

ORGANIZADORES

Ana Lúcia Ribeiro Mól
Rita Edite Lopes Borges
Wilson Medeiros Pereira



DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI

VOLUME III - DIREITO PÚBLICO

EDITORA

Unimontes

**DESAFIOS
DO DIREITO
NO SÉCULO XXI**

VOLUME III - DIREITO PÚBLICO

Organizadores

Ana Lúcia Ribeiro Mól
Rita Edite Lopes Borges
Wilson Medeiros Pereira

DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI

VOLUME III - DIREITO PÚBLICO



Montes Claros
2020

© - EDITORA UNIMONTES - 2020

Universidade Estadual de Montes Claros

REITOR

Prof. Antonio Alvimar Souza

VICE-REITORA

Professora Ilva Ruas de Abreu

DIRETOR DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÕES

Juliane Leite Ferreira

EDITORA UNIMONTES

EDITOR GERAL

Prof. Antônio Dimas Cardoso

CONSELHO EDITORIAL

Prof^ª. Adelia Aparecida Xavier;
Prof. Alfredo Maurício Batista de Paula;
Prof. Antônio Dimas Cardoso;
Prof. Carlos Renato Theóphilo;
Prof. Casimiro Marques Balsa;
Prof. Elton Dias Xavier;
Prof. Laurindo Mékie Pereira;
Prof. Marcos Esdras Leite;
Prof. Marcos Flávio Silva Vasconcelos Dângelo;
Prof^ª. Regina de Cássia Ferreira Ribeiro.

REVISÃO LINGUÍSTICA

Ana Lúcia Ribeiro Mól

DIAGRAMAÇÃO

Bernardino Mota

CAPA

Edney Fernandes dos Santos Júnior

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Associação Brasileira das Editoras Universitárias (ABEU)

D441

Desafios do Direito no Século XXI: Direito Público [recurso eletrônico] / Ana Lúcia Ribeiro Mól, Rita Edite Lopes Borges e Wilson Medeiros Pereira (organizadores). – Montes Claros : Editora Unimontes, 2020. v. 3. E'book PDF. 272 p.; 21 cm.

Modo de acesso: world wide web
<http://www.editora.unimontes.br/index.php/ebook>

ISBN: 978-65-86467-01-7

1. Imunidade tributária de templos religiosos. 2. Teoria da cegueira deliberada. 3. Direito penal simbólico. 4. Princípio da presunção da inocência. 4. Principiologia no direito da família. 5. cobrança tributária. 6. Controle judicial nos atos administrativos. I. Mól, Ana Lúcia Ribeiro. II. Borges, Rita Edite Lopes. III. Pereira, Wilson Medeiros. IV. Título.

Elaborado por Neide Maria J. Zaninelli - CRB-9/ 884

Este livro ou parte dele não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização escrita do Editor.

EDITORA UNIMONTES

Campus Universitário Professor Darcy Ribeiro

Montes Claros - Minas Gerais - Brasil

CEP: 39.401-089 - CAIXA POSTAL: 126

www.unimontes.br

editora@unimontes.br

Filiada à


**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS**

ORGANIZADORES

ANA LÚCIA RIBEIRO MÓL

Mestre em Direito Processual pela
Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais – PUC-MG.
Professora do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Procuradora do Município de
Montes Claros-MG

RITA EDITE LOPES BORGES

Mestre em Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina - UFSC.
Professora do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Advogada militante na área
de Família e Sucessões.

WILSON MEDEIROS PEREIRA

Mestre em Direito Público pela
Universidade Estácio de Sá-RJ.
Professor do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Juiz Federal na Subseção Judiciária
de Montes Claros (TRF1).

APRESENTAÇÃO

A obra “Desafios do Direito no Século XXI – Desdobramentos do Direito Público” traz uma série de profundas reflexões acerca das várias vertentes que possui esse grande ramo da ciência jurídica, sempre com o pano de fundo traçado pelas diretrizes do Estado Democrático de Direito.

A complexa relação entre Estado e sociedade, bem como os vários desdobramentos das relações de natureza pública avultam-se como os grandes pilares das discussões travadas ao longo dos capítulos, que não descaram de trazer ao leitor ponderações teóricas e práticas a respeito de questões de grande relevância para a comunidade jurídica, com destaque para as reformas legislativas ocorridas nos últimos tempos.

Vale salientar que a obra é fruto do projeto de pesquisa do mesmo nome, levado a cabo no âmbito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES pelos organizadores, cujo objetivo foi justamente trazer uma discussão profunda e de forma interdisciplinar a respeito das constantes alterações da legislação brasileira e seus impactos na ciência jurídica.

Nesse contexto, o primeiro capítulo tece uma importante digressão sobre o princípio da liberdade de expressão, destacando não apenas o seu alcance e suas muitas formas de exteriorização, mas também a existência de limites

que lhe devem ser impostos. O principal questionamento que se levanta, dentro desse debate, é até que ponto a limitação a esse direito não se configura em censura, sendo proposta a aplicação de uma eficaz ponderação entre os princípios em conflito.

O segundo capítulo envereda-se na seara das imunidades tributárias, em especial aquela direcionada aos templos de qualquer culto, questionando a utilização da regra de não incidência tributária para ocultar práticas ilícitas. Reconhecendo a importância da religião para o indivíduo em particular, e para a sociedade em geral, propõe-se a instituição de critérios mais rígidos para a concessão da imunidade tributária aos templos religiosos, fortalecendo-se a fiscalização dessas instituições, para o fim de impedir a aplicação equivocada do benefício constitucional.

O terceiro capítulo traz importantes contribuições a respeito da Teoria da Cegueira Deliberada e a possibilidade de sua aplicação no Brasil, considerando-se as normas jurídicas em vigor no país. De imediato, aponta-se que essa teoria amplia o elemento subjetivo do tipo, para impor responsabilidade ao sujeito que, de forma propositada, põe-se em situação de ignorância a respeito de determinado fato ou conduta, para se esquivar de quaisquer consequências deles advindas. Destacando-se as dificuldades de sua aplicação, aponta-se no texto que a Teoria da Cegueira Deliberada tem sido aplicada pelos Tribunais brasileiros, sem que, contudo, exista uniformidade na sua adoção, o que

demanda um estudo mais profundo sobre o tema, no intuito de permitir que a importação do instituto se dê de forma isonômica e em conformidade com a legislação brasileira vigente.

No quarto capítulo, tem-se um panorama geral a respeito das chamadas leis de ocasião e sua efetividade em termos de política criminal. No texto, demonstra-se que as leis que buscam atender apenas a um clamor popular, seja prevendo novos tipos penais ou recrudescendo as penas já existentes, nem sempre vêm acompanhadas de uma redução na criminalidade ou na sensação de segurança da população, muitas vezes em decorrência de terem sido elaboradas às pressas e sem as reflexões necessárias a respeito de sua aplicação prática.

O quinto capítulo, por sua vez, destaca o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução provisória da pena, levando em conta o princípio da presunção de inocência. Perpassando pela análise desse princípio e das posições adotadas pela Corte Suprema ao longo dos anos a respeito do assunto, são destacados os argumentos que hoje preponderam naquele Tribunal, para o fim de permitir a execução provisória do acórdão penal condenatório, chegando-se à conclusão de que se encontram em consonância com o texto constitucional e com o ordenamento jurídico em vigor.

No sexto capítulo, é feita uma digressão sobre a importância dos princípios na regulamentação do

Direito de Família. Por receber proteção especial do Estado, questiona-se, inclusive, sua natureza jurídica, se pertencente ao Direito Público ou Privado. Independentemente dessa discussão, a conclusão a que se chega é que, atualmente, há uma visível constitucionalização da organização da família, haja vista o expreso tratamento do texto constitucional a respeito de várias questões afetas a essa temática. Em vista dessa circunstância e da fluidez das relações familiares, destaca-se a importância dos princípios na regulamentação do Direito de Família, sem se descuidar dos cuidados que devem existir para impedir a relativização do seu conteúdo.

No sétimo capítulo, analisa-se a possibilidade de utilização dos meios alternativos de cobrança de créditos tributários, como substitutivos da ação de Execução Fiscal, regida pela Lei nº 6.830/80. Para o alcance dos objetivos desse estudo, é feito um retrospecto histórico acerca da ação de Execução Fiscal e sua eficiência na arrecadação tributária, realizando-se, ainda, uma digressão a respeito dos principais meios alternativos de cobrança de tributos. A partir desse contexto, conclui-se que é possível a utilização desses instrumentos, desde que sejam observados os princípios constitucionais e as garantias fundamentais do contribuinte.

No oitavo capítulo, é feito um exame a respeito da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, especialmente aqueles classificados como atos discricionários. No corpo do texto, são abordados os princípios que regem a Administração Pública, a definição e

os elementos dos atos administrativos, o poder discricionário e a possibilidade de controle desses atos. Em arremate, aponta-se que, não obstante ter prevalecido, até então, a ideia de que os atos administrativos discricionários não poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário, a evolução do Direito tem levado ao entendimento atual de que tal controle é possível, até mesmo para evitar abusos e arbitrariedades por parte da Administração Pública, desde que, contudo, não seja apreciado o seu mérito.

Diante dos variados temas apresentados nesta obra, o seu intuito é o de evidenciar as várias discussões que permeiam o Direito Público, fornecendo ao leitor uma visão profunda e, ao mesmo tempo crítica, de questões que estão em voga no âmbito doutrinário e jurisprudencial atinente a esse grande ramo da ciência jurídica.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
A EXTENSÃO E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	15
Fernando Pereira Jorge Ana Carolina Alvarenga Queiroz Laura Mendes Aquino	
DESVRTUAMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS: A UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS ILÍCITAS PARA A EVASÃO FISCAL	45
José Adélcio da Silva Júnior Laura Costa Silva	
A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	77
Norma Suely Silva Candelato Cláudia Cristina Câmara Maciel	
DIREITO PENAL SIMBÓLICO: LEIS DE OCASIÃO FACE À POLÍTICA CRIMINAL	109
Paulo Henrique Campos Leite Marina Magalhães Andrade	
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	141
Richardson Xavier Brant Fernanda Rodrigues Medeiros Gabriella Lacerda Caires	

UM OLHAR PRINCIPIOLÓGICO PARA O DIREITO DE
FAMÍLIA: A CONTRIBUIÇÃO DE RODRIGO DA CUNHA
PEREIRA PARA O PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE AS
RELAÇÕES FAMILIARES 173

Rita Edite Lopes Borges

Gabriel Brito Alves

DA (IN)VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS
ALTERNATIVOS DE COBRANÇA DE TRIBUTOS EM
SUBSTITUIÇÃO À AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL 205

Rodrigo Leal Teixeira

Samanta Cardoso Nobre

LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 239

Wilson Medeiros Pereira

Ayêska Tatiana Paraiso

A EXTENSÃO E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Fernando Pereira Jorge¹

Ana Carolina Alvarenga Queiroz²

Laura Mendes Aquino³

INTRODUÇÃO

A democracia é o meio de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, dentre estes a liberdade, que é exteriorizada e garantida pelas Constituições. Mesmo com vestígios de restrições, a liberdade foi assegurada desde a primeira Constituição brasileira de 1824 (Silva, 2005, p. 129).

