questão simplesmente para considerar-se que há imprecisão vocabular e lógica ao se estabelecer que quem aja com dolo eventual seja indiferente ao resultado. A indiferença, esclareça-se, não se situa no âmbito do resultado, mas, sim, do risco, o que explica a impossibilidade de utilização, no Direito Penal brasileiro, tanto da primeira fórmula de Frank como da tese que ganhou força no TJMG.

Recorde-se, em primeiro lugar, que a lei brasileira, em nenhum momento, menciona “indiferença a resultado”, expressão lavrada – ou importada – para explicar o sentido de “assumir o risco de produzir o resultado”.

Ocorre que – atendo a análise estritamente à legislação pátria – não há como sustentar que uma pessoa, mesmo com discernimento e sanidade mental muito abaixo da média, possa ser indiferente ao resultado.

Ser indiferente a um resultado significa não preferi-lo a outro e até mesmo o menos inteligente dos seres humanos, podendo escolher entre um resultado que acarretará reprimenda penal e outro que não lhe trará consequência danosa alguma, certamente optará pelo segundo.

Precisando-se a definição para adaptá-la à forma com a qual normalmente se trabalha nos bancos acadêmicos, na culpa consciente, o agente não deseja o resultado e confia em que não ocorrerá; já no dolo eventual, ainda que por fé cega no improvável ou quase impossível, ele não quer o resultado e torce para que não ocorra.

Tentando-se traçar um paralelo, uma pessoa que, durante a Copa do Mundo de 2014, tivesse apostado que a seleção brasileira de futebol seria derrotada por 7x1, teria a consciência de que sua possibilidade de ganhar fosse reduzidíssima, mas, nem por isso, teria tido dolo direto de jogar seu dinheiro fora. Não lhe poderia, tampouco, ser imputada indiferença ao resultado, pois, embora assumindo o risco, quase certo, de perder suas economias, essa pessoa, por óbvio, desejava ser premiada. A probabilidade de uma derrota por esse placar, de outro lado, é sabidamente

mínima, embora não haja como reduzi-la a um quociente matemático ou estatístico (quem diga o contrário, certamente fundamentará seu cálculo em premissas contestáveis).

Por mais improvável que seja atingir uma maçã colocada sobre a cabeça de uma criança com uma seta impulsionada por uma besta, difícil crer que Guilherme Tell pudesse ser indiferente à morte daquela.

9 O RESULTADO PROVÁVEL

Uma tentativa doutrinária de precisar limites entre dolo eventual e culpa consciente que parece menos inadequada à realidade brasileira é a teoria da probabilidade, que, entretanto, igualmente é refutada pela doutrina alemã contemporânea:

A CLÁSSICA TEORIA DA PROBABILIDADE [...] De acordo com essa teoria, a distinção entre dolo, como a forma mais grave, e culpa, em especial a consciente, como a forma mais leve de culpabilidade, só pode ser feita por meio do grau do perigo para o bem jurídico que o autor pensa causar. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 65/66)

Continua a autora:

Nos últimos cinquenta anos a teoria da probabilidade praticamente desapareceu da discussão científica [...] considera-se que ela é refutada *ad absurdum* por duas perguntas: a primeira, a partir de que cociente de probabilidade o dolo começa e a culpa termina; e a segunda, como o autor deve ter conhecimento de tais cocientes de probabilidade. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 68/69)

A refutação é, *data venia*, discutível e simplória; poderia, em tese, ter mais força se acompanhada de alguma proposta de análise, senão melhor – juízo que exige análise valorativa subjetiva –, ao menos diferente. Ao contrário disso, entretanto, o que parece prevalecer é entendimento que, devidamente esmiuçado, pouca evolução representa em relação à teoria da probabilidade:

A teoria hoje dominante diferencia o dolo da culpa consciente a depender de se o autor **levou a sério** a possibilidade de realização do tipo por ele reconhecida, ou se ele simplesmente a ignorou. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 52)

Ainda segundo Puppe,

[...] em suas mais recentes decisões sublinha o BGH que o conhecimento de uma grande probabilidade de ocorrência do resultado, por si só, não fundamenta o reproche de assunção aprovadora do risco em sentido jurídico. [...] O BGH formula a distinção declarando que, quem age culposamente, **confia seriamente, e não só de modo vago**, na não ocorrência do resultado. Assim, nada mais resta dos opostos contraditórios querer e não querer, dos quais partia a teoria da vontade ao definir o dolo, a não ser uma distinção entre uma confiança séria e uma meramente vaga na não-ocorrência do resultado. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 39/40)

A expressão “confiar seriamente” muito mais consiste em uma aproximação de sentido com “assumir o risco” do que em uma solução para a questão.

Mais uma vez, é clara a necessidade de se adentrar a mente do agente para se chegar a uma conclusão, ou pressupor essa confiança séria a partir de critérios objetivos.

Ocorre que utilizar-se de critérios objetivos significa, em última análise, ignorar o que se passa na mente do agente em prol de uma presunção criada pelo julgador. Ademais, registre-se, que outra forma poderia utilizar o autor para “levar a sério a possibilidade de realização do tipo” que não a da análise da probabilidade de ocorrência do evento naquele caso concreto?

Em resumo, pouco se altera, mas se faz crítica, aparentemente exagerada, à teoria da probabilidade.

Jamais foi sustentado, por óbvio, que se devesse estabelecer um quociente aritmético de probabilidade a partir do qual passasse a existir dolo eventual. Feita nesses termos, a refutação, mais que simplória, insulta o senso comum dos defensores da relevância da probabilidade.

A depender de probabilidade, aliás, nem no dolo direto, como já se demonstrou acima, há total certeza da ocorrência do resultado.

O reconhecimento do risco, conforme mencionado anteriormente, independe da possibilidade de sua quantificação aritmética – um exemplo bastante corriqueiro disso na legislação pátria é a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, em que se utiliza como fundamento, no mais das vezes, a grande probabilidade de reiteração de condutas delituosas.

Como em todo campo do conhecimento, entretanto, inegável que há áreas de certeza, ou quase certeza, em extremos opostos, e que, entre elas, existe uma zona cinzenta, que não é atingível por análise aritmética de quocientes de probabilidade, mas, sim, de razoabilidade.

Exemplificando-se: um condutor que utilize o celular ao dirigir, inegavelmente, tem consciência de que, ao fazê-lo, as chances de que venha a envolver-se em um acidente aumentam.

No extremo oposto, utilizando-se uma vez mais de um condutor como exemplo, suponha-se que este seja inabilitado, esteja embriagado, e, muito míope, dirija, sem óculos, seu veículo, com freios defeituosos e pneus carecas, em altíssima velocidade, na contramão de uma pista molhada, em horário de tráfego intenso.

O que importa não é quantificar o aumento da probabilidade, nem presumir que sua atitude interna tenha sido algo traduzível pelas expressões “haja o que houver” ou “confio em que o resultado não ocorrerá”.

O relevante para a análise é saber se o resultado é o desdobramento mais provável daquela conduta e se o agente pode ou não alegar desconhecimento desse fato. Nesse sentido, as lições a seguir, que destacam doutrina que se reporta a caso real e a ocorrência hipotética.

[...] o condutor do caminhão sabe que efetuar uma manobra de ultrapassagem em uma curva sem visibilidade, em razão de intenso nevoeiro, pode gerar a colisão com veículo que transita em sentido contrário [...] ele efetua a ultrapassagem e colide [...] A análise da situação deve ser feita com respaldo nas regras de experiência social. (BEM, *op. cit.*, 2013, p. 163).

Por sua vez, Puppe considera que

Se, por outro lado, cria o autor um perigo reduzido, se bem que já não permitido, a doutrina dominante deveria, de modo consequente, condená-lo por dolo, se ele levou a sério esse reduzido perigo e superou o obstáculo psíquico daí decorrente. Mas ninguém pensa em punir por dano consumado ou mesmo tentado aquele motorista que entra como que em um salto com o carro na vaga, porque ele afirma, com sinceridade, que levou a sério o perigo para o carro adjacente. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 57)

Traduzindo-se, para que se considere ser determinado resultado o desdobramento mais provável da conduta, não é necessário quantificar

aritmeticamente a probabilidade, apenas ter senso comum, do que, aliás, não parece discordar a autora alemã por diversas vezes citada neste trabalho:

A moderna teoria da representação aparece, assim, como uma **descendente da teoria da probabilidade**. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 73) Só se pode falar em método de provocação do resultado se, segundo os conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for **relativamente grande**. Além disso, pouco se pode dizer em termos gerais sobre a **quantidade do perigo**; é em especial impossível fornecer índices de probabilidade. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 83/84).

E ainda:

O injusto específico do delito doloso consumado é, além disso, constituído pelo fato de que **o perigo conscientemente causado deve se realizar no curso causal que leva ao resultado**. [...] o autor **cria voluntariamente um fator necessário do perigo doloso por ele conhecido**. (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 93 e 95)

Verifica-se, pois, que mesmo a moderna doutrina alemã parece tender no sentido de que – sem utilizar estas palavras – levar a sério o perigo criado não se diferencia substancialmente de representar a alta probabilidade de sua ocorrência. Reveladora é a expressão transcrita logo acima que se reporta a chance relativamente grande de alcançar o objetivo – a partir dessa consideração, seria possível fazer a mesmíssima refutação *ad absurdum* utilizada na crítica à teoria da probabilidade, qual seja, a partir de qual quociente aritmético se pode falar em chance relativamente grande? Com que critério pode ser aferido esse quociente?