Embora as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) tenham demarcado o momento inicial do constitucionalismo moderno, cuja história, por sua vez, está intrinsecamente ligada à limitação normativa do poder político e à garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal, o fato é que as vertentes do constitucionalismo (inclusive da noção de constituição jurídica) são mais remotas, podendo

1 Professor do curso de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

2 Discente do quarto período matutino do curso de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

3 Discente do quarto período matutino do curso de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

ser encontradas já no período medieval, embora com amplo destaque para o constitucionalismo histórico e o pensamento político e filosófico inglês.

No Brasil, ainda que os indícios de constitucionalização tenham iniciado no período colonial, foram com as revoluções do contexto mundial, principalmente influenciado pelos ideais iluministas, que obtiveram maior engajamento (Sarlet, 2013, p. 33).

Tendo como base as diretrizes constitucionais francesas, a primeira Assembleia Constituinte do Brasil foi instituída em 3 de maio de 1823, logo após a independência do país. A ideia democrático-liberal, porém, teve sua concretização obstada pelo autoritarismo que ainda se encontrava presente na política, o que levou à dissolução da assembleia por D. Pedro I. Após tais fatos, foi outorgada a Constituição do Império do Brasil, em 1824, que trazia em seu bojo uma série de direitos e garantias individuais, apesar de existir um foco maior nos direitos civis e políticos. Desde então, nas constituições seguintes as liberdades individuais ganharam cada vez mais espaço (Sarlet, 2013, p. 251-253).

Com o início do governo de Getúlio Vargas, houve um regresso em relação às garantias individuais, especialmente a liberdade de expressão, sendo decretado um golpe de Estado para salvar o Brasil de uma suposta ameaça comunista. Dessa forma, iniciou-se no país um período ditatorial que foi “autenticado” pela outorga da Constituição

de 1937 (Lenza, 2017, p.129).

Posteriormente, em 1946, houve o período de redemocratização brasileira sendo promulgada uma nova Constituição, que reinstituiu a liberdade de expressão, contendo avanços que asseguraram a liberdade de pensamento (Amorim, 2015).

Ademais, em 1953, o presidente Getúlio Vargas, após eleição, instituiu

[...] a lei 2.083 de 1953, denominada de lei da imprensa, que tinha como teor reprimir a liberdade de imprensa. Contudo, a constituição de 1967 limitou a aplicação da liberdade de pensamento impondo sanções jurídicas àqueles que usufruíssem desse direito para serem contrários ao governo, embasado na Constituição Federal de 1967, artigo 150, parágrafo 8º e na Carta Magna de 1967, artigo 151 (Amorim, 2015).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), por sua vez, decorreu do período de transição democrática. Em seu texto, há um rol de direitos e garantias fundamentais, valendo destacar o direito à liberdade. A liberdade de expressão possui crucial importância para a construção da dignidade humana, no Estado Moderno.

Nessa senda, o objetivo do presente trabalho volta-se para a análise do limite imposto a este direito fundamental, notadamente no que concerne a manifestações com conteúdo odioso e excessivo. Para o desiderato

pretendido, não é despidendo fazer breve estudo acerca da democracia e sua relação com os direitos fundamentais.

O presente estudo, nesse contexto, fará abordagem sobre a liberdade de expressão e suas formas de exteriorização, sendo ponto de destaque a possibilidade ou não de sua limitação, já que em determinadas circunstâncias o exercício dessa liberdade poderá constituir violação a outros direitos fundamentais.

Outrossim, como objeto de estudo será feita análise de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que diz respeito à possível restrição da liberdade de expressão, notadamente em situações decorrentes de preconceitos e intolerância.

Os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi fruto de um período de transição democrática, visto que foi promulgada após vinte e um anos de um regime ditatorial no país. Desse modo, houve a passagem de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, foi explanando por Piovesan (2011) que a CRFB/1998:

Pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias

e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

É preciso esclarecer, desde já, que existe uma sutil diferença entre direitos e garantias fundamentais. Assim, os direitos fundamentais são as vantagens explanadas em normas de hierarquia superior, enquanto as garantias permitem que o exercício desses direitos seja assegurado, assim como declara Barbosa (1978, p. 360):

As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Por conseguinte, a CRFB/1988 trouxe um rol mais extenso de direitos e garantias fundamentais em relação às Constituições preexistentes. Logo, a CRFB/1988 subdividiu os direitos em: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos (Moraes, 2017, p. 45). Entretanto, existem outros direitos fundamentais espalhados pelo corpo da CRFB/1988.

Os direitos fundamentais foram reconhecidos nas primeiras Constituições brasileiras, porém passaram por

diversas transformações, transformações essas concernentes ao conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Em razão disso, iniciou-se a identificação de geração dos direitos fundamentais, sendo três gerações expostas de forma unânime, e, alguns doutrinadores, ainda falam de direitos de quarta, quinta e sexta geração (Sarlet, 2013, p. 258).

Gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito às liberdades individuais (direitos civis e políticos), constituindo-se em um ponto significativo do Estado Liberal ou Estado de Direito, fruto do pensamento liberal-burguês. Assim, os direitos de primeira geração demarcam a abstenção do Estado, isto é, este grupo de direitos só poderá ser garantido com a não intervenção do Poder Público (Lenza, 2017, p. 1100).

Complementando essa ideia, Sarlet enuncia que os direitos fundamentais de primeira geração são “direitos negativos”, justamente por serem voltados à abstenção do Estado, não sendo presente, assim, uma “conduta positiva por parte dos poderes públicos” (Sarlet, 2013, p. 260).

Outrossim, conforme Bonavides (2009, p. 563-564):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo,

são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Infere-se, portanto, o caráter protetivo ao indivíduo ao se falar dos direitos de primeira geração, pois estes têm como enfoque o próprio indivíduo e não o Estado, já que o Poder Público deve se tornar inerte para que essas liberdades sejam garantidas a todos.

Em contrapartida, os direitos de segunda geração estão relacionados às características de um Estado Social (impulsionado pela Revolução Industrial europeia), englobando, então, os direitos de cunho positivo – que são aqueles que, para serem garantidos necessitam, impreterivelmente, da atuação do Estado – e as “denominadas liberdades sociais” (Sarlet, 2013, p. 262).

No que concerne aos direitos fundamentais de terceira geração, estão inseridos em um contexto de grandes transformações no cenário internacional, como o desenvolvimento tecnológico e científico, surgindo, desse modo, novas responsabilidades globais (Lenza, 2017, p. 1101-1102).

Portanto, “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”, isto é, a preocupação vai além dos benefícios de um único indivíduo, passando a humanidade a ser

considerada como um todo visando um “altíssimo teor de humanismo e universalidade” (Lenza, 2017, p. 1102).

Liberdade de expressão na Constituição de 1988

A liberdade de expressão é um direito de primeira geração singularmente fundamental, pois sua garantia é substancial para a dignidade da pessoa humana, atrelando-se à democratização do Estado. Desse modo,

Não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los (Tôrres, 2013).

Destarte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não usou em seu texto a terminologia “liberdade de expressão” como um gênero que abarca inúmeras manifestações relacionadas a esse direito fundamental. Assim, de acordo com Sarlet, aquilo que é expresso no artigo 5º, IV - “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” - representa uma “cláusula geral” que, em associação aos outros dispositivos legais (artigos 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, XLII; 206, II; 206, III; 215 e 220), garante a liberdade de expressão em todas as suas formas de exteriorização (Sarlet, 2013, p. 452 e 454).

Complementando, Lenza (2017, p. 1134)

coloca como manifestações da liberdade de expressão: a liberdade de manifestação do pensamento (envolvendo a liberdade de opinião); a liberdade de ensino e pesquisa, a liberdade religiosa, a liberdade de comunicação e de informação (considerando a liberdade de imprensa) e a liberdade de expressão artística.

Destacar-se-á, doravante, as formas de exteriorização da liberdade de expressão.

Liberdade de manifestação do pensamento

A liberdade de manifestação de pensamento é um desdobramento do princípio da liberdade de expressão. Dessa forma, faz-se mister entender o que é o pensamento, para que esta liberdade seja compreendida.

Então, pensamento, segundo Araújo (2008, p. 140), é, na verdade, um juízo de valor, uma reflexão interna de quem está pensando, e no momento que é exteriorizado surge a opinião de seu emitente.

Nesse sentido é o magistério de Souza (2006, p. 427), quando menciona que “o pensar, o raciocinar, o refletir são absolutamente livres, pois que a ninguém e a nenhum organismo é lícito invadir essa esfera da interioridade humana.”

Assim, conforme é citado no artigo 5º inciso IV, da CRFB/88, a liberdade de manifestação do pensamento possui abrangência conjunta à liberdade de expressão.

Portanto, ambas baseiam-se na dignidade da pessoa humana relacionada à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Também há vínculo numa dimensão política e social com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias. Ainda há proteção de um conjunto de situações que incluem expressões verbais, que são mais comuns, mas também as não verbais, como comunicações pelas artes plásticas (Sarlet, 2017, p. 535-536).

A partir da sua manifestação, o direito passa a impor alguns limites, sendo este impossibilitado de censura, porém passível de exame pela justiça com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, “por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas”, concedeu interpretação conforme ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações públicas e eventos públicos”, salientando, porém, que a decisão não permite a “incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes” na sua realização, bem como determinando a não participação de crianças e adolescentes na denominada “Marcha da Maconha”. (Moraes, 2017, p. 86).

Nota-se, então, que a liberdade de

manifestação do pensamento pode se relacionar não só com a liberdade de expressão, mas também com outros direitos fundamentais, também garantidos pela CRFB/1988, como a proteção à honra, à privacidade, à igualdade e dignidade da pessoa humana e até mesmo a proteção à infância e adolescência.

Liberdade de ensino e pesquisa

Um outro desdobramento da liberdade de expressão é a liberdade de ensino e pesquisa, que é abordada na CRFB/88 em seu artigo 206 inciso II e III. Informam os dispositivos sobre a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Garante-se o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, com previsão de coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Trata-se, portanto, da liberdade de uma classe – os professores – em transmitir conhecimentos – assim como a liberdade dos alunos de adquirir conhecimento – de forma abrangente e também no aprendizado, podendo dispor das pesquisas (Silva, 2006, p. 256).