É evidente a impossibilidade de mensuração aritmética desse tipo de probabilidade, mas, nem por isso, a refutação pode ser aceita, pois parte da falsa premissa da necessidade de obtenção de quocientes.

Alta probabilidade é, antes disso e muito mais, algo que se pode verificar com senso comum e observação da realidade. Tentemos raciocinar por etapas.

No dolo direto, responde pelo resultado o agente que aponta uma arma para a cabeça da vítima querendo matá-la e dispara, ainda que o evento morte não venha a ocorrer – observe-se, sem ironia, mas apenas para demonstrar que a análise aritmética não é juridicamente precisa, que, se a morte não ocorrer (algo improvável, mas possível, e que acarretará diminuição da pena), é evidente que a probabilidade do resultado nefasto será inferior a cem por cento.

De outro lado, ainda que com intenção de matar, o agente não comete homicídio na modalidade tentada se o meio utilizado era absolutamente ineficaz ou se o objeto era absolutamente impróprio.

No que tange ao dolo direto, e especificamente ao crime impossível, há também uma zona cinzenta, que diz respeito à absoluta ineficácia ou impropriedade, sobre a qual, na dúvida razoável, deve prevalecer o princípio *favor rei*.

O senso comum é também imprescindível, sob pena de, em uma análise estritamente formal, poder-se imputar homicídio a quem, querendo matar, dá passagem de avião a outrem na esperança de que haja um acidente aéreo, que, de fato, ocorre. Nesse caso, sob uma perspectiva meramente formal (que aqui não se defende aplicável), haveria intenção, nexos de causalidade e meio idôneo.

Voltando-se à análise do dolo eventual, parece mais acertado que deva haver, na interpretação, uma análise *beyond reasonable doubt* de probabilidade de ocorrência do resultado e de conhecimento deste fato pelo agente.

Utiliza-se acima a expressão consagrada no direito anglo-americano, não para defender sua importação ou preponderância sobre o *favor rei*, mas apenas para tentar, em coerência com o acima exposto, repisar que, nem mesmo em se tratando de dolo direto ou de consequência necessária deste, é possível se falar, na prática, em absoluta certeza de ocorrência do resultado. Nesse sentido:

A doutrina do *dolus indirectus* esforça-se, assim, por distinguir entre consequências secundárias **meramente casuais** da lesão querida e outras lesões, que **dela decorrem de modo imediato e per se**, “*quod immediatur et per se sequitur*” (Carpzov, questio 1, nm. 31) ou “*quod sua natura cum illa re connexum esse solet*” (Böhmer [1759], Pars I, obs. II, qu 1, Nr. 62 [p. 2]). (PUPPE, *op. cit.*, 2004, p. 25)

Procura-se, abaixo, ilustrar, mais uma vez com o conhecimento de que exemplos são imperfeitos e recordando-se que o que ora se defende não são os exemplos dados, mas a ideia.

Retorne-se à principal área de ocorrência das divergências sobre existência de dolo eventual, que são os delitos cometidos por condutores de veículos.

Um motorista experiente ingere bebida em quantidade suficiente para que sua concentração de álcool por litro de sangue fique pouco acima

dos 6 (seis) decigramas necessários à configuração de delito. Ao dirigir, em velocidade normal e respeitando a sinalização de trânsito, vem a atropelar e matar um pedestre que atravessava fora da faixa, ficando, não obstante, comprovado que, caso estivesse sóbrio, conseguiria frear.

Outro motorista atende ligação em seu celular ou – em conduta ainda mais perigosa – nele redige SMS ou transmite mensagem pelo aplicativo *Whatsapp*, vindo a, por esta razão, atropelar e matar um pedestre em situação semelhante à anterior.

Um terceiro motorista, atrasado para buscar o filho na escola, ultrapassa os limites de velocidade, com o mesmo resultado dos dois exemplos anteriores.

Evidentemente que qualquer pessoa minimamente inteligente sabe que qualquer das condutas acima pode resultar em um atropelamento.

Veem-se, entretanto, tais condutas repetidas à exaustão (o que ora se afirma com convicção, por mera observação da realidade, mesmo sem amparo em dado estatístico ou aritmético), sendo evidente que a morte de um pedestre não é o resultado habitual ou provável que delas decorre – se assim não fosse, uma cidade de porte médio teria centenas de mortes desse tipo diariamente.

No extremo oposto, desgastando-se ainda mais o exemplo já utilizado, temos um condutor inabilitado e embriagado, muito míope, que dirija, sem óculos, seu veículo, com freios defeituosos e pneus carecas, em altíssima velocidade, na contramão de uma pista molhada, em horário de tráfego intenso, e que atropela e mata um pedestre.

Ou um torcedor fanático que deseja celebrar a vitória de seu time e explode dinamite em um local movimentado e acaba matando alguns dos passantes.

Evidentemente, em ambos os casos, nem mesmo uma criança ficaria espantada com a ocorrência do resultado funesto. Por óbvio que, repetidas à exaustão, na maior parte das vezes, o resultado será nefasto.

Entre os extremos, cria-se uma zona cinzenta, às vezes claramente adequável a um deles, mas que vai se tornando indefinível a cada dose de bebida alcoólica ingerida pelo motorista experiente ou a cada fator de risco que se retire do exemplo do motorista míope.

10 CONCLUSÃO

Para que se possa analisar a ocorrência do dolo eventual, ou tratar cientificamente qualquer tema polêmico, é necessário, em primeiríssimo lugar, querer fazê-lo.

Muito simples é, por exemplo, criticar a teoria da probabilidade, da forma acima referida, argumentando pela impossibilidade de quantificar aritmeticamente as chances de ocorrência do resultado.

Argumentos do tipo “Direito não é Matemática” ou “a Justiça é relativa” podem até não ser inteiramente falsos, mas não devem ser tomados como dogma que impeça o desenvolvimento de uma análise lógica, primada pelo senso comum.

Senso comum é relativo? Sim, até certo ponto, como também o é a ideia do que seja Justiça; é, todavia, inegável que, em se tratando de conhecimento ou ciência, há, na quase totalidade das vezes, extremos distintos, totalidade ou ausência de cores, alvo ou negro, separados por uma grande área cinzenta, mais clara em alguns pontos, mais escura, ou obscura, em outros.

Especificamente sobre o dolo eventual, e considerando-se que o vocábulo “risco” utilizado no art. 18, I, Código Penal Brasileiro, ali se encontra com sentido semântico de “perigo”, ou de “probabilidade”, deve-se definir – sempre sob a perspectiva de que disso haja potencial conhecimento do agente – a partir de qual momento a possibilidade passa a constituir probabilidade e a partir de qual a probabilidade se torna em mera possibilidade.

É plenamente possível que isso seja feito pelo senso comum do julgador, sendo imperioso, entretanto, que, mormente quando em desfavor do autor, tal não ocorra de forma a distorcer as disposições legais por razão de política criminal ou em atendimento ao clamor popular.

É excessivo afirmar-se que o resultado seja indiferente ao agente – é mais acertado levar em conta, e neste ponto se encontra uma forma menos subjetiva para aferição, que aquele que age com dolo eventual não deseja o resultado, mas não refreia sua ação, embora ciente de qual seja o desdobramento lógico ou extremamente provável desta.

Em termos práticos, na realidade brasileira, a zona cinzenta do que seja extremamente provável faz com que – exceto no caso do procedimento do Tribunal do Júri, em que a dúvida deve ser resolvida pelo conselho de sentença –, por aplicação do princípio *favor rei*, desdobrado em *in dubio pro*

reo, imponha-se ao juiz singular a decisão absolutória, ou desclassificatória, caso o fato seja previsto como crime culposos.

No que toca ao dolo eventual, tendo em vista haver no País um conceito positivado, imprescindível que, sem se abandonar contribuições doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras, toda e qualquer análise de sua ocorrência leve em consideração a necessidade de que seja respeitado o princípio da reserva legal.

Sem pretensão de esgotar o assunto, espera-se que o presente trabalho possa ampliar a discussão, pois, como em todos os campos do conhecimento, tão importante quanto desbravar novos horizontes pode ser questionar o que sempre se teve por verdadeiro, não necessariamente para que premissas sejam derrubadas, mas, pelo menos, devidamente explicadas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Crimes de Trânsito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito Penal de Trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César (coordenador). **Dolo e Direito Penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e Direito Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COLLANA TIMONE. **Elementi di Diritto Penale**. 17. ed. Napoli: Edizioni Giuridiche, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 277.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “Concurso de Normas” no Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coordenadores). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, M. Miguez. **O Direito Penal Passo a Passo**. Coimbra: Almedina, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio, Evangelista de. **Crimes de Trânsito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGALHÃES, Carolina Brandão. **Crimes de Trânsito: dolo eventual ou homicídio culposos?** Belo Horizonte:(s.e), 2006.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Método, 2013.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferre et alii. **Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O Futuro do Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. **Da “Tentativa Possível” em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PUPPE, Ingeborg. **A Distinção Entre Dolo e Culpa**. São Paulo: Manole, 2004.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VARGAS, José Cirilo de. **Do Tipo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DE SUA EFETIVIDADE¹

Ana Maria de Farias²

RESUMO: Análise da contribuição dos Juizados Especiais Cíveis para a promoção efetiva do acesso à Justiça, observando o êxito da experiência, as limitações do modelo atual bem como o afastamento da filosofia que norteou sua implantação. Busca-se, no presente artigo, descrever a evolução dessa instância de acesso à Justiça que culminou com sua extensão a outros âmbitos, como o estadual e o federal, por meio de apresentação dos resultados de pesquisas que permitiram traçar um perfil amplo de aspectos, como tipos de demanda e outros.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis.