Logo, a liberdade de ensino e pesquisa se relaciona não só à forma subjetiva do conhecimento, que é aquela expressa pelos professores, como também à objetiva e direta, que existe quando ou alunos têm não só o direito, mas a concretização da aprendizagem.

Liberdade religiosa e de consciência

À toda evidência, a liberdade religiosa e de consciência está garantida na CRFB/1988. Assegura-se o livre exercício dos cultos religiosos e proteção aos locais de culto e suas liturgias. Garante-se a prestação, nas entidades civis e militares de internação coletiva, de assistência religiosa.

Ademais, não poderá o indivíduo ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo as exceções previstas na própria CRFB/1988, que se relacionam à obrigação legal a todos imposta ou à recusa de cumprir uma obrigação acessória como forma de compensação (CRFB, 1988).

Além de dispositivos diretamente relacionados à liberdade religiosa e de crença, a CRFB/1988 possui instrumentos inteiramente relacionados ao assunto em questão. Dentre eles, assumem destaque: o artigo 19, que veda os entes federativos de criem cultos em respeito à laicidade do Estado e, também, que apresentem quaisquer formas de empecilho para o funcionamento de qualquer religião; o artigo 150, que prevê a imunidade tributária religiosa, isto é, é vedada a instituição de impostos de quaisquer espécies sobre as entidades religiosas; e, por fim, o artigo 143, que prevê alternativa para aqueles que não queiram cumprir o serviço militar obrigatório em função de crença religiosa, filosófica ou política (CRFB, 1988).

A partir da análise dos dispositivos legais, fica

clara a diferença entre liberdade de consciência e liberdade religiosa. Enquanto aquela pode ser definida, de acordo com Weingartner Neto, como “a faculdade individual de autodeterminação no que diz com os padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total liberdade de autopercepção em nível racional ou mítico-simbólico”, ao passo que esta “engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião” (Weingartner Neto, 2011, p. 481-482).

Essas liberdades tratadas possuem dupla dimensão, sendo subjetiva a escolha do indivíduo em seu posicionamento de fé ou não ou de determinação, e o Estado tutelando a segurança da mesma; e objetiva, como decorrente dos elementos fundamentais da ordem jurídica estatal de neutralidade religiosa ou ideológica (Sarlet, 2017, p. 558).

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais como direitos coletivos de liberdade religiosa, pois, além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que relacionam-se com a auto-organização, a autodeterminação, direito de prestar ensino e assistência religiosa, entre outros, aspectos que, por sua vez, são relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental.

Contudo, pela amplitude do assunto, o Estado deve garantir proteção no âmbito exterior, quando afeta

terceiros, relacionado aos assuntos de liberdade de ensino religioso, prestação de um serviço estatal, laicidade do governo, forma de realização de culto religioso, dentre outros, com seus respectivos limites e prestações alternativas. E, no aspecto interior, assegurando aqueles aspectos concernentes à dignidade da pessoa humana, como nos casos de transfusão sanguínea das Testemunhas de Jeová, greve de fome, dentre outros (Sarlet, 2017, p. 561).

Dessa forma, é mister a importância da garantia da liberdade de expressão em um país laico e, principalmente, para o exercício regular da liberdade de expressão.

Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação

Assim como é elencado pelo artigo 5º inciso IX da CRFB/88, a exteriorização das expressões artística, intelectual, científica e de comunicação são livres, sem haver, portanto, a possibilidade de interpor a censura ou licença (Brasil, 1988). Complementando, o artigo 220 da CRFB/1988 expressa que:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de

comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (Brasil, 1988).

A partir disso, mostra-se clara a compreensão dessa exteriorização da liberdade como “a procura, o acesso, o recebimento, a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio sem dependência de censura respondendo cada qual pelos abusos que cometer” (Silva, p. 246).

Entretanto, é importante salientar o papel do Poder Público em informar sobre o conteúdo de espetáculos públicos ou a faixa etária não recomendada para tal conteúdo. Além disso, ainda é papel do Estado assegurar os meios necessários para que os indivíduos se preservem frente a programas que não observem o que foi apresentado pelo artigo 221 da CFRB/88 “que diz respeito as comunicações sociais, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (Lenza, 2017, p. 1193).

Então, nesse sentido, caso haja violação da intimidade, vida privada, imagem ou honra – outros princípios garantidos pela CRFB/1988 – haverá direito de indenização por dano material e moral, tendo, inclusive o direito de resposta ou retificação do ofendido (Lenza, 2017, p. 1193).

Concomitantemente, a liberdade de imprensa não é absoluta, devendo ser exercida com a necessária

responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, pois, apesar de haver a vedação da censura, existem situações, como a explanada anteriormente, em que se mostra necessária a limitação de um princípio constitucional para que outro seja exercido.

O estudo das regras e princípios

Para o melhor entendimento sobre a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, é necessária uma breve percepção sobre a dessemelhança entre regras e princípios. Dessa forma, Mello (1995, p. 107) conceitua princípio como sendo um preceito imprescindível que aclara as normas com o objetivo de simplificar a sua compreensão.

Dworkin (2007, p. 76) diferencia regras de princípios de acordo com as possíveis antinomias que eventualmente poderão ocorrer no ordenamento jurídico. Para o autor, em situações de conflitos entre dois princípios, avaliar-se-á o caso concreto, sendo necessário fazer uma ponderação entre ambos. No que tange às regras, havendo antinomia é “tudo ou nada”, isto é, somente uma poderá prevalecer.

Como forma de complementação à teoria de Dworkin, Alexy (2001, p. 145) explica que, em razão da oposição entre duas regras, uma delas deverá ser necessariamente declarada como inválida, pois será analisado

o plano abstrato. Em contrapartida, quando a discrepância for referente aos princípios, há uma mera cessão de um em relação ao outro no caso concreto, não implicando, desse modo, o descarte ou invalidez de um deles, o que possibilita a existência de limitações às liberdades, já que essas são princípios e não regras.

Limitação do princípio da liberdade de expressão

Como explicado anteriormente, existe uma diferença quando há conflito entre regras e princípios. Como o direito à liberdade de expressão é um princípio, ele não é absoluto, pois encontra restrições em diversos aspectos, dentre eles aqueles que são voltados ao combate do preconceito e da intolerância frente às minorias. Dessa forma, a limitação excepcional desse princípio deve ser observada para que outros princípios sejam garantidos:

As liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação (Barroso, 2001).

Como complemento, Sarlet (2013, p. 470) pronuncia que as doutrinas e a jurisprudência, principalmente do STF, consideram que o direito à liberdade de expressão possui uma colocação preferencial. Em contrapartida, é admitido que esse direito não possui caráter absoluto, podendo, então, sofrer restrições e limites, contanto que isso aconteça de maneira eventual e necessariamente em virtude de lei ou decisão judicial.

Nesse sentido, Lenza (2017, p. 1136-1137) explicita que a solução para uma situação em que há a antinomia da liberdade de expressão com outro princípio constitucional é a ponderação “pautada pelo princípio da proporcionalidade e a ser analisado no caso concreto”.

Em consonância, Sarmiento (2006, p. 262) expõe que no Brasil a liberdade de expressão ainda não se enraizou, e, por esse motivo, é necessário haver cautela e equilíbrio para que os “objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto”.

Além disso, para que essa limitação ocorra, é preciso que ela seja respaldada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além de, necessariamente, apresentar relação com “direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais”, sendo constatados os parâmetros da proporcionalidade e da salvaguarda essencial do eixo dos direitos fundamentais (Sarlet, 2013, p. 470).

Por fim, o princípio constitucional do direito à privacidade é um exemplo em que poderá haver a limitação da liberdade de expressão. Então, o que irá decidir qual deles irá sobressair é a ponderação entre ambos no caso concreto.

Limitação da liberdade de expressão em relação ao direito à personalidade

No texto constitucional, foi previsto expressamente o direito à personalidade no artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, 1988).

Dessa forma, permite-se asseverar que o direito à personalidade abarca o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à imagem, pois a privacidade é considerada no texto constitucional no seu sentido amplo sendo o conjunto de informações pessoais. Nesse sentido, o indivíduo possui a faculdade de ocultar suas informações pessoais ou comunicá-las da maneira que melhor considerar satisfatória, sem poder ser obrigado por lei a fazer a divulgação (Silva, 2001, p.209).

Complementando, Pinheiro (2015, p. 272) explica que o surgimento do desejo de privacidade foi coexistente ao progresso da imprensa escrita. Em razão disso,

começaram a surgir problemas relacionados à aplicabilidade da liberdade de imprensa, que é uma das espécies da liberdade de expressão, além da necessidade de uma vida pautada na privacidade.

Consequentemente, existem situações em que não haverá a violação do direito à personalidade ou de qualquer um dos seus desdobramentos, justamente porque o outro polo do caso concreto estará exercendo o seu direito à liberdade de expressão.

Nessa senda, explana Rabelo (2016, p. 100) que não haverá violação a tal princípio se as informações divulgadas forem mera descrição de fatos que ocorrem cotidianamente, sendo estes comuns a qualquer indivíduo, como o nascimento, o casamento e a morte. Ainda não haverá violação se as informações forem referentes a pessoas que desempenham atividades públicas ou tenham fama.

Não é o fato de subsistir a liberdade de expressão que torna possível e lícito que indivíduos, grupos ou meios de comunicações, como editoras e redes sociais, publiquem conteúdo que fira a honra de outrem, pois isso pode configurar, inclusive, os crimes de injúria, calúnia e difamação. Essa situação explana perfeitamente como é possível a limitação da liberdade de expressão para assegurar outro direito constitucional (Rabelo, 2016, p. 104).

Vale salientar que a IV Jornada de Direito Civil Brasileiro aprovou o enunciado n. 279 do CJF/STJ, segundo Tartuce (2016, p. 159), para resguardar o conflito

preexistente entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Evidencia-se, então, que somente analisando o caso concreto que será possível definir qual dos dois princípios constitucionais – liberdade de expressão e direito à personalidade – que sobressairá, devendo um deles, necessariamente, sofrer uma limitação para que o outro seja inteiramente observado.

A problemática do discurso de ódio

Conforme Sarmiento (2006, p. 208), a problemática do discurso de ódio está relacionada à liberdade de expressão no que diz respeito à “[...] manifestação com discursos de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”.

A internet, principalmente com a

globalização, tornou-se acessível à maior parte da população e, com isso, surge a problemática em que, através desta, o homem comete ilícitos como propagação de mensagens de conteúdo prejudicial e viola, assim, direitos fundamentais dos demais usuários. Entretanto, mesmo que as informações transcendam fronteiras nacionais, é dever do Estado intervir para garantia de direitos dos indivíduos.