SPECIAL CIVIL COURTS IN THE CONTEXT OF ACCESS TO JUSTICE: ANALYSIS OF THEIR EFFECTIVENESS

ABSTRACT: Contribution analysis of the Small Claims Courts for the effective promotion of access to justice, noting the success of the experiment, the limitations of the current model, as well as the departure from the philosophy that guided its implementation. Search in the present article is to describe the evolution of this instance of access to justice that led to its extension to other areas, such as state and federal, through presentation of research results that allowed tracing a wide profile of issues such as types of demand and others.

Keywords: Special Courts. Access to justice. Special civil courts.

1 Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil. 2013.

2 Graduada em Direito pelo UDF – Centro Universitário, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Analista de Finanças e Controle/CGU/Secretaria Federal de Controle/Coordenação Geral de Auditoria do Meio Ambiente. E-mail: ana.farias@cgu.gov.br.

1 ACESSO À JUSTIÇA

No Brasil, a necessidade de incrementar o acesso à Justiça se intensificou depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou direitos antes não reconhecidos. Isso gerou, nos cidadãos brasileiros, uma crescente necessidade de procurar a Justiça estatal para a efetivação desses direitos por meio da resolução de controvérsias.

O acesso à Justiça compreende a possibilidade concreta de ver a Justiça realizada para os jurisdicionados que a procuram e para a sociedade em geral. No Brasil, em que pese a implementação de políticas públicas para facilitar o acesso à justiça, verificam-se obstáculos em relação à promoção de acesso igualitário para todos.

É importante conceituar a expressão acesso à Justiça, visando dirimir dúvidas quanto a sua compreensão literal e específica. Alvim, em sua análise, entende o seguinte:

Acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de Justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer Justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.³

Os principais obstáculos para o acesso à Justiça, citados por Capelletti e Garth, são: as custas judiciais, a possibilidade das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.

Embora o Estado pague os salários dos juízes, do pessoal auxiliar e proporcione a estrutura física e outros recursos necessários aos julgamentos, as partes têm de suportar os demais custos do processo, incluindo honorários advocatícios e custas judiciais. A dificuldade de arcar com as custas judiciais é ainda maior se o valor da causa for de pequena

3 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça: acesso e decesso**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078/Justica-acesso-e-decesso>> Acesso em: 22 nov. 2010.

monta, além do que, por vezes, é necessário aguardar o deslinde da questão por vários anos.

A possibilidade das partes diz respeito às vantagens estratégicas de que gozam cada uma delas. Por exemplo: pessoas e organizações com mais recursos financeiros têm vantagens na proposição de demandas, uma vez que podem ser mais bem assistidas por profissionais do ramo jurídico. Também a diferença nos níveis de educação é determinante para o sucesso das partes, tendo em vista que o indivíduo mais esclarecido tende a reconhecer melhor seus direitos.

Outro ponto importante diz respeito à habitualidade ou eventualidade na proposição de demandas. Os litigantes habituais possuem mais experiência no manejo do Direito bem como obtêm ganho de escala, podendo diminuir os riscos da demanda em função do maior número de casos e testar estratégias de teses jurídicas prevalecentes.

Os interesses difusos, por representarem interesses fragmentados ou coletivos, tais como direito ao meio ambiente saudável, têm, em si mesmos, dificuldade de acesso. Isso porque, um indivíduo provavelmente não terá interesse suficiente para enfrentar sozinho uma demanda complicada, havendo dificuldade, também, de reunir todas as partes interessadas na demanda.

2 SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Capelletti e Garth, mundialmente a crescente positivação de direitos e a promoção do acesso à Justiça exigiram a necessidade de soluções, e três “ondas” orientaram as seguintes ações nesse sentido: criação de sistemas para proporcionar assistência judiciária aos pobres; promoção da representação dos interesses difusos, coletivos ou grupais e implementação de reformas nos procedimentos e na estrutura dos tribunais. Incluem-se, aí, modificações legislativas para prevenção de litígios e uso de meios alternativos de solução de controvérsias.

A primeira “onda” se concentrou em promover o acesso dos pobres à Justiça por meio da criação de diferentes sistemas, para lhes proporcionar a devida assistência judiciária. Países como Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental utilizam, para essa finalidade, o sistema *Judicare*, segundo o qual a assistência judiciária é direito de todos os cidadãos, devendo os advogados particulares serem pagos pelo Estado para atender os litigantes.

A segunda “onda” consistiu no esforço para dar representação aos interesses difusos, coletivos ou grupais e avançou mais nos Estados Unidos da América. Em sua concepção tradicional, o processo civil não deixava margem para a proteção dos interesses coletivos; a tutela dos interesses era direcionada às partes. Pode-se citar o instrumento *class action* americana como exemplo para a representação dos interesses difusos. Capelletti e Garth afirmam que a ação governamental para a promoção da representação dos interesses difusos não tem sido bem sucedida, pois os Ministérios Públicos estão geralmente vinculados a papéis tradicionais restritos. Assim, não são capazes de assumir com efetividade essa tutela, além de estarem sujeitos a pressões políticas.

A terceira “onda” de acesso à Justiça inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, quer por meio de advogados particulares ou públicos, e foi mais além: buscou a melhoria do conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos que fazem parte do sistema judiciário. Esse enfoque englobou a implementação de reformas nos procedimentos e na estrutura dos tribunais, assim como modificações legislativas para prevenir litígios ou facilitar a solução pelo uso de meios alternativos de solução de controvérsias, sem desconsiderar a adaptação do processo civil ao tipo de litígio.

3 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

Não há como dissociar o problema do acesso à Justiça no Brasil da crise vivenciada pelo Poder Judiciário frente à crescente demanda da sociedade pela efetivação dos novos direitos positivados, especialmente pela Constituição Federal de 1988.

A origem histórica do Sistema dos Juizados Especiais encontra-se na edição da Lei Federal nº 7.244/84, que criou Juizados de Pequenas Causas para julgamento de demandas de valor até 20 salários mínimos. A competência desses Juizados foi fixada, portanto, pelo critério do valor patrimonial da causa.

Apesar dos problemas de estrutura, os Juizados de Pequenas Causas incentivaram o cidadão brasileiro a procurar a Justiça estatal para resolução de seus conflitos, de forma mais acessível, com baixos custos e celeridade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, determinou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para conciliação, julgamento e execução de causas de menor complexidade, como forma de promover a celeridade e o acesso à Justiça. Para dar cumprimento a essa regra, foi editada a Lei Federal 9.099/95.

A Lei 10.529/01 deu mais amplitude de acesso aos Juizados Especiais ao instituir os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Abriu a possibilidade de inserção da Fazenda Pública nos polos das relações processuais que se desenvolviam perante o Sistema dos Juizados Especiais.

Posteriormente, ampliando ainda mais o acesso ao Sistema dos Juizados Especiais, editou-se a Lei 12.153/09, que versa sobre a criação e a estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios.

Aos Juizados Especiais são aplicáveis os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e da celeridade. Por meio da aplicação desses princípios, os Juizados vêm se aproximando cada vez mais da realidade social e, conseqüentemente, recepcionando um grande número de demandas. Marinoni expressou a seguinte opinião sobre os princípios aplicáveis aos Juizados:

Segundo prescreve o art. 2º da Lei 9.099/95, o procedimento nos Juizados Especiais deve pautar-se pelos critérios da 'oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação'. Todo o regime previsto nessa lei deve orientar-se por esses critérios, sob pena de comprometer o sistema como um todo. As regras dispostas, a respeito do procedimento exige que o intérprete que as examina tenha em mente tais princípios, pois somente assim, se poderá adequadamente lidar e manejar o poderoso instrumento previsto por essa Lei.⁴

Compete aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, por sua vez, processar e julgar as causas cíveis de menor complexidade, entendidas como aquelas cujo valor não ultrapassa 40 vezes o salário mínimo. Compete também a eles o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, II, do Código de Processo Civil (CPC) bem como de ação de despejo para uso próprio e ações possessórias sobre bens imóveis em valor que não exceda aos referidos 40 salários mínimos.

4 MARINONI; ARENHART. *Procedimentos Especiais*. *ibid.*, p. 199.

A conciliação foi notoriamente privilegiada nos Juizados Especiais, conforme Lei 9.099/95, estabelecendo a tentativa de conciliação como pressuposto necessário ao início da fase de instrução e julgamento.

Já aos Juizados Especiais Cíveis Federais, compete o processamento, a conciliação e o julgamento de todas as causas cíveis de competência da Justiça Federal, de valor igual ou inferior a 60 salários mínimos. Entretanto, excluem-se dessa competência: causas de estados estrangeiros e de organismos internacionais; causas fundadas em tratado ou contrato com estado estrangeiro ou organismo internacional; disputa sobre direitos indígenas; ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e de demarcação; ações populares e execuções fiscais por improbidade administrativa. Também se excluem da competência desses Juizados as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sobre bens imóveis da União, de autarquias e de fundações públicas federais, bem como as demandas para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal (salvo de natureza previdenciária e de lançamento fiscal), que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

O processo de criação dos Juizados Especiais se insere, essencialmente, na primeira onda, que buscou promover o acesso dos pobres à Justiça, por meio da criação de diferentes sistemas, para lhes proporcionar a devida assistência judiciária.

Mas a verdadeira filosofia de promoção de acesso à Justiça nunca propôs a liberação, generalizada e incondicional, do direito de ação nem foi incentivada a judicialização dos conflitos.

Desse modo, não cabe confundir acesso à Justiça com facilidade de litigar, uma vez que um processo tem inúmeras implicações econômicas e pessoais, devendo ser a ultima ratio.

A filosofia que norteou a criação dos Juizados Especiais se orientou para a Justiça participativa e a democratização do acesso, recepcionando a litigiosidade contida. Buscou-se, portanto, uma Justiça mais próxima do

povo e de suas necessidades, tanto que várias características incorporadas à Lei 9.099/95 apontam para esse tipo de solução, podendo-se citar: a busca da celeridade e da efetividade do processo; a jurisdição por equidade; a possibilidade de decisão de juiz leigo, *ad referendum* do magistrado; o rol dos auxiliares da Justiça incluindo os conciliadores e os juízes leigos; o afastamento da recorribilidade das decisões interlocutórias.

Tomando-se por base o relatório que expõe os resultados da pesquisa “Avaliação dos Juizados Especiais Cíveis”, desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), no período compreendido entre dezembro de 2004 e fevereiro de 2006, abrangendo os processos distribuídos no ano de 2002, é possível traçar um perfil da estrutura e da forma de atuação dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil.⁵

Embora haja números significativos acerca do atendimento realizado nos Juizados Especiais, não se pode fazer uma avaliação apenas quantitativa, tendo em vista que eles não significam oferecimento de prestação jurisdicional de qualidade.

À medida que os Juizados Especiais começaram a recepcionar a litigiosidade contida, houve uma projeção de expectativa de performance exitosa. No entanto, a realidade hoje encontrada frustra essas expectativas iniciais: deficiências estruturais e organizacionais e insuficiência de recursos humanos e materiais não têm permitido recepcionar, tempestiva e eficazmente, o afluxo crescente de processos. Assim, assiste-se a pautas sobrecarregadas e a um excesso de demora na resolução dos conflitos. Ainda há, também, mais demora no julgamento dos recursos, comprometendo a aplicação do princípio da celeridade.

Utilizando-se as conclusões da pesquisa “Avaliação dos Juizados Especiais Cíveis” bem como as do estudo “Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais”, verificam-se os seguintes pontos negativos na avaliação dos resultados dos Juizados Especiais Cíveis, em relação à filosofia que norteou a sua criação:

5 MJ. Ministério da Justiça. Diagnóstico dos juizados especiais. Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/co_ordjuzesp/ .../ diagnostico.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/co_ordjuzesp/.../diagnostico.pdf)> Acesso em: 20 jun.2013.

- a maior parte das demandas submetidas aos Juizados refere-se a relações de consumo, especialmente àquelas relativas a serviços de telecomunicações;

- o índice de acordos tem sido muito baixo, em torno de 20,9%, muito abaixo do que se supôs quanto à filosofia que rege os juizados especiais na audiência de instrução e julgamento;

- a duração dos processos, no que concerne ao conhecimento (distribuição, audiência de conciliação, audiência de instrução, sentença de mérito e interposição e julgamento de recurso), é, em média, 349 dias. No caso de haver execução de sentença, a duração será estendida para mais 300 dias, totalizando 649 dias;

- os processos submetidos aos Juizados Especiais Cíveis Federais versam, em sua maioria, sobre demandas previdenciárias, transformando a Previdência Social no maior cliente desse Juizado.

Diante do exposto acima, verifica-se que os Juizados Especiais Cíveis se especializaram na resolução de demandas de consumo, especialmente demandas relativas a empresas de telecomunicações. Entende-se que o Judiciário não pode ser o responsável pelo mau funcionamento de empresas privadas bem como pela sua falta de zelo no tratamento com clientes e parceiros, de modo que o poder público não pode arcar com o ônus da ineficiência do setor privado.

Outro ponto que subverte a filosofia dos Juizados é o baixo índice de acordos realizados, pois deveria a conciliação ser privilegiada, nessa esfera, para refletir uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Quanto à duração do processo, o prazo médio de 649 dias é muito extenso, considerando-se que, se houver recursos, esse prazo se estenderá ainda mais, comprometendo a aplicação do princípio da celeridade.

No que concerne ao número expressivo de demandas previdenciárias, o poder público não pode ser responsável pela ineficiência administrativa, pois muitas questões submetidas aos Juizados Especiais

Federais poderiam ser dirimidas no âmbito da própria Previdência Social. Com isso, não haveria a necessidade de procura por uma solução estatal, evitando-se a sobrecarga dessa via de acesso à Justiça.

Situação diferente dos pontos negativos citados acima é a oferta de Justiça estatal para as crises jurídicas relevantes, insuscetíveis de resolução por outros modos. Vê-se, portanto, como prejudicial ao sistema, o oferecimento do serviço estatal de forma banalizada.

Além disso, a Justiça oficial não deve ter muito presente seu papel, procurando não assumir, excessivamente, o protagonismo nas ocorrências impactantes que sucedem na vida em sociedade. Por exemplo, algumas ações não deveriam chegar de forma massiva ao Judiciário, como as causas previdenciárias e tributárias, as quais poderiam ser dirimidas diretamente no âmbito das Procuradorias Fazendárias.

Também não se pode esquecer que a massiva procura pela Justiça estatal sobrecarrega as Turmas Recursais e o próprio STF, que admite recurso extraordinário a partir de decisões daquelas instâncias.

No contexto da sociedade brasileira atual, em vez de uma solução adjudicada pelo Estado, a resolução dos conflitos por outros meios estimula a cidadania, uma vez que seu reconhecimento contribui para o efetivo acesso à Justiça. Comprovou-se que uma busca exagerada da Justiça estatal tem relação com o *déficit* de cidadania. Assim, faz-se uma associação direta entre a falta de cidadania e a procura desmedida pelo Judiciário nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Por outro lado, observa-se que, apesar das deficiências que apresentam, os Juizados Especiais Cíveis representam, sobremaneira, um canal de acesso à Justiça pelos cidadãos comuns. Entretanto, uma reforma deve ser implementada com o objetivo de aprimorar essa instância de acesso, corrigindo os desvios da filosofia que norteou sua criação. Essa proposta pode ser implementada por meio das seguintes ações de melhoria:

- aumento do número de acordos, fomentando o aperfeiçoamento de conciliadores e mediadores bem como consciência dos advogados sobre as vantagens de realização de acordos para o cliente;

- melhoria da infraestrutura física e humana para atender aos cidadãos;

- criação de Juizado especializado em demandas consumeristas;

- estimulação do uso de formas auto e heterocompositivas, especialmente nas instituições responsáveis pela maior carga de demandas, como as das empresas de telecomunicações e Previdência Social.

A implementação das medidas acima contribuiria para o aperfeiçoamento do sistema dos Juizados Especiais Cíveis. Cabe, portanto, aos poderes constituídos, o reconhecimento dos ganhos advindos da atuação dos Juizados Especiais na efetivação do acesso à Justiça bem como a consciências dos problemas apresentados desde sua criação. Desse modo, a atenção para os problemas apresentados permitirá corrigir o curso para que esses Juizados possam contribuir para um modelo efetivo de promoção do acesso dos cidadãos brasileiros à Justiça estatal.

4 CONCLUSÃO

No Brasil, não houve como dissociar essa necessidade da crise numérica vivenciada pelo Poder Judiciário, haja vista a crescente demanda da sociedade brasileira pela efetivação dos novos direitos positivados na Constituição Federal de 1988.

A crise numérica proporcionou um enfrentamento dos poderes públicos com o objetivo de diminuir o número dos processos judiciais, por meio, entre outras, das seguintes ações: gerenciamento massivo dos processos; uso de técnicas restritivo-obstativas; uso da jurisprudência dominante ou sumulada utilizada como filtro; súmula vinculante manejada de forma inadequada; judicialização pronta dos conflitos; excessiva compactação dos ritos e sumarização da cognição; restrições no âmbito das impugnações e supressão de recursos; trancamento liminar de ações replicadas em processos múltiplos e potencialização dos poderes do relator em detrimento do colegiado.

No entanto, esse enfrentamento se revelou equivocado em muitos pontos, gerando externalidades negativas, uma vez que foram atacadas as consequências e não as causas dos problemas.

A criação dos Juizados Especiais Cíveis se insere nesse contexto de enfrentamento. A finalidade foi ampliar o acesso à jurisdição, o que beneficiou, especialmente, os cidadãos mais pobres e pequenas empresas, tendo em vista que esses segmentos da sociedade enfrentavam obstáculos para proposição de suas demandas. Entre as dificuldades, citam-se: a impossibilidade de arcar com as custas judiciais; desvantagens entre as partes e falta de habitualidade em litígios.

Desse modo, se, por um lado, a criação dos Juizados Especiais Cíveis causou impactos positivos ao segmento da sociedade que tinha dificuldades de acesso à jurisdição; por outro, esses Juizados, segundo vozes da doutrina, foram utilizados como forma de resolver problemas do acúmulo de processos e como fator discriminatório, pois o reduzido valor econômico para uma pessoa pobre pode ser significativo em uma demanda.

À medida que os Juizados Especiais começaram a recepcionar a litigiosidade contida, criaram-se grandes expectativas de êxito. Mas a realidade tem trazido frustrações, pois foram identificadas deficiências estruturais e organizacionais bem como insuficiência de recursos humanos e materiais que não têm permitido recepcionar, tempestiva e eficazmente, o afluxo crescente de processos.

Verifica-se que, embora os Juizados Especiais Cíveis apresentem, hoje, várias dificuldades estruturais, ficou, entretanto, evidenciada uma melhoria efetiva na promoção e ampliação do acesso dos jurisdicionados à Justiça brasileira, especialmente aqueles mais carentes de recursos, quer técnicos, quer financeiros.