De acordo com Bugger (2007, p. 117), o discurso de ódio se divide no insulto e na instigação. O primeiro é dirigido à vítima, sendo a agressão da dignidade de determinado grupo que possui o mesmo traço. O seguinte é voltado para aqueles que no geral, compartilham da mesma posição discriminatória e são impelidos a ampliar a abrangência, não só com palavras, mas também com ações, violando a dignidade da pessoa.

Assim, conforme tratado neste artigo, devido às restrições impostas dentro da liberdade de expressão, o STF adotou o entendimento de que a garantia da liberdade de expressão abrangeria o discurso de ódio, visto que essa problemática contraria outros princípios e direitos constitucionais como aqueles voltados ao combate de preconceitos e intolerância contra minorias (Lenza, 2017, p. 1183).

Nesse sentido, Silveira e Silva (2012) afirmam que:

O discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de

expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Essa perspectiva se encontra no artigo 19 da Lei n. 12.965/2014 (conhecida como “marco civil da internet”), sendo ainda reafirmado com decisão no Supremo Tribunal Federal como:

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5.º, XLII). [...]” (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Mauricio Corrêa, j. em 17.09.2003, Plenário, DJ de 19.03.2004). (Brasil, 2014).

As decisões dos Tribunais de Justiça e Supremo Tribunal Federal estão cada vez mais envolvidas com essa temática, retrato disso feito, no caso específico, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a agravante ajuizou ação civil pública, acórdão nº 2130844-48.2016.8.26.0000, obrigação de fazer e indenização por danos morais, em junho de 2016, alegando, em suma, que os agravados Rodrigo, Ricardo, Rogério e Fábrica de Quadrinhos Núcleo de Artes S/C Ltda produziram e

veicularam conteúdo incitador de violência e atentatório à dignidade de grupos socialmente vulneráveis: transexuais, homossexuais, mulheres, adolescentes e crianças, ainda defende a responsabilidade solidária das empresas de comunicação (*Facebook, Twitter e Google*), já que, mesmo depois de notificadas, continuaram a veicular o conteúdo em suas redes sociais e de busca.

O magistrado se posicionou analisando a temática liberdade de expressão, em específico o discurso de ódio, e ainda a proteção à honra e a busca por igualdade. Dessa forma, a decisão foi pela retirada do conteúdo, tendo em vista o caráter perene do dano.

Portanto, como reforçado nos limites concernentes aos temas anteriores, há uma ponderação plausível de expressão, devendo sempre garantir o direito individual do outro, não sendo, portanto, fundamentados os discursos de ódio, por quaisquer meios, nos artigos e formas da liberdade de expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão, conforme explanado, é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituindo valor essencial realizado pela democracia. Dessa forma, é transparente a importância de tal princípio, já que este tem relação com diversos outros direitos assegurados por todo

ordenamento jurídico.

No texto, foram aferidas as dimensões dos direitos fundamentais, sendo também tratado acerca da liberdade de expressão e suas variadas formas de exteriorização: manifestação do pensamento, liberdade religiosa e de consciência, de ensino e pesquisa, dentre outros.

De se aduzir que a liberdade de expressão é identificada em diversos casos concretos, principalmente nos dias de hoje, em que há uma discussão acirrada nos dois “polos” existentes na política brasileira (direita e esquerda), como, por exemplo, a questão da legalização da maconha, o ensino religioso nas instituições públicas, legalização do aborto, entre outros.

Todos esses citados exemplos levam ao questionamento se determinadas ações do governo – em especial a atuação dos legisladores e o Poder Judiciário – são limitações possíveis da liberdade de expressão ou são casos de censura.

Dessa forma, em razão da possibilidade de existência de conflitos entre o princípio da liberdade de expressão e outro princípio constitucional, é necessário ressaltar, mais uma vez, a importância de uma ponderação eficaz entre os princípios no caso de antinomia, como o exemplo do embate entre a liberdade de expressão e o direito à personalidade.

Então, a ponderação – evidentemente em

relação à liberdade de expressão e informação com o direito à imagem, à honra e à privacidade – apresenta um encargo laborioso, visto que a utilização desse mecanismo erroneamente poderá ensejar a uma grave violação de tais direitos, como a censura.

Portanto, existe uma linha tênue entre um lícito limite da liberdade de expressão – respaldado na eficiência da ponderação a fim de assegurar um princípio constitucional. O discurso de ódio mostra de forma clara esse limite, visto que a liberdade que as redes sociais proporcionam não autentica violar direitos fundamentais dos indivíduos. E ainda remete à crítica sobre a necessidade de adotar políticas pluralistas, que visam a interculturalidade, e não a ignorância, que é a principal fonte desta problemática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMORIM, Josivânia. *Liberdade de expressão versus limitações*, 2015. Disponível em: <<https://josivaniaamorim.jusbrasil.com.br/artigos/187498687/liberdade-de-expressao-x-limitacoes>>. Acesso em: 26/04/2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. 3 ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de ImprensaI, 2001. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 26/04/2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed., São Paulo (SP): Malheiros, 2009.

BORCHARDT, Carlise Kolbe; NICHEL, Andressa; MARTINS, Ana Clara Lehmann; SILVA, Rosane Leal. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudências brasileiras. *Revista de Direito GV*. São Paulo, v. 7 p. 445 a 468, jul. / dez. 2011.

BUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 117, jan. / mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed., São Paulo (SP): Martins Fontes, 2007.

GUERRA, Sidney. *Direito fundamental a intimidade, vida privada, honra e imagem*, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.pdf>. Acesso em: 20/05/2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo (SP): Saraiva Jur, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 33 ed. São Paulo (SP): Atlas, 2017.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A privacy e a Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa (Portugal): Aafdl, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*, 2011. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 20/05/2019.

RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*, 2016. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa Faculdade de Direito. Lisboa (Portugal).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”, in: *Livres e iguais: estudos de direitos constitucionais*, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rosane Leal da; BOLZAN, Luiza Quadros da Silveira. *Discruto de ódio: liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?*, 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 06/06/2019.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2016.

TÔRRES, Fernanda Carolina. *O direito fundamental à liberdade de expressão e a sua extensão*, 2013. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 20/05/2019.

WEINGARTNER, Jayme Ner Neto. Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In: SARMENT O, Daniel; SARLET , Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Porto Alegre (RS): Lumen Juris, 2011.

DESVIRTUAMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS: A UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS ILÍCITAS PARA A EVASÃO FISCAL

José Adélcio da Silva Júnior¹

Laura Costa Silva²

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece limitações ao poder de tributar do Estado, através da concessão de imunidades. Dentre as instituições beneficiadas, os templos religiosos de todos os cultos são contemplados como uma garantia da liberdade de crença e culto, direito fundamental, que ostenta natureza de cláusula pétrea.

Contudo, o atual cenário brasileiro de concessão e utilização da imunidade religiosa tem fortalecido o posicionamento de parte da população, que questiona a manutenção do instituto no ordenamento, quando considerada a corrupção que a envolve. Diversos são os meios fraudulentos utilizados para burlar o sistema tributário, através de instrumentos de evasão fiscal, na qual os atos ilícitos são ocultados mediante uma aparência de

1 Mestrando em Gestão do Trabalho. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Tributário.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

licitude. Nesse contexto, igrejas têm sido criadas com fins de lavar dinheiro advindo do tráfico, bem como promover o enriquecimento ilícito de seus líderes, em função da imunidade que gozam e a ausência de fiscalização estatal.

Essa situação, como dito, tem causado a insatisfação de parte da população e, conseqüentemente, despertado discussões acerca da extinção da imunidade religiosa do ordenamento, alcançando, inclusive, o campo de atuação dos membros do Poder Legislativo.

Esse debate é polêmico, pois envolve a análise da liberdade de crença estabelecida constitucionalmente, questões acerca da facilidade de se constituir uma religião no Brasil e o papel social da religião na sociedade, em seu caráter assistencialista, o que denota a importância deste trabalho para melhor contextualização das questões envolvidas.

Limitações constitucionais à competência tributária

Independentemente da ideologia política sob a qual o Estado se instituiu, faz-se necessária a captação de recursos para realização de seus objetivos, bem como para sua própria manutenção. Portanto, a tributação é inseparável da ideia de Estado (Paulsen, 2017).

O tributo constitui-se em uma obrigação imposta ao cidadão pelo Estado, estabelecida por lei e que se manifesta em prestações pecuniárias. Não consiste em sanção por ato ilícito e é cobrado mediante atos administrativos

vinculados, sendo sua instituição e recolhimento vinculados ao princípio da legalidade (Agra, 2018).

A tributação se manifesta em uma relação de imposição, poder e autoridade, o que viabiliza a ocorrência de arbitrariedades, inclusive mediante violência e desrespeito a direitos ocorridos ao longo da história, o que despertou movimentos para preservar as liberdades fundamentais, restringindo o poder de tributar do Estado (Paulsen, 2017).

Em um contexto global, desde a época do Império Romano, ao imperador era facultado excluir certas pessoas ou classes do dever de pagar impostos. O próprio termo imunidade tem origem na expressão em latim *immunitas*, sendo que *múnus* dizia respeito a um encargo público, ou seja, aquilo que advém de autoridade pública ou da lei. Assim, imunidade indicava a liberação de uma obrigação imposta pelas autoridades (Jorge, 2014).

Na Idade Média, por exemplo, os senhores feudais e o clero não se submetiam ao poder fiscal do soberano, apesar da alta carga tributária imposta aos vassallos, e se constituíam em fontes fiscais autônomas. Este privilégio da igreja perpetuou até o surgimento do Estado moderno, no qual os bens da igreja não podiam ser tributados, com fundamento no direito natural de origem divina, preexistente à própria organização estatal. Com o passar do tempo, o privilégio concedido a determinadas classes evoluiu e se consolidou como uma garantia individual dos cidadãos em face do poder de tributar do Estado, sendo

que as imunidades passaram a ser vistas como instrumentos de proteção da liberdade e da igualdade (Torres, 2005) (Fernandes, 2012).

Assim, em função das revoluções ocorridas no século XVIII, houve uma transformação na aplicação da imunidade tributária, que não mais se apresentava como uma limitação do poder do rei em face da igreja e nobreza, caracterizando-se como uma limitação do poder tributário do Estado, tendo como fator motivador os direitos preexistentes do indivíduo (Torres, 2005).