Conclui-se, portanto, que a criação dos Juizados Especiais Cíveis constituiu importante marco para a promoção do acesso à Justiça, especialmente para os mais humildes. Entretanto, seu funcionamento apresenta muitas falhas estruturais, o que exige reforma, especialmente no que concerne à cultura demandista da sociedade e à valorização de meios auto e heterocompositivos para a solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e decesso. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078/Justiça-acesso-e-decesso>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

_____. A oralidade processual e a construção da verdade jurídica. **Revista da SJRJ**, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades jurídicas*. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 2009; n. 4.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 30 de jun. 2013.

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

CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados especiais cíveis:** uma abordagem crítica à luz da sua principiologia. 2010. Disponível em: <www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4107> Acesso em: 20 jun. 2013.

FERREIRA, Rafael. **A efetividade processual e a sistemática executória no âmbito dos juizados especiais estaduais cíveis frente às reformas do CPC.** Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2739, 31 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18178>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

IPEA. Instituto de Pesquisa Aplicada. Relatório. **Acesso à Justiça Federal:** dez anos de juizados especiais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Ensaio sobre igualdade jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MJ. Ministério da Justiça. **Diagnóstico dos juizados especiais.** Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/.../diagnostico.pdf> Acesso em: 5 jul. 2013.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Jéssica C. Santiago Pereira. **Juizados especiais cíveis**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAEuYwAL/juizados-especiais-civeis>> Acesso em: 5 jul. 2013.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense, 2008.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Juizados especiais no Brasil**. 2008. Disponível em: <www.tjdft.jus.br > Acesso em: 2 jul. 2013.

O MANDADO DE INJUNÇÃO: ASPECTOS GERAIS E EFEITOS DA DECISÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016

Maria Carla de Avelar Pacheco¹

RESUMO: O tema do presente trabalho é a ação de mandado de injunção com foco em seus aspectos gerais conforme definição da Constituição Federal e de decisões do Supremo Tribunal Federal. Tal previsão processual foi trazida pela Constituição Federal de 1988 para servir como solução judicial para as omissões constitucionais em casos concretos por meio da possibilidade de regulamentação supletiva para os casos de inércia do órgão responsável. Neste artigo, adota-se a divisão clássica de Alexandre de Moraes para distinguir a evolução do mandado de injunção a partir das teorias não concretista, concretista geral e concretista individual. O objetivo do trabalho é esmiuçar os casos que representaram mudança de jurisprudência em relação aos efeitos das decisões em mandado de injunção, destacando-se as características da mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem como das definições trazidas pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Efeitos. Nova lei.

THE WRIT OF INJUNCTION: GENERAL ASPECTS AND EFFECTS OF THE DECISION IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT AND THE LAW Nº 13.300 OF JUNE 23, 2016

ABSTRACT: The theme of this work is the writ of injunction action, focusing on its general aspects as defined by the Federal Constitution and decisions of the Supreme Court. Such procedural mention was brought by the Federal Constitution of 1988 to serve as a judicial solution to the constitutional omissions in specific cases, through the possibility of supplementary legislation in the event of inertia of the governmental

1 Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público – IDP de Brasília. Advogada da União. E-mail: avelar.pacheco@gmail.com

agency. In this article, we adopt the classical division of Alexandre de Moraes to classify the evolution of the writ of injunction from his theories, including the non-concretist, general concretist and individual concretist theory. The objective of this work is to scrutinize the cases that accounted for judicial interpretation change regarding the effects of the decisions resulted of writs of injunction, highlighting the latest features jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, as well as the definitions introduced by Law No. 13,300 of June 23, 2016.

Keywords: Writ of injunction. Effects. New law.

1 INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal brasileira trata dos mais variados temas, abordando assuntos além dos básicos suscitados pelo constitucionalismo clássico, tais como direitos e garantias individuais e divisão de poderes. Por esse motivo, é classificada como analítica. Como todo texto constitucional analítico, o nosso tende a trazer normas com comandos programáticos, pois o problema da opção do constituinte pela falta de síntese está na obtenção de consenso sobre os vários temas tratados.

Assim é que foram inseridas na Constituição diversas normas de eficácia limitada, ou seja, por meio das quais foram estabelecidos direitos cujo exercício foi condicionado a futura norma infraconstitucional, que pode demorar muito tempo para ser elaborada. Nesse contexto, foi pensada a ação de mandado de injunção com o objetivo de efetivar no caso concreto² uma norma constitucional de eficácia limitada face à inércia de quem detém a competência para se manifestar³.

O artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal determina que será concedido mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de instrumento do processo constitucional voltado

2 Sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, meio pensado para suprir omissões legislativas em abstrato, e sua comparação com o mandado de injunção, ver MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 163-164.

3 FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante; ALVES, Cristiane Paglione. Mandado de Injunção na visão do Supremo Tribunal Federal. In: Rafael de Lazari; Luiz Henrique Barbante Franzé. (Org). **Estado e indivíduo: estudos sobre intervencionismo estatal**. Curitiba: CRV, 2015, p. 17-18.

para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório⁴.

Por ser novidade no ordenamento jurídico introduzida em 1988⁵ e por constar de dispositivo dos mais vagos da Constituição Federal⁶, esse remédio constitucional foi recebido com certa perplexidade pela comunidade jurídica à época e, com o tempo, revelou-se instrumento de muitas possibilidades⁷.

De início, foi preciso que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre sua aplicabilidade. Já na primeira ação dessa espécie a ser analisada por aquela Corte, foi suscitada questão de ordem resolvida por decisão de que o mandado de injunção é “autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber”⁸.

A normatização específica sobre o mandado de injunção surgiu recentemente, por meio da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que “disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências”.

Com a edição da Lei nº 13.300/2016, está estabelecido, em seu artigo 14, que “aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 543.

5 Novidade, inclusive, no sentido de que se trata de uma criação original brasileira, sem similar no mundo ocidental. Sobre o assunto e a injunção no direito comparado, ver MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 165-167.

6 SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular** : as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 276.

7 **Manifestação do Procurador-Geral da República no MI 4733 AgR**, p. 5. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 jul. 2016.

8 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 23/11/1989, publicada em 21/09/1990, Tribunal Pleno. Após esse julgamento, foi publicada a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que prevê expressamente em seu artigo 24 que no mandado de injunção “serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046”.

Uma diferença notável entre o mandado de segurança e o mandado de injunção se deve à impossibilidade de se implementar liminar neste, de acordo com pronunciamentos reiterados do Supremo⁹. Antes da edição da lei, entendia-se, como explica Costa, que descabia “a interposição de agravo regimental contra despacho que indefere a medida cautelar bem como o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de liminar (...)”¹⁰.

A nova lei silenciou sobre a possibilidade de cabimento de liminar em mandados de injunção. Contudo, sobre a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão do relator que indeferir a petição inicial, houve alteração do entendimento anteriormente adotado. Com a edição da Lei nº 13.300/2016, deve-se atentar para o parágrafo único do artigo 6º, segundo o qual “da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração. ”

Quanto à finalidade, o mandado de injunção teve seus objetivos bem delineados no artigo constitucional que o prevê. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa esse remédio ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Os seus requisitos são: 1) falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão legislativa); 2) impossibilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (nexo de causalidade entre a omissão legislativa e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa).

Há divergência sobre o que se deve entender pela expressão “direitos e liberdades constitucionais”. Uma primeira corrente entende envolver a

9 _____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Injunção nº 542**, Relator Ministro Celso de Mello. Cautelar julgada em 21/10/1996, publicação em 05/11/1996, decisão monocrática. O Ministro Celso de Mello registrou que “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a natureza da decisão injuncional (RTJ 133/11, Rel. Min. MOREIRA ALVES) - tem reputado incabível, em sede de mandado de injunção, a outorga de providência de natureza cautelar, especialmente quando o alcance desta ultrapassa os limites em que se deve conter o pronunciamento final do órgão judiciário (MI 335-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Indefiro, pois, o pedido de medida liminar.”

10 Costa, Aldo de Campos. **O mandado de injunção na jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-21/toda-prova-mandado-injuncao-jurisprudencia-Supremo-stj>. Acesso em: 27 jan. 2016.

cláusula tanto os direitos constitucionais individuais como os coletivos, os políticos, os econômicos e os culturais. Um segundo posicionamento entende por direitos e liberdades constitucionais apenas as clássicas declarações de direitos individuais. Por fim, uma terceira compreensão aponta como objeto do mandado de injunção todos os direitos assegurados na Constituição.¹¹

Da definição da finalidade, passa-se à definição do objeto do mandado de injunção, bem explicado em livro de Silva¹²:

Daí seu objeto: assegurar o exercício (a) de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de liberdade constitucional, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente, de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: 'garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias'; (c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas; soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos; a lei prevista no art. 5º, LXXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.2.1996.

Quanto à omissão do Poder Público, ela deve dizer respeito às previsões constitucionais que dependem de atuação legislativa ulterior para garantir a sua aplicabilidade. Inclusive, a jurisprudência do Supremo se firmou no sentido de que a edição do diploma reclamado pela

11 Costa, Aldo de Campos. **O mandado de injunção na jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-21/toda-prova-mandado-injuncao-jurisprudencia-Supremo-stj>. Acesso em 27 de janeiro de 2016.

12 **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição. São Paulo; Malheiros, 2004. p. 447.

Constituição leva à perda do objeto do mandado de injunção¹³. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa que necessitem ser preenchidas por outros atos, também normativos. Por esse motivo, registra Moraes¹⁴,

[n]ão caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação ‘mais justa’ da lei existente.