No Brasil, a Constituição de 1891 tratou explicitamente das imunidades, matéria que foi desenvolvida nos textos constitucionais posteriores. Contudo, a própria Constituição de 1824 já havia feito menção ao instituto ao impor a contribuição obrigatória a todos, o que conseqüentemente “excluía”, de certa forma, o benefício da nobreza e do clero da época, que eram isentos de contribuições. Apesar disso, a religião passou a ser protegida da tributação pela legislação ordinária, através de diversas leis posteriores que concediam isenções para mitras e conventos, por exemplo, até o advento da Constituição de 1946, na qual a imunidade religiosa tornou-se formalmente matéria constitucional, circunstância mantida nas Constituições que se seguiram (Torres, 2005).

Ressalte-se que, durante o período imperial brasileiro, a religião católica apostólica romana era considerada oficial. Com a Proclamação da República, o

Estado tornou-se laico e a neutralidade tributária foi inserida na Constituição, sendo que a imunidade passou a alcançar os templos de qualquer culto (Sabbag, 2017).

Essa espécie de imunidade visa resguardar a livre manifestação de fé, garantindo que as crenças individuais possam ser professadas sem óbices tributários. Assim, o que antes tinha relação com privilégios da Igreja Católica de não pagar tributos, atualmente relaciona-se com o direito fundamental da liberdade de consciência e crença (Fernandes, 2012).

Imunidade tributária

Por meio das imunidades, determinadas circunstâncias que possuem alto valor social são protegidas, ao se impedir que eventual tributação sobre elas as afete, reduzindo sua essência. Assim, a imunidade mostra-se como limitação à competência tributária, fazendo com que sequer surja para o ente a possibilidade de tributar a situação protegida (SchouerI, 2018).

As imunidades referem-se exclusivamente aos impostos, uma vez que, dentre as espécies de tributos, eles se destinam a cobrir os gastos da coletividade, razão pela qual são suportados por todos que a compõem, em conformidade com a capacidade econômica de cada contribuinte. Assim, situações e pessoas são excluídas de tributação, caracterizando-se uma exceção à regra, e fazendo com que

alguns membros da coletividade não sejam cobrados pelos custos da vida social (Schoueri, 2018).

O art. 150, inciso VI, da CRFB/1988 dispõe em suas alíneas acerca de algumas hipóteses em que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre determinadas matérias, identificadas como imunidades genéricas. Por se tratarem de matérias inseridas no núcleo do texto constitucional, revestem-se de imutabilidade, integrando as cláusulas pétreas (Novais, 2018).

Imunidade para templos de qualquer culto (art. 150, VI, "b", CRFB/1988)

A religião é intrínseca à história humana, exercendo influência no comportamento do homem ao longo do tempo e se confundindo, em certos períodos da história, com o próprio Estado. O exercício de qualquer religião se baseia na disposição do art. 5º, VI, da CRFB/1988, sendo a liberdade de crença em seres metafísicos, como deuses e anjos, uma garantia fundamental protegida por cláusula pétrea. Incluso na interpretação das garantias advindas desse direito está a manifestação religiosa, qual seja, o ato de cultuar e externar a crença, bem como o de liturgia, qual seja, a procedimentalização dos atos do culto (Agra, 2018). Nesse sentido,

A liberdade religiosa, em suas diversas graduações, desde a convicção íntima até o direito de edificação de templo e manifestação pública da associação, decorre do direito fundamental à liberdade de convicção. E esse é, eminentemente, um direito historicamente associado aos chamados direitos humanos de primeira geração, destinados à consolidação das concepções de individualidade, da dignidade humana e do livre direcionamento de seu pensamento e convicções, sem coações exteriores, quer do Estado quer de quaisquer outras organizações da sociedade civil (Ponzilacqua, 2017, p. 1036).

Historicamente, o Brasil é um país majoritariamente católico, sendo que esta era a religião oficial até a Proclamação da República. Desde então, passou a ser um estado laico, ou seja, que não professa uma religião oficial. Contudo, a laicidade do Estado não impõe seja ele ateu, e no caso brasileiro, conforme faz menção o preâmbulo da Constituição de 1988 ao indicar a “proteção de Deus”, trata-se de um país teísta, a despeito de também respeitar o ateísmo (Sabbag, 2017).

De qualquer maneira, a liberdade de religião foi protegida também pela previsão constitucional da imunidade aos templos de qualquer culto. O fim objetivado com a concessão dessa imunidade é a proteção de valores espirituais, principalmente se considerada que esta é uma das características mais marcantes do povo brasileiro (Harada, 2018).

A imunidade é aplicada a diversas formas

de religiosidade, sendo um meio que o Estado se vale para garantir a liberdade de crença, uma vez que, conforme já exposto, a tributação está vinculada à subordinação, o que mitigaria o direito fundamental indicado. Apesar disso e da interpretação extensiva que se aplica na análise do instituto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as lojas maçônicas não são beneficiadas pela não tributação, posto que, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a maçonaria não se enquadraria no conceito de religião (Paulsen, 2017).

Apesar de o texto constitucional utilizar a expressão “templo de qualquer culto”, a imunidade não se restringe ao templo físico, o imóvel em que são realizados os cultos, uma vez que o §4º do artigo em análise indica que o patrimônio, a renda e os serviços também são contemplados pela imunidade, desde que relacionados às atividades religiosas essenciais. Esse é o limite da imunidade religiosa, uma vez que, ultrapassada a finalidade essencial, a imunidade será cessada (Schoueri, 2018).

Melhor esclarecendo os limites à imunidade religiosa, tem-se que:

O constituinte não pretendeu conferir à imunidade amplitude a ponto de atingir qualquer atividade do templo; limitou-a às suas finalidades essenciais. Ora, “finalidades essenciais” dos templos são aquelas que não podem ser exercidas, com igual proveito, por terceiros. Assim, quando os templos passam a exercer atividades em concorrência com terceiros, inicia-se o campo do Domínio Econômico

e com ele pode encerrar-se a imunidade, já que se passa a revelar, concomitantemente, capacidade contributiva (capacidade para contribuir com os gastos da coletividade) (Schoueri, 2018, p. 443-444).

Ainda para deixar mais clara a extensão da imunidade, é preciso ressaltar que culto diz respeito à manifestação religiosa, a qual, ressalte-se, deve observar e preservar a dignidade humana, sendo defeso a manifestação de cultos que incitem a violência, racismo ou sacrifícios humanos. No tocante ao templo, devido à interpretação extensiva aplicada ao conceito, três teorias surgiram, na busca por defini-lo (Sabbag, 2017).

A teoria clássica entende o templo como o local em que se realizam os cultos. Já para a teoria clássico-liberal, templo seria tudo que possibilita a realização do culto, ainda que indiretamente. Portanto, tanto o local de sua realização como seus anexos (casa pastoral ou paroquial e veículos, dentre outros) não seriam atingidos pela tributação. Por último, a teoria moderna compreende o templo como entidade ou instituição, a qual, tendo em vista o dinamismo em que se constitui, deve ser vista de forma independente das pessoas ou coisas, razão pela qual têm se mostrado a mais adequada para análise das questões que requerem o conceito de templo (Sabbag, 2017).

Nesse sentido, o próprio STF entende que estão vinculados às finalidades essenciais e são alcançados pela imunidade tanto as residências e escritórios dos líderes,

cemitérios, bem como o comércio de produtos religiosos e o envio de recursos a igrejas no exterior. Contudo, fora desse contexto, caso explorem atividade com fins econômicos prevalentes, serão submetidos à tributação, pois estarão atuando em regime de concorrência (Paulsen, 2017).

Como dito, a liberdade religiosa deriva da liberdade de pensamento e manifestação, e representa uma grande conquista social. Portanto, ao proteger a liberdade de crença, a Constituição assegura a diversidade de ideias e filosofias, na qual se inclui a prerrogativa de não crer ou professar uma fé (Moraes, 2018).

Assim, verifica-se que a concessão da imunidade religiosa visa resguardar a livre manifestação de fé, garantindo que crenças individuais possam ser professadas sem óbices tributários.

Evasão fiscal e imunidade religiosa

Como dito, a tributação está vinculada ao surgimento e manutenção do Estado, sendo o pagamento dessas prestações pecuniárias um dever fundamental do cidadão, com vistas à garantia do bem comum. Contudo, tendo por conta a alta carga contributiva exigida no Brasil, é compreensível que os contribuintes busquem meios de reduzir os valores devidos, bem como é justo que o Estado ofereça formas lícitas para que o faça (Cavalcante, 2016).

Uma das principais formas de economia de

impostos ocorre através do planejamento fiscal, também denominado elisão fiscal. Por meio de atos lícitos e anteriores à incidência tributária, o contribuinte impede a ocorrência do fato gerador, o que pode ocasionar a exclusão de seu ato do âmbito de abrangência da norma tributária, ou ainda, a redução do montante tributário que deverá pagar (Sabbag, 2017).

Assim, através de um conjunto de atos, o contribuinte pode reduzir o valor devido a título de tributos, através de mecanismos lícitos. O próprio termo elisão tem origem no latim *elisio* e expressa a ideia de eliminar, suprimir. Conforme narrado, em regra a elisão ocorre em momento anterior à concretização do fato gerador, uma vez que visa impedir a incidência tributária, ou ao menos reduzi-la (Abraham, 2018) (Alexandre, 2017).

Apesar dessa prática trazer benefícios ao contribuinte, ela não é bem recepcionada pelos órgãos públicos fazendários, pois implica na redução da receita arrecadada. Ainda assim, em tese, não haveria como impedir ou proibir o contribuinte de se valer desse instrumento, haja vista ser autorizado pelo ordenamento (Mazza, 2015).

Contudo, pode ocorrer que as medidas adotadas para a elisão sejam maculadas de irregularidades, violando disposições legais ou objetivando fins diversos, momento em que a elisão dá espaço para instrumentos de abuso de direito, bem como de simulação e fraude. Nesse contexto insere-se a evasão fiscal, que se configura por

atos ilícitos através dos quais o contribuinte esconde o fato gerador, lhe confere uma aparência de ocorrência não tributável ou, ainda, tributado de forma mais amena. Pode acontecer concomitantemente ou após a verificação do fato gerador, quando o contribuinte oculta a essência do ato que está praticando, ou seja, ele ocorre, mas é camuflado. Na evasão fiscal são utilizadas práticas ilícitas para abstenção do pagamento de tributos (Sabbag, 2017).

A própria origem etimológica do termo deriva do latim *evasio* e expressa a ideia de fuga, ou seja, indica a ideia de usar meios antijurídicos para se abster de cumprir obrigação tributária. Esses atos têm por fim o não pagamento dos tributos cujo fato gerador já tenha ocorrido. O contribuinte objetiva sonegar o pagamento de tributos, usando, portanto, manobras ilegais para fins também ilícitos (Abraham, 2018) (Novais, 2018).