Tampouco será dado seguimento a mandado de injunção que busque a integração de norma infraconstitucional, pois o objetivo dessa ação é garantir a efetividade da Constituição. Somente a ausência de norma regulamentadora para dotar de eficácia preceito constitucional viabiliza a utilização dessa ação¹⁵.

Quanto à legitimidade para o ajuizamento do mandado de injunção, qualquer pessoa poderá ser autora da ação, desde que se encontre em situação em que o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição. Nos exatos termos da Lei nº 13.300/2016, “são legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º (...)” (artigo 3º).

Anote-se que, apesar de não constar no texto constitucional, sempre se entendeu possível o mandado de injunção coletivo¹⁶, tendo sido reconhecida sua legitimidade para os mesmos legitimados para o mandado de segurança coletivo (partido político com representação no

13 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 3709 AgR**, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, publicado em 12/02/2015. De toda forma, a Lei nº 13.300/2016 disciplinou o tema no parágrafo único do artigo 11, segundo o qual “estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”.

14 **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 155.

15 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 6384 ED**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, publicado em 03/10/2014.

16 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 361**, Relator Ministro Néri da Silveira, Relator para o Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, publicado em 17/06/1994.

Congresso Nacional, entidade de classe, organização sindical e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano). Com a edição da Lei nº 13.300/2016, ficou sedimentada de vez essa possibilidade, nos termos dos artigos 12 e 13¹⁷, que acrescentou ao rol dos legitimados citados o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Sobre a autoridade coatora, ou a legitimidade para figurar no polo passivo da ação, esse deverá ser ocupado por pessoa a quem possa ser imputado o dever jurídico de emanção de provimentos jurídicos. Ou seja, apenas pessoas estatais têm legitimidade passiva em processo injuncional, pois “[s]omente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional”¹⁸. Nos exatos termos da Lei nº 13.300/2016, pode figurar como impetrado no mandado de injunção “o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora” (artigo 3º).

Finalmente, quanto à competência para o julgamento do mandado de injunção, essa se firma não em razão da matéria, mas, sim, da autoridade coatora, isto é, a pessoa a quem caiba a edição do diploma legal regulamentador¹⁹. Sobre o tema, pode ser dito que o processo e julgamento do mandado de injunção:

17 Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

18 Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156.

19 Costa, Aldo de Campos. **O mandado de injunção na jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-21/toda-prova-mandado-injuncao-jurisprudencia-Supremo-stj>. Acesso em 27 de janeiro de 2016.

a) Compete ao Supremo Tribunal Federal²⁰, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

b) Compete ao Superior Tribunal de Justiça²¹, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

c) Compete ao Tribunal Superior Eleitoral²², em grau de recurso, quando o mandado de injunção tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Note-se que a lei poderá, respeitadas as hipóteses expressamente definidas na Constituição, regulamentar a competência remanescente para outros casos.

Percebe-se que pouco foi definido pela Constituição Federal sobre o mandado de injunção. As dúvidas surgidas ao longo do tempo foram sanadas por meio da aplicação do tratamento conferido pelas normas relativas ao mandado de segurança ou por meio de interpretação judicial. Várias questões de alto relevo sobre o tema foram definidas por meio de interpretação judicial no decorrer dos anos. A que teve mais repercussão sobre o restante do ordenamento jurídico diz respeito aos efeitos da decisão em uma ação injuncional.

2 EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os efeitos da decisão em mandados de injunção mudaram com o tempo, segundo interpretação do Supremo. Desde (1) uma primeira jurisprudência modesta – que o equiparava, quanto aos efeitos, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do artigo 103 da Constituição), para autorizar apenas a comunicação da mora legislativa

20 Artigo 102, inciso I, alínea *q*, da Constituição Federal.

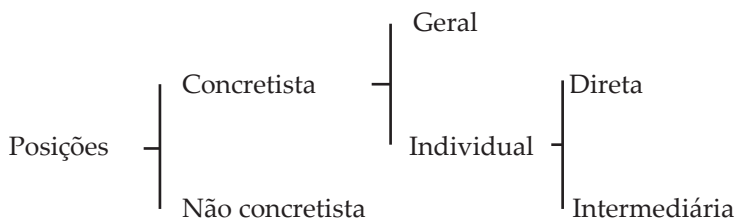
21 Artigo 105, inciso I, alínea *h*, da Constituição Federal.

22 Artigo 121, § 4º, inciso VI, da Constituição Federal.

para regulamentação do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional carente de norma regulamentadora²³, passando (2) pela fixação de prazo ao responsável para que editasse a norma²⁴ e chegando (3) à efetiva regulamentação da situação, o Supremo soube fazer do mandado de injunção ferramenta de concretização constitucional²⁵.

De modo geral, afirma-se que há as seguintes posições doutrinárias sobre os efeitos de uma decisão em mandado de injunção: 1) concretista geral; 2) concretista individual, que se subdivide em direta e intermediária e; 3) não concretista.

Segundo quadro didático de Moraes²⁶:



A posição não concretista consiste em defender que o Judiciário apenas decreta a inércia do Poder omissor, apontando a mora e recomendando que a supra; ou seja, os efeitos do mandado de injunção,

23 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 107**, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, publicado em 02/08/1991.

24 No MI 283 (Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, publicado em 17/11/1991), consta da ementa o seguinte: "(...) 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável".

25 **Manifestação do Procurador-Geral da República no MI 4733 AgR**, p. 5. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 jul. 2016.

26 **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 158.

para quem adota essa posição, seriam os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A posição concretista individual direta consiste em defender que se decida sobre o pedido do requerente da ação e se permita o exercício do direito ou garantia constitucionalmente previstos. A decisão, nesse caso, teria eficácia para o autor do mandado de injunção, diretamente.

Já a posição concretista individual intermediária, consiste em defender que se deva, primeiro, comunicar o Poder omissor para que ele, exercitando sua competência, faça norma regulamentadora; em seguida, porém, não sendo sanada a omissão em prazo acertado na decisão, defende-se que o Poder Judiciário poderia dispor a respeito da situação do requerente – e apenas dele – no caso concreto.

Por fim, a posição concretista geral consiste em defender que a decisão judicial legisle no caso concreto e produza efeitos *erga omnes* até o advento da regulamentação pleiteada. Interessante notar que, inicialmente, havia considerável rejeição a esse posicionamento, como se observa da seguinte leitura:

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes* estaria ‘o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes’²⁷.

O Supremo inicialmente adotou a posição não concretista, apesar de ter havido vozes discordantes sobre o tema desde o início dos julgamentos de ações desse tipo. Foi o caso do Ministro Carlos Velloso, de quem se transcreve trecho de voto em mandado de injunção julgado em 21/11/1990²⁸:

Divirjo, portanto, data vênia, do entendimento segundo o qual com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão: procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar

27 Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160, citando o voto do Ministro Moreira Alves no julgamento do MI 107.

28 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 107**, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, publicado em 02/08/1991.

a norma regulamentadora de que está ele omissa. Esse entendimento, data vênia, esvazia a nova garantia constitucional do mandado de injunção, que tem por escopo, segundo está na Constituição, art. 5º, LXXI, viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Muitas críticas foram feitas à adoção da teoria não concretista, com base em dois argumentos principais: em primeiro lugar, na incoerência de que o constituinte tenha previsto duas ações para atingir o mesmo resultado, e; em segundo lugar, na ineficácia dessa decisão para o cidadão interessado, já que o simples alerta de morosidade à autoridade competente não é suficiente para solucionar o problema do caso concreto²⁹.

A ideologia política por trás da teoria então adotada era de que, se o Supremo estabelecesse limites legais para a concretização do direito do autor do mandado de injunção, estaria, então, invadindo competência de quem a detivesse para legislar no caso. Ultrapassaria, portanto, os limites da separação dos Poderes, fundamental em uma democracia. A crítica a esse pensamento, nas palavras de Falcão³⁰, vem de que não há invasão de competências quando a própria Constituição manda que, se um Poder não cumpre a obrigação de decidir, outro o faça. Segundo o renomado autor:

Em nome da separação dos Poderes, o Supremo não quer legislar, contudo legisla de qualquer maneira. A Constituição, por exemplo, não manda o Supremo declarar o Congresso em mora, nem suspender processos judiciais e administrativos, nem conceder prazo para outros Poderes cumprirem obrigações, como fez em outros mandados de injunção. Nem a Constituição, código ou lei nenhuma. Mesmo assim o Supremo estabeleceu normas.

(...)

Infelizmente, com essa interpretação da separação dos Poderes, o Supremo impede que os mandados de injunção concretizem direitos e liberdades individuais.

E se o Congresso nada decidir? (...). Quem vai garantir nossos direitos? O Supremo lava as mãos? Para que serve então a separação dos Poderes se não viabiliza as liberdades? A separação não é um fim em si mesmo. É um meio para assegurar liberdades.

Algo está errado. Não apenas com o Congresso omissa. Mas também

29 SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. **A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 8, nº 1, jan./jul. 2015, p. 121.

30 FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 156-157.

com uma doutrina jurídica que interpreta a separação dos poderes de tal modo que a inutiliza³¹.

Com o tempo, a teoria não concretista perdeu força e, a partir do ano de 2007, o Supremo iniciou processo de alteração de orientação jurisprudencial no sentido da aplicação da posição concretista geral, com as decisões proferidas nos Mandados de Injunção de número 670, 708 e 712, referentes ao direito de greve dos servidores públicos civis.

3 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA

A Constituição Federal reconhece expressamente o direito de greve aos servidores públicos civis (artigo 37, inciso VII).