Nesse sentido, visando evitar que as autoridades fiscais tenham conhecimento do nascimento da obrigação tributária advinda da ocorrência do fato gerador, o contribuinte busca meios de esconder as informações do Fisco para evitar a tributação. Por essa razão, em regra, os atos evasivos se verificam após a ocorrência do fato gerador (Alexandre, 2017).

Os mecanismos da evasão fiscal são a sonegação, a fraude e a simulação. O primeiro deles, a sonegação, realiza-se através da ocultação de informações, que acaba por gerar tributo de menor valor. Quanto à

fraude, diz respeito aos atos de adulteração e falsificação de documentos que ocasionam a escusa do pagamento de tributos. A simulação, que será melhor tratada a seguir, ocorre através da aparência de negócio ou situação inexistente, ou da aparência de um negócio, quando na verdade, outro é realizado (Moreira, 2003).

Por fim, tem-se a figura da elusão fiscal (também chamada elisão ineficaz ou elisão abusiva), na qual, através da simulação de um negócio jurídico, o contribuinte dissimula a ocorrência do fato gerador. Ainda que apresente uma aparência lícita, há, em verdade, um negócio simulado, visando fim diverso do comum. Contudo, a doutrina tradicional ainda classifica tal situação como hipótese de elisão fiscal simples, em função de sua aparência lícita (Alexandre, 2017).

Em outras palavras, a elusão fiscal é um ato jurídico simulado, que objetiva não recolher, ou ainda, recolher de forma reduzida o tributo devido. Exemplificando, ao realizar a venda de uma mercadoria, o sujeito ativo a declara como uma prestação de serviço, beneficiando-se da alíquota reduzida do Imposto sobre Serviços (ISS) (Mazza, 2015).

Esse é um conceito novo e sua definição e contornos não são pacíficos na doutrina e jurisprudência tributária. Pode ser compreendido como um meio termo entre a elisão e a evasão fiscal, posto que, apesar de ser realizada através de mecanismos lícitos e objetivando

a economia de tributos como ocorre na elisão, também apresenta os vícios e a finalidade de fraudar, característicos da evasão (Cavalcante, 2016).

Em resumo, podem ser apontadas duas diferenças principais entre esses três institutos de economia tributária, quais sejam, o momento de ocorrência e a licitude do comportamento. Em regra, os atos elisivos são realizados antes da ocorrência do fato gerador e se dão por meio de atos lícitos. A evasão, por sua vez, ocorre após e configura-se pela utilização de mecanismos ilícitos. Já a elusão pode ocorrer tanto antes quanto depois do fato gerador e apesar de formalmente lícita, se vale de mecanismos como o abuso de forma e direito, e simulação na condução dos negócios jurídicos (Alexandre, 2017).

Para análise da licitude ou não dos meios que o contribuinte se vale, costuma-se relacionar alguns conceitos do Direito Civil já mencionados anteriormente, quais sejam, abuso de forma, abuso de direito e simulação.

Através do abuso de forma, o contribuinte realiza negócio jurídico utilizando uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para evitar a tributação que seria exigida se utilizada a forma comum para aquele ato. Nesse ponto, há um questionamento doutrinário, uma vez que o critério jurídico para escolha dos instrumentos a serem utilizados nos negócios estaria sendo substituído pelo critério da normalidade ou habitualidade. Ou seja, a forma adequada seria a forma usual, ainda que existissem

outros meios lícitos para se alcançar o mesmo fim. Assim, para parte da doutrina, em sendo a forma escolhida pelo contribuinte lícita, ou seja, prevista ou não defesa em lei, ela não poderá ser tida como inadequada, posto que os diversos instrumentos criados pelo direito seriam restringidos a poucas formas (Amaro, 2014).

Quanto ao abuso de direito, semelhante ao de forma, caracteriza-se quando o contribuinte escolhe procedimentos que, embora previstos na legislação, não estão sendo utilizados para alcançar seus fins habituais. A mesma problemática levantada quanto ao abuso de forma pode ser percebida, posto que não se pode questionar a escolha pelo exercício de determinado direito para alcançar fins específicos. Contudo, nesse caso, em sendo exercido apenas para obter vantagem fiscal, há flagrante abuso de direito, conforme entendimento de parte da doutrina (Amaro, 2014).

A simulação, por sua vez, diz respeito à ausência de correspondência entre o negócio que as partes aparentam estar realizando e aquele que elas formalmente fazem, havendo uma divergência entre o que é externado e o que de fato está ocorrendo, com o objetivo de ludibriar terceiros (Abraham, 2018). Ainda:

Manifesta-se por meio de um ato volitivo perpetrado pelo agente com objetivo de produzir efeitos diferentes do que externamente se apresenta, para encobrir o que realmente se pretende fazer. Há algo *oculto* que se quer realizar e há algo *ostensivo* que não se quer, que funciona

de “disfarce” para o intento realmente desejado. Encontra-se na sua essência o seu objetivo final: enganar terceiros (no caso, o Fisco). O ato simulado é o que se apresenta perante terceiros, enquanto o dissimulado é o verdadeiro ato que se pretendia realizar, mas acaba oculto sob o manto da simulação (Abraham, 2018, p. 184).

Nesse sentido, e apesar de a economia fiscal ser permitida no ordenamento jurídico, o parágrafo único do art. 116 do CTN, acrescentado pela Lei Complementar 104/2001, prevê a norma geral antielisiva, dispondo que à autoridade administrativa é possível “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária” (Brasil, 1966), cujo procedimento administrativo será estabelecido em lei ordinária.

Dito isso, através do dispositivo supracitado, à Fazenda Pública foi concedido poderes de recusar negócios jurídicos fraudulentos, ou seja, desconsiderá-los, ignorando o ato praticado pelo contribuinte. Frise-se, porém, que tais poderes não lhe autorizam desconstituir negócios privados, posto que se configuraria uma interferência na esfera privada do contribuinte. Esse instrumento possibilita apenas o questionamento acerca de atos, negócios e procedimentos realizados em planejamento tributário, a fim de combater irregularidades (Mazza, 2015).

Ao desconsiderar determinados negócios

jurídicos, o Fisco não os desconstitui, uma vez que o acordo entre as partes se mantém válido. São apenas desconsiderados em seu aspecto tributário para possibilitar que, mediante a análise dos próprios fatos, a autoridade proceda à cobrança tributária. Por essa razão, não há necessidade de prévia autorização judicial, posto que o negócio é preservado, sendo possível às partes buscar a intervenção judicial (Alexandre, 2017).

Assim, através de procedimento administrativo, a autoridade fazendária pode desconsiderar os atos do contribuinte que forem julgados manipulatórios, dissimulatórios ou abusivos (Abraham, 2018). Nesse sentido, a norma do art. 116 do CTN pode ser compreendida como uma forma de limitar o próprio planejamento tributário, uma vez que:

A implantação de uma norma geral antielisão denota o esforço da administração tributária no sentido de criar mecanismos hábeis ao enfrentamento da astúcia do contribuinte que, a todo tempo, tenta se livrar do pagamento de tributos. É claro que a redução de despesas é importante-para o desenvolvimento de qualquer atividade econômica, e o planejamento tributário contribui para essa diminuição de custos. O que a cláusula antielisiva busca combater é o planejamento tributário agressivo, caracterizado pelo abuso das formas jurídicas (Alexandre, 2017, p. 345).

Há de se esclarecer que, sendo um mecanismo para combater abusos fiscais, a denominação mais adequada

seria norma antielusão ou antievasão, posto que a elisão se compõe de condutas lícitas. Contudo, a terminologia tradicional é mantida e aplicada pela doutrina (Alexandre, 2017).

Apesar das discussões acerca da constitucionalidade do mencionado dispositivo e da ausência de lei que regulamente seu procedimento administrativo, a regra geral antielisiva tem sido aplicada pelas autoridades tributárias, podendo, inclusive, constituir mecanismo de combate ao desvirtuamento das benesses tributárias, como a própria imunidade.

As práticas fiscais fraudulentas cometidas por templos religiosos

Nos últimos anos, o número de cultos, igrejas e fiéis têm crescido em grande quantidade no Brasil. De acordo com o censo demográfico realizado em 2010 pelo Estatuto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano 2000 a população evangélica totalizava 15,4% da população, e em 2010 chegou a 22,2%. Tais estatísticas representam um aumento de cerca de 16 milhões de pessoas, que se subdividem em diversos segmentos (BRASIL, 2012). Ainda, de acordo com o Jornal O Globo, de janeiro de 2010 a fevereiro de 2017, 67.951 entidades se registraram na Receita Federal sob a rubrica de “organizações religiosas ou filosóficas”, uma média de 25 registros por dia (Grillo, 2017).

Com isso, surge a discussão acerca da imunidade que essas instituições desfrutam, uma vez que existem verdadeiros impérios econômicos disfarçados de igreja, sobre os quais o Estado está impedido de recolher impostos. O instituto da imunidade está sendo desvirtuado e se tornando um instrumento de enriquecimento ilícito de líderes religiosos. Ademais, tendo em vista o mencionado crescimento do número de entidades religiosas, a imunidade acaba por reduzir o campo de arrecadação fiscal dos entes públicos. Nesse sentido:

A interpretação ampla, que se costuma dar ao instituto da imunidade, não pode implicar tolerar os abusos que vêm sendo praticados, tendo em vista a extrema facilidade com que se institui uma seita. A disputa do gordo filão dos dízimos e contribuições vem acirrando a luta entre as seitas e, não raras vezes, entre os próprios membros da mesma seita, numa inequívoca demonstração de ofensa aos princípios éticos e morais, não condizente com a livre manifestação do credo, assegurado pela Carta Magna. Os atos de mercancia, praticados por algumas seitas, ainda que disfarçadamente, e que contribuem para erguer rios e montanhas de dinheiro com a inocência de seus fiéis, não podem continuar à margem da tributação, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia tributária (Harada, 2018, p. 451).

Partindo dos conceitos expostos no subtópico anterior, têm-se que muitas práticas ilícitas já foram realizadas através dos templos religiosos, conforme diversos

casos divulgados pela mídia.

A título de exemplo, em São Paulo, no ano de 2012, a Polícia Federal constatou a existência de uma igreja cujas operações financeiras alcançavam o montante de quase R\$ 400 milhões, e que havia sido criada apenas para acobertar atividades ilícitas. Não havia sequer um templo ou fiéis, sendo que a organização criminosa optou pela criação de uma igreja de fachada, porque, além de ser beneficiária de imunidade tributária, as chances de se submeter à fiscalização seriam menores (Macedo, 2012).

É cada vez mais comum a criação de templos de fachada ou igrejas-fantasma, haja vista a facilidade de sonegar impostos, lavar dinheiro do crime organizado e disfarçar o enriquecimento ilícito dos líderes, posto a dificuldade em investigar e examinar os valores doados pelos fiéis às igrejas (Vieira, 2014).

Ainda como exemplo, foi descoberto um esquema de desvio de valores recolhidos a título de dízimos e ofertas dos fiéis de uma igreja evangélica no Espírito Santo ocorrido nos anos de 2010 e 2011. Retirando valores do caixa da igreja através da emissão de notas fiscais frias, aproximadamente R\$ 23 milhões de reais foram desviados. Indícios indicavam que empresas foram criadas para esse fim, em nome de laranjas, mas os envolvidos diziam se tratar de serviços efetivamente prestados à igreja e bens adquiridos. Processos tramitam em uma das varas criminais da capital do estado, bem como na Justiça Federal, relacionados a outras

fraudes, como descaminho, evasão de receitas, lavagem de dinheiro da compra de equipamentos no exterior e doação de dinheiro para irmãos no exterior, sem comprovação (Fernandes, 2016).

Teixeira (2013) coleciona outras notícias e dados acerca de grandes escândalos de uma das principais igrejas brasileiras envolvida em situações fraudulentas relacionadas à imunidade tributária. São diversas acusações que variam desde o envio de valores a doleiros no exterior, à utilização da estrutura da igreja para lavagem de dinheiro, bem como dos recursos arrecadados dos fiéis para compra de emissoras de TV e rádio e bens particulares aos líderes, já tendo sido realizadas, inclusive, investigações sobre o envolvimento desta entidade com dinheiro advindo do tráfico. Ainda, seu líder já foi apontado como o pastor mais rico do Brasil, com fortuna acumulada no montante de US\$ 950 milhões no ano de 2013, bem como já foi acusado em diversas ocasiões de se aproveitar da imunidade tributária da igreja que comanda para fazer transações comerciais, burlando o Fisco.

Todos os atos fraudulentos supraindicados e já tratados nesse trabalho são verificados nos casos em análise, haja vista a utilização da estrutura das igrejas, beneficiadas pela imunidade tributária, para lavar dinheiro obtido por outros meios, e que, se declarados de acordo com sua real fonte, seriam tributados. Verifica-se, também, desvio do dinheiro intributável advindo dessas entidades

para satisfazer fins pessoais de seus líderes, gerando seu enriquecimento ilícito, posto que se aproveitam da exclusão de contribuição com os custos sociais realizados através da tributação, utilizando-se da roupagem religiosa para tais fins.

O esvaziamento da imunidade religiosa e a opinião popular

Conforme já exposto, objetivando garantir que cada indivíduo tenha condições de se desenvolver plenamente, a CRFB/1988 estabeleceu um rol de direitos fundamentais, dentre os quais figura a liberdade religiosa. A crença atua no foro íntimo de cada indivíduo sendo, por vezes, canal para a realização de transformações comportamentais, como o abandono de vícios e práticas ilícitas. É notável a relevância e a função social das atividades exercidas pelas entidades religiosas em sua maioria, uma vez que prestam assistência emocional, física e psicológica à população em geral, alcançando pessoas e lugares que o Estado não consegue (Ribeiro; Minayo, 2014).

Muitas igrejas possuem ações e programas sociais com atuação na prevenção e reabilitação da criminalidade, bem como na recuperação de alcoólatras e usuários de drogas, apresentando, inclusive, eficácia no tratamento de doentes, através de suas atividades religiosas. Esses programas desenvolvidos por organizações religiosas

são de muito proveito ao Estado, posto que são, em regra, realizados por voluntários, apresentando-se como uma resposta econômica aos problemas sociais, o que beneficia o aparelho estatal, posto que “nas prisões, favelas e periferias urbanas muitas igrejas vêm desempenhando uma série de ações de caráter social e de ressocialização e assumindo funções que seriam do Estado” (Ribeiro; Minayo, 2014, p. 1786).

Ocorre que, para manutenção própria e dos trabalhos sociais, essas entidades são custeadas voluntariamente por seus membros. Por essa razão, a CRFB/1988 concedeu imunidade tributária a essas instituições, que não estão sujeitas ao recolhimento de impostos, bem como administram livremente a renda que captam, sem auxílio financeiro direto ou intensa fiscalização do Estado.

Conforme delineado no presente trabalho, cada vez mais tem-se percebido um esvaziamento da essência pensada pelo constituinte para a imunidade religiosa, haja vista a crescente ilicitude em sua utilização, mascarada pelo sentimento religioso, e mediante abuso da fé e inocência dos fiéis. Essa situação é notada, por exemplo, pela mencionada riqueza acumulada por diversos templos, a despeito da escassez de recursos de seus fiéis, e, algumas vezes, do acanhado retorno desses valores para a assistência social aos seus próprios membros e à sociedade em geral (Sabbag, 2017).

Nesse sentido, e não sem razão, às questões apresentadas soma-se a insatisfação da população ao modo como as imunidades têm sido aplicadas, sem critérios, e com finalidade diversa da que foram criadas pelo legislador constitucional.

Apesar disso, pode-se dizer que a opinião popular tem se alterado nos últimos tempos, demonstrando uma postura positiva à concessão da imunidade religiosa. Essa constatação se baseia nos resultados da Consulta Pública - Sugestão 2/2015, disponível para votação da população no site do Senado Federal desde 2016, no portal E-Cidadania, sugerindo o fim da imunidade tributária para as entidades religiosas (igrejas). Conforme o texto da proposição disponibilizado no portal, as igrejas apresentavam estrutura de empresa buscando por clientes (fiéis), bem como tornaram-se protagonistas de grandes escândalos financeiros, possibilitando o enriquecimento de líderes, sob chancela do Estado (Brasil, 2015).

Em acesso realizado no dia 20 de junho de 2018, constavam 150.797 (cento e cinquenta mil, setecentos e noventa e sete) votos favoráveis ao fim da imunidade, contra 149.147 (cento e quarenta e nove mil, cento e quarenta e sete) votos pela continuidade da benesse tributária. Guardadas as devidas proporções e em uma simples análise quantitativa, à época, a maioria da população brasileira manifestava posição contrária à concessão da imunidade aos templos religiosos (Brasil, 2015).

Contudo, em novo acesso realizado em 28 de fevereiro de 2019, estão contabilizados 166.841 (cento e sessenta e seis mil, oitocentos e quarenta e um) votos em apoio ao fim da imunidade, em oposição a 211.303 (duzentos e onze mil, trezentos e três) votos contrários à cessação da imunidade às igrejas (Brasil, 2015).

Essa virada na opinião pública, em curto período de tempo, pode ser creditada a diversos fatores, mas, de toda forma, em função de a consulta popular ter alcançado mais de 20 mil apoios, a sugestão foi encaminhada ao Senado Federal, e atualmente encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), aguardando a designação de novo relator. Se aprovada na CDH, a sugestão pode se tornar um Projeto de Lei do Senado (PLS).

Independentemente das razões, a consulta abrangeu um número expressivo de brasileiros, o que implica em sua necessária observância pelo Poder Público, uma vez que, em um Estado Democrático, como é o Brasil, a legislação deve estar em consonância com os anseios populares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção do Estado está vinculada à tributação, sendo que o pagamento de tributos remonta tempos tão antigos quanto a própria existência humana. A contribuição dos indivíduos é indispensável para o sustento

da estrutura estatal de que ele mesmo se beneficia.

Tão antiga quanto os institutos apresentados e também ligada ao surgimento do ser humano está a religião, que apesar de ter sido desvinculada do Estado ao longo do tempo, ainda ostenta papel de grande importância social, atuando em um campo no qual o Estado não consegue alcançar: o íntimo de cada homem.

Por essa razão, reconhecendo a função social exercida pela religião, historicamente foi-lhe concedida pelos governos certos privilégios no tocante ao pagamento dos tributos. No Brasil, atualmente, isso ocorre por meio da imunidade tributária dos templos religiosos de qualquer culto, com sede constitucional e caráter de cláusula pétrea.

Contudo, apesar de grande parte dos seguimentos religiosos se fundarem em princípios e valores de honestidade e bondade, a experiência brasileira tem demonstrado que a imunidade é utilizada, por vezes, como meio de fraudar o recolhimento tributário no país, favorecendo o enriquecimento ilícito de líderes religiosos mediante práticas criminosas.

Diversos meios fraudulentos têm sido utilizados por templos em gozo da imunidade tributária para sonegação de impostos, inclusive mediante a lavagem de dinheiro advindo do tráfico de drogas. Ainda, a despeito de a ordem constitucional impor o reinvestimento dos valores arrecadados no próprio templo, o que se percebe é o oposto, com vários líderes enriquecendo e dominando diversos

segmentos do mercado à custa das contribuições dos fiéis.

Essa situação tem despertado a insatisfação popular no modo como as imunidades têm sido aplicadas. No caso dos templos, fatores como a facilidade de criação de uma religião e a ausência de critérios para sua qualificação como uma instituição verdadeira, a imunidade não tem cumprido os ideais para os quais foi instituída. Em outras palavras, a exoneração fiscal não está realizando sua função de servir como garantia aos princípios fundamentais de liberdade, principalmente quanto ao exercício de crença.

A corrupção envolvendo o instituto tem gerado o desejo popular de pôr fim à imunidade, medida extrema, e que trará prejuízos a diversos segmentos da sociedade, beneficiados física e espiritualmente pela atuação das igrejas. Isso porque, apesar dos aspectos negativos advindos pela forma como a benesse fiscal é concedida e utilizada pelos templos, não se pode ignorar a importância das ações sociais promovidas pelas igrejas que, atuando em diversos campos da vida social, assume para si competências e responsabilidades pertencentes ao Estado. Certo é que as igrejas passam a exercer o papel do Estado nos locais onde ele não consegue chegar, por ausência de recursos ou políticas públicas eficientes. Por essa razão, a imunidade não pode ser classificada apenas como um instrumento para o cometimento de fraudes e corrupção, uma vez que o próprio Estado é beneficiado pela atuação de diversas instituições religiosas comprometidas com o exercício de uma função

social.

Isso não significa, porém, que a corrupção deve ser tolerada e a estrutura fraudulenta das imunidades mantida. Um dos pontos principais se concentra na definição de critérios, além daqueles já existentes, para a concessão e manutenção da imunidade a templos sérios, que tenham compromisso real com seus fiéis e para com a sociedade em geral.