O primeiro julgamento do Supremo sobre o direito de greve dos servidores públicos civis data de 1994: no MI 20³² foi decidido que esse direito não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, pois o preceito constitucional que o reconheceu careceria de autoaplicabilidade.

Já no ano de 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção de número 670, 708 e 712, ante a falta de norma regulamentadora, o Plenário do Supremo determinou, por unanimidade, a aplicação da legislação do direito de greve dos trabalhadores em geral para todos os servidores públicos civis. O direito de greve dos trabalhadores em geral, assegurado pelo artigo 9º da Constituição, encontra-se regulamentado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que, entretanto, não era aplicável aos servidores públicos civis.

Inicialmente, portanto, o Supremo entendeu que a regra do artigo 37, inciso VII, era provida de eficácia limitada, ou seja, que sua aplicabilidade

31 Idem, ibidem, p. 157-158.

32 Brasil. Supremo Tribunal Federal. MI 20, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, publicado em 22/11/1996. Consta na ementa: “O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de autoaplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional”.

dependeria da edição de lei. Com os julgamentos dos Mandados de Injunção de número 670, 708 e 712, o Supremo passou a decidir pela aplicação da Lei nº 7.783/89 para suprir a omissão legislativa referente ao direito de greve dos servidores públicos civis³³.

Em outras palavras, cuidou-se de enunciar o texto normativo faltante para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve de todos os servidores públicos civis.

Destaque-se que a própria Lei nº 7.783/89 determina que “Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido” (artigo 16). A despeito dessa clara determinação legislativa no sentido de que essa lei não fosse aplicada aos servidores públicos, o Supremo terminou por definir-se em sentido contrário.

Em casos como esse do direito de greve dos servidores públicos, entendem alguns que estaria o Poder Judiciário atuando diante da omissão dos demais poderes. Essa é a opinião do Ministro Gilmar Mendes, registrada no julgamento do MI 670, segundo o qual:

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

E em seu livro:

De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV)³⁴.

33 Por todos, MI 712, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, publicado em 31/10/2008. Ementa: “(...) Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil”.

34 Mendes, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1216.

Assim, o Supremo, afastando-se da orientação adotada inicialmente no sentido de limitar a declaração de existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora, passou a regular ele mesmo a lacuna. Para tanto, precisou definir aspectos que não possuíam qualquer correspondência com a greve da iniciativa privada, como o foro para apreciação de eventual dissídio instaurado entre os servidores grevistas e a Administração Pública.

Recentemente, em Informativo do Supremo,³⁵ foi noticiado o início de julgamento de recurso extraordinário³⁶ em que se discute a possibilidade de desconto, nos vencimentos dos servidores públicos, dos dias não trabalhados em razão do exercício do direito de greve. É sabido que, para os trabalhadores em geral, a greve suspende o contrato de trabalho e as relações obrigacionais dele decorrentes serão objeto de acordo³⁷, inclusive o pagamento do salário. A questão colocada é se a mesma regra se aplica aos servidores públicos.

Explica-se: uma vez definido pelo Supremo que se aplica a legislação do direito de greve dos trabalhadores em geral para todos os servidores públicos civis, aconteceu uma situação concreta em que a Administração Pública procedeu ao desconto dos dias não trabalhados em razão de greve. Levada a discussão sobre a legalidade dessa conduta para o Supremo, o julgamento ainda está em curso, mas com pelo menos um voto já no sentido da impossibilidade do desconto para os servidores. Leia-se parte da transcrição do Informativo quanto ao voto do Ministro Edson Fachin:

Como a greve seria o principal instrumento de reivindicações civilizatórias da classe funcional pública diante do Estado, a suspensão do pagamento da remuneração dos servidores tocaria a essencialidade do direito em debate. A adesão de servidor a movimento grevista não poderia representar uma opção economicamente intolerável ao próprio servidor e ao respectivo núcleo familiar. Ademais, consoante os citados precedentes, dever-se-ia aplicar, no que coubesse, a legislação incidente à classe trabalhadora privada, uma vez ainda inexistente

35 Informativo nº 797, de 31 de agosto a 4 de setembro de 2015, publicado em <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

36 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 693456/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, 2 de setembro de 2015. O julgamento encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro Roberto Barroso (Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4255687>. Acesso em: 29 jun. 2016).

37 Artigo 7º da Lei nº 7.783/89: “Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho”.

regulamentação específica no tocante ao setor público. Contudo, não seria simétrica a lógica da greve nas relações trabalhistas privadas com o ambiente do serviço público. Seria necessário evitar transposições que não atendessem a essa diferenciação.

Dessa forma, apesar de o Supremo ter definido nova jurisprudência quanto ao direito de greve dos servidores desde o ano de 2007, até hoje ainda há questões quanto ao alcance dessa nova definição. E o advento da Lei nº 13.300/2016 não tende a solucionar esse problema específico dos efeitos da decisão em mandado de injunção, como se explicará mais à frente.

Por ora, ainda sobre as alterações da jurisprudência do Supremo sobre o tema, outro assunto que provocou nova mudança jurisprudencial trata do direito do servidor público a aposentadoria especial.

4 O DIREITO DO SERVIDOR PÚBLICO A APOSENTADORIA ESPECIAL E NOVA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O artigo 40 da Constituição Federal dispõe sobre o regime de previdência dos servidores públicos. Em seu § 4º, veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata o artigo 40, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos dos servidores: I – portadores de deficiência; II – que exerçam atividade de risco, e; III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Seria necessária, portanto, a edição de leis complementares para que fossem adotados requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores que se encaixem nas situações especiais descritas no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Essa exigência foi criada pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. A redação anterior constava no § 1º do artigo 40 da Constituição Federal e assim dizia: “Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”. Interpretando essa norma, o Supremo decidiu que a edição dessa lei complementar consistia em mera faculdade conferida ao legislador e, portanto, a norma não gozava de autoaplicabilidade³⁸.

38 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 444 QO**, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/1994, publicado em 04/11/1994.

Posteriormente, no ano de 2007, decidindo sobre mandado de injunção referente a aposentadoria especial já à luz do texto do artigo 40, § 4º, trazido pela Emenda Constitucional nº 47/2005, o Supremo passou a entender que, diante da omissão do legislador para regulamentar o tema, poderia ser determinada judicialmente a adoção da disciplina própria dos trabalhadores em geral.

Transcreve-se trecho de ementa do acórdão que inaugurou o novo posicionamento do Supremo sobre o assunto:

(...) APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91³⁹.

Após essa decisão, muitas outras foram tomadas no mesmo sentido⁴⁰.

O que o Supremo fez nesses casos foi reconhecer a mora do Presidente da República para regulamentar um dado inciso do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal e determinar que a Administração Pública analisasse o requerimento de aposentadoria especial formulado por servidor público com base nos requisitos e critérios previstos no Regime Geral de Previdência Social⁴¹.

O que o Supremo entende é que a decisão concessiva da ordem no mandado de injunção deve limitar-se à determinação da norma regulamentadora de direito constitucional aplicável ao caso concreto, sem, no entanto, abordar o efetivo preenchimento dos requisitos legais para a concessão da aposentadoria especial, os quais devem ser verificados pela autoridade administrativa competente⁴².

39 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 721**, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, publicado em 30/11/2007.

40 Exemplos: **MI 758**, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2008, publicado em 26/09/2008; **MI 788**, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, publicado em 08/05/2009; **MI 795**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, publicado em 22/05/2009.

41 Especificamente no artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral.

42 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 6326 AgR**, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/2015, publicado em 17/09/2015.

Esse novo entendimento jurisprudencial suscita ainda mais polêmica do que a questão do direito de greve dos servidores públicos civis.

As particularidades do Regime Próprio e do Regime Geral da Previdência Social relativamente a idade e tempo de contribuição – tratadas de forma peculiar em cada um desses regimes –, e do caráter contributivo, com vistas à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário e à exigência do prévio custeio dos benefícios concedidos, são exemplos concretos da dificuldade de se adotar os dispositivos da Lei nº 8.213/91 como parâmetro.

No caso dos servidores portadores de deficiência, o inciso I do § 4º do artigo 40 da Constituição dispõe que esses têm direito à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, nos termos de lei complementar.

Como tal ato normativo nunca foi editado, o Supremo definiu, em um primeiro momento da nova jurisprudência adotada, que deveriam ser utilizados os critérios da Lei nº 8.213/91 com relação ao período anterior à entrada em vigor da LC nº 142/2013⁴³, e do disposto na referida Lei Complementar, no que se refere ao período posterior⁴⁴. Mais recentemente, há decisões no sentido de que deve ser aplicada a LC nº 142/2013 sempre⁴⁵, não se revelando coerente, após a edição de lei específica, a utilização de lei geral⁴⁶.

Sobre o assunto, o Procurador-Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 32⁴⁷) buscando a regulamentação, por meio de Lei Complementar, do inciso I sob análise.

43 **Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013**, que regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS.

44 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 2752 AgR**, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2014, publicado em 16/12/2014.

45 Por exemplo: **MI 6318**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 04/02/2016, publicado em 10/02/2016, e; **MI 6455**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 06/11/2014, publicado em 02/02/2015.

46 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 6537**, Relator Ministro Edson Fachin, decisão monocrática de 01/03/2016, publicada em 04/03/2016.

47 Atualmente, os autos do processo encontram-se conclusos à Relatora, Ministra Rosa Weber, com informações prestadas pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional e manifestação do Advogado-Geral da União (fonte: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4739282>. Acesso em: 29 jun. 2016).

Quanto aos servidores que exerçam atividade de risco, o inciso II do § 4º do artigo 40 da Constituição dispõe que esses têm direito à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, nos termos de lei complementar.

Como tal ato normativo nunca foi editado, o Supremo definiu que deveriam ser utilizados os critérios do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

No caso específico do servidor público policial, o Supremo não reconhece omissão legislativa, tendo em vista a existência da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, que “dispõe sobre a aposentadoria do servidor público policial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal”. Diversos mandados de injunção já foram impetrados buscando-se a aplicação da Lei nº 8.213/91 a servidores policiais, em vão, pois o Supremo considera que “o reconhecimento da existência e da aplicabilidade de norma infraconstitucional regulamentadora do direito constitucional pleiteado evidencia o não cabimento do mandado de injunção, por inexistir omissão legislativa inviabilizadora do exercício de direito constitucionalmente assegurado”⁴⁸.

Com o tempo, o Supremo teve que definir caso a caso o que considera como atividade de risco, tendo diversos mandados de injunção sido impetrados por oficiais de justiça e servidores do Judiciário e do Ministério Público com atribuições relacionadas à segurança, sob o argumento de que exerciam esse tipo de atividade. O Supremo tem se visto obrigado a denegar a ordem nesses casos, alegando que somente há omissão inconstitucional quando o risco seja inequivocamente inerente ao ofício. Confira-se:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. OFICIAIS DE JUSTIÇA E SERVIDORES DO JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO COM ATRIBUIÇÕES RELACIONADAS À SEGURANÇA. ALEGADA ATIVIDADE DE RISCO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ORDEM DENEGADA. 1. Diante do caráter aberto da expressão atividades de risco (art. 40, § 4º, II, da Constituição) e da relativa liberdade de conformação do legislador, somente há omissão inconstitucional quando a periculosidade seja inequivocamente inerente ao ofício. 2. A eventual exposição a situações de risco – a que podem estar sujeitos os servidores ora substituídos e, de resto, diversas outras categorias – não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial. 3. A percepção de gratificações ou adicionais de periculosidade, assim como o porte de arma de fogo,

48 Brasil. Supremo Tribunal Federal. **MI 2286 AgR**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, publicado em 28/03/2011.

não são, por si sós, suficientes para reconhecer o direito à aposentadoria especial, em razão da autonomia entre o vínculo funcional e o previdenciário. 4. Voto pela denegação da ordem, sem prejuízo da possibilidade, em tese, de futura lei contemplar a pretensão das categorias representadas pela impetrante.

(MI 844, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator para o Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2015, publicado em 30/09/2015).

Por fim, quanto aos servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o Supremo editou o 33º Enunciado da Súmula Vinculante do Supremo, com a seguinte redação: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”.

Esse enunciado possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme o *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal⁴⁹.

5 EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016

A Lei nº 13.300/2016 foi pensada como instrumento de efetividade em casos concretos das normas constitucionais de eficácia limitada e definiu expressamente os possíveis efeitos da decisão. Segundo o artigo 8º, reconhecido o estado de mora legislativa, será concedida a ordem para: I) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, e; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Ainda, restou previsto no parágrafo único do artigo 8º que será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado

49 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Da leitura do artigo 8º conclui-se, portanto, que, verificada em um primeiro caso a mora do impetrado para a edição de determinada norma regulamentadora, a decisão judicial será pela determinação de prazo para que o impetrado providencie a edição (inciso I). A lei não limitou o prazo a ser estabelecido, mas apenas determinou que deverá ser “razoável”. Os critérios para a definição de razoabilidade do prazo serão definidos judicialmente.

Vencido o prazo determinado sem que tenha sido suprida a omissão legislativa, a decisão judicial será pelo estabelecimento das condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, das condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los (inciso II).

A Lei nº 13.300/2016, portanto, não resolve o problema das indefinições geradas por decisões judiciais que precisam suprir as omissões legislativas. Conforme a lei determina, a omissão será suprida, seja pelo próprio impetrado, seja pela decisão judicial mesmo, que estabelecerá as condições para o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas. Se a solução para a falta de norma regulamentadora vier da decisão judicial, porém, o tribunal competente deverá optar pela adoção de lei análoga ao caso concreto ou pela adoção de critérios únicos para aquele caso, ou por alguma solução que combine essas duas.

De toda forma, a solução escolhida poderá gerar dúvidas e descortinar problemas quando da aplicação da decisão na prática, como ocorre com as decisões sobre direito de greve citadas acima, que, passados quase dez anos desde a mudança de jurisprudência sobre o tema, ainda provocam incertezas.

Quanto à eficácia subjetiva das decisões, de acordo com o texto da nova lei, em regra, a decisão gerará efeitos limitados às partes, podendo ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (*caput* e § 1º artigo 9º).

Além disso, transitada em julgado a decisão, por decorrência do princípio da isonomia, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator (§ 2º do artigo 9º).

6 CONCLUSÃO

O mandado de injunção, como informado no início, foi novidade no ordenamento jurídico em 1988, tem previsão em dispositivo bastante vago e precisou ter seus contornos definidos com o tempo. Até hoje ainda passa por alterações e novas interpretações conferidas pelo Supremo.

Nos casos dos objetos de mandado de injunção aqui analisados – direito de greve dos servidores públicos civis e aposentadoria especial dos servidores públicos – observa-se a evolução da jurisprudência do Supremo com relação aos efeitos da decisão em uma ação injuncional.

Em sua jurisprudência mais recente, o Supremo adota com relação ao mandado de injunção posição concretista, geral ou individual direta, a depender do caso. No caso do direito de greve, foi adotada a posição concretista geral. Já no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, tem sido adotada a posição concretista individual direta.

O motivo para a diferença parece estar em que o exercício do direito carente de regulamentação pode ter definição individualizada ou pode ultrapassar as partes componentes do feito para atingir a todos que estejam na mesma situação do impetrante do *writ*⁵⁰. Entende-se que, no caso do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, o regramento definido por meio de mandado de injunção deverá atender às condições pessoais do peticionário, de modo que, em princípio, não seria possível estender as condições definidas a qualquer cidadão que o deseje, razão pela qual as decisões dessas ações têm efeitos *inter partes*.

Já no caso do direito de greve dos servidores, o exercício desse direito não vai variar de acordo com peculiaridades individuais. Pelo contrário, o regramento do exercício do direito de greve deve mesmo ser geral e o efeito dessa decisão em mandado de injunção terá, de fato, caráter *erga omnes*.

50 Sobre o assunto, ver BRITO, Thomás Luz Raimundo. **Mandado de injunção**: a decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015, p. 93.

Qualquer variação da teoria concretista traz diversas dificuldades para o julgador, como se constatou da jurisprudência analisada. São inúmeros os casos em que se entende que o Supremo resolveu definitivamente uma questão, até que a aplicação da decisão na prática gere dúvidas e se perceba que a lacuna legislativa não se preenche com facilidade por meio de decisões judiciais.

As dificuldades também existem para os jurisdicionados, inclusive para a Administração Pública, que sofrem com a insegurança decorrente de decisões judiciais inovadoras.

De toda forma, o trabalho foi proposto com a finalidade de estudo dos aspectos procedimentais do mandado de injunção e as definições trazidas por decisões judiciais que completaram a compreensão da ação injuncional trazida pela Constituição Federal de 1988, com análise dos casos emblemáticos que representaram mudança de jurisprudência quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção, complementada com a recente edição de lei disciplinadora do processo e julgamento dos mandados de injunção.

A conclusão do estudo é que essa complementação judicial feita desde 1988 foi mesmo necessária, tendo em vista que a Constituição previu o mandado de injunção de forma extremamente modesta. Contudo, deve ser analisada com senso crítico a tendência mais recente do Supremo de regular os efeitos do mandado de injunção, em certos casos, inclusive, inovando no ordenamento jurídico. Ao menos agora, com a Lei nº 13.300/2016, essa regulação tem previsão legal e limites definidos.

De fato, a Lei nº 13.300/2016 representa um avanço significativo no ordenamento jurídico pátrio, não apenas por disciplinar pela primeira vez o processo e julgamento de ação constitucional, mas também por regular os limites das funções legislativa e jurisdicional em casos de omissão daquelas.

Além de agora restarem definidas em lei a eficácia subjetiva e os efeitos da decisão do Poder Judiciário em mandados de injunção, a sua eficácia temporal também recebeu tratamento e foi limitada, uma vez que deixará a decisão judicial de ter efeitos tão logo seja regulamentada

a norma faltante. Nas palavras do Ministro Teori Zavaski, em discurso na cerimônia de sanção da nova lei: “Está nascendo um diploma normativo que, além de agregar técnicas processuais modernas e ágeis, reveste-se do mais alto significado jurídico e institucional, porque também é um passo adiante na adequada demarcação dos sempre sensíveis domínios entre as funções legislativa e jurisdicional”⁵¹.

REFERÊNCIAS

BRITO, Thomás Luz Raimundo. **Mandado de injunção**: a decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa. Porto Alegre; Núria Fabris, 2015.

COSTA, Aldo de Campos. **O mandado de injunção na jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-21/toda-prova-mandado-injuncao-jurisprudencia-Supremo-stj>. Acesso em: 27 jan. 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante; ALVES, Cristiane Paglione. Mandado de Injunção na visão do Supremo Tribunal Federal. In: Rafael de Lazari; Luiz Henrique Barbante Franzé. (Org). **Estado e indivíduo**: estudos sobre intervencionismo estatal. Curitiba: CRV, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba; Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

51 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319627>, acessado em 29 de junho de 2016.

^SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção**, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. **A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 8, nº 1, jan./jul. 2015, p. 116-132.