Não significa que a crença e sua abrangência seriam definidos em conceitos sólidos e imutáveis, mas que podem ser fixados critérios formais para a concessão da imunidade, o que facilitaria, inclusive, a efetivação de métodos de fiscalização. Informada acerca de quais templos são beneficiados com a imunidade, bem como sobre sua atuação social, dentre outras, a população poderia superar a percepção de corrupção advinda da utilização de imunidades.

Nesse sentido, ressalte-se que as questões envolvendo a imunidade não podem ser discutidas apenas no âmbito judicial. Estender o campo de aplicação das imunidades sem a fixação de requisitos e critérios aptos a afastarem o desvirtuamento do instituto permitiu a configuração do estado atual, em que fraudes fiscais têm ocorrido com certa frequência. O Legislativo deve regulamentar o deferimento de imunidades às Igrejas, podendo, inclusive, se valer das ideias já apresentadas em projetos de lei, e o Executivo precisa fiscalizar e aplicar

as normas com diligência, de modo que o instituto possa materializar, de fato, a intenção do constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodvim, 2017.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Agência de Notícias IBGE*. Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espíritas-e-sem-religiao.html>>. Acesso em 02 mai. 2018.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 14 out. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 set. 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Consulta Pública - Sugestão 2/2015*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=122096&voto=favor>>. Acesso em 18 jun. 2018.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. A estreita fronteira da elisão e evasão fiscal. *Revista de Estudos Tributários*, 2016, v. 1, n. 01, pp. 53-71. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RET%20111_miolo.pdf>. Acesso em 19 jan. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). *Direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, v. 5.

FERNANDES, Vilmaria. *Receita cobra quase R\$ 23 milhões por fraude em Igreja Maranata no ES*. Jornal G1 – Gazeta, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2016/04/receita-cobra-quase-r-23-milhoes-por-fraude-em-igreja-maranata-no-es.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

GRILLO, Marcos. *Jornal O Globo. Desde 2010, uma nova organização religiosa surge por hora*. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/desde-2010-uma-nova-organizacao-religiosa-surge-por-hora-21114799#ixzz51KI4dtQD>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2017.

JORGE, Carolina Schäffer Ferreira. *Interpretação das Imunidades do art. 150, VI, da Constituição Federal*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

MACEDO, Fausto. *Jornal Estadão. Quadrilha criou igreja em São Paulo para sonegar impostos e lavar dinheiro*. 2012. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,quadrilha-criou-igreja-em-sao-paulo-para-sonegar-impostos-e-lavar-dinheiro-imp-,954195>>. Acesso em: 28 out. 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, André Mendes. Elisão e Evasão Fiscal – Limites ao planejamento tributário. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, 2003, v. 21, pp. 11-17. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Elisao-e-Evasao-Fiscal_Limites-ao-Planejamento-Tributario.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

NOVAIS, Rafael. *Direito tributário facilitado*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. Direito e religião: conflitos entre liberdades, desafios sociojurídicos e judicialização. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, 2016, v. 21, n 03, pp. 1017-1041. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9690/5441>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

RIBEIRO, Fernanda Mendes Lages; MINAYO, Maria Cecília de Souza. O papel da religião na promoção da saúde, na prevenção da violência e na reabilitação de pessoas envolvidas com a criminalidade: revisão de literatura. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2014, v. 19, n. 06, pp. 1773-1789. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232014196.13112013>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEIXEIRA, Rodrigo Leal. *Anacronismo social e impropriedade jurídica na aplicação da imunidade tributária aos templos de qualquer culto no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3 ed. revista e atualizada até 31 de dezembro de 2003, data da publicação da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, André Guilherme. *Doleiros usam imunidade tributária de igrejas para lavagem*. Valor Econômico, São Paulo, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3492654/doleiros-usam-imunidade-tributaria-deigrejas-para-lavagem>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Norma Suely Silva Candelato¹

Cláudia Cristina Câmara Maciel²

INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, originária de países que adotam o sistema *common law*, ganha cada vez mais força no cenário brasileiro. Referida construção doutrinária versa sobre a ampliação do elemento subjetivo do tipo, no intuito de promover a responsabilização dos agentes que escolhem o grau de conhecimento que desejam ter em relação a um ilícito. Em outras palavras, a teoria confere uma interpretação extensiva ao elemento subjetivo e torna possível a punição daqueles que, propositalmente, se colocam em estado de ignorância acerca de uma situação, com o intuito de evitar quaisquer consequências advindas dela, nas hipóteses em que esta postura ofende um bem jurídico protegido.

Esta construção doutrinária, de crescente aceitação pela jurisprudência pátria, possui duas justificativas dogmáticas: o dever de cuidado e a alta probabilidade.

1 Professora Especialista do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

Entende-se que há ofensa ao dever de cuidado nas hipóteses em que o agente já suspeita de que sua conduta ou algum de seus elementos esteja revestido de ilicitude, capaz de gerar um resultado reprovável, mas não contém o seu agir, optando por continuar com a execução do ato, sem investigar o seu potencial lesivo. O princípio da alta probabilidade, por sua vez, é utilizado especialmente nos tribunais norte-americanos para condenar aqueles que, ao verificar a alta probabilidade de incorrer em ilicitude, dão prosseguimento à execução do ato, não importando se investigaram ou não a conduta.

A aplicação do instituto no Brasil, percebida nas mais diversas áreas do Direito, causa polêmica entre os estudiosos do tema. Debate-se a sua compatibilidade, bem como as suas consequências práticas no ordenamento pátrio, marcado pelo positivismo, considerando os mandamentos constitucionais que colaboram para o seu viés garantista.

Ante à efetividade que a utilização do instituto confere à legislação já existente, a jurisprudência tem apoiado a sua aplicação nos mais variados ramos do Direito, em combate à impunidade daqueles que escolhem fechar os olhos para potenciais ilicitudes, como resposta ao *animus puniendi* da sociedade moderna.

Nesse contexto, o objetivo desta pesquisa é compreender a Teoria da Cegueira Deliberada, analisando as consequências advindas de sua aplicação, bem como as dificuldades que serão enfrentadas, uma vez que o referido instituto já é recorrente nos tribunais brasileiros.

A Teoria da Cegueira Deliberada: o seu surgimento, contexto histórico e origem

A Teoria da Cegueira Deliberada, também chamada de *willful blindness* (cegueira intencional) nos países que adotam o sistema *common law*, pode ser identificada na doutrina e jurisprudência do direito estrangeiro por nomenclaturas diversas. É conhecida também pelas expressões “ignorância deliberada” (*willful ignorance*), “doutrina da evitação de consciência” (*conscious avoidance doctrine*), “teoria da avestruz e do zorro” ou “teoria das instruções de avestruz” (*ostrich instructions*), “cegueira voluntária”, “desconhecimento provocado ou proposital”, “autoengano”, “conhecimento construído”, “teoria do pré dolo”, dentre outras.

A teoria ganhou destaque e vem sendo aplicada nos mais diversos países como forma de atribuição de responsabilidade ao indivíduo que intencionalmente busca evitar conhecimento da ilicitude de determinada conduta, com vistas a obter vantagem pessoal ou alheia, assegurando a sua proteção nos casos de eventual responsabilização. Entende-se que, adotando postura diversa com relação às informações disponíveis ao agente, o conhecimento da ilicitude seria inevitável. Esse comportamento, na maioria das vezes passivo, é comparado ao de um avestruz, animal que enfia sua cabeça na terra no intuito de se esconder do perigo ou lidar com o medo do que está por vir (Klein, 2012, p. 1).

O seu surgimento se deu na Inglaterra, local

em que se iniciou o debate acerca da teoria, que começou a ser aplicada pelos Tribunais Ingleses a partir do caso *Regina v. Sleep*, no século XIX (Sydow, 2018, p. 76; Klein, 2012, p. 2).

Em 1861, o ferreiro *Sleep* foi condenado pelo júri inglês por desvio de bens públicos ao embarcar em um navio com um barril contendo parafusos de cobre. No barril havia o emblema real, o que indicava a propriedade do Estado. Alegando desconhecer a propriedade do Estado sobre os bens que transportava, tendo em vista que o delito que lhe era imputado, exigia o conhecimento como elemento subjetivo, o acusado foi absolvido pela interessante sentença proferida pelo Juiz Willes (Robbins, 1990, p. 196 *apud* Sydow, 2018, p. 77; Klein, 2012, p. 2).

O argumento que inocentou *Sleep* e fundamentou a sentença baseou-se no fato de que o júri não encontrou indícios suficientes para confirmar que o ferreiro sabia que os parafusos estavam marcados, e muito menos que ele propositalmente se absteve de obter tal conhecimento. Esse raciocínio sugere que poderia haver uma condenação baseada tão somente na evidência de que o acusado tenha induzido o próprio desconhecimento, conduta que lhe seria imputada como equivalente ao conhecimento real (Robbins, 1990, p. 196 *apud* Sydow, 2018, p. 77; Klein, 2012, p. 2).

Em 1875, o precedente firmado no caso *Bosley v. Davies* orientou a aplicação da teoria nos Tribunais Ingleses ao condenar *Davies*, proprietário de uma pensão, por permitir a prática de jogos ilegais em seu estabelecimento. A despeito

das alegações de desconhecimento por parte da defesa, fator de extrema relevância ao tipo penal que lhe era imputado, o Tribunal chegou à conclusão de que o conhecimento real poderia ser suprimido diante da demonstração de que *Davies* se mostrava condescendente e indiferente à tal situação, o que tornava cômoda a sua decisão moral (Robbins, 1990, p. 197 *apud* Klein, 2012, p. 3).

As cortes norte-americanas, por sua vez, tiveram o seu principal precedente em 1899, no caso *Spurr v. United States*, em que foi adotada a teoria em seu ordenamento jurídico. Tal precedente condenava o gerente de banco *Spurr* que certificava cheques emitidos por determinada pessoa jurídica sem, contudo, realizar as diligências básicas para confirmar a existência de fundos em sua conta. Neste caso, restou comprovado o “propósito malicioso” do agente que, propositalmente, se esquivou da verdade (EUA, *Spurr v. United States*, 1899 *apud* Sydow, 2018, p. 78).

Os julgados, contudo, tratavam com superficialidade a matéria. A falta de clareza e objetividade dificultava a parametrização do instituto. A teoria passa a ter mais destaque com o forte combate ao narcotráfico em 1970, pois foi aplicada em vários casos por tribunais estadunidenses inferiores nos delitos associados ao tráfico de drogas. O caso *Spurr v. United States* também permitiu a sua incidência em questões econômicas tributárias, como falências, fraude, etc. (Sydow, 2018, p. 79.)

Também merecem destaque os casos *Turner*

v. United States e United States v. Jewell, que consolidaram “o entendimento de que quem é consciente da alta probabilidade da existência de um crime e não faz o necessário para confirmar tal existência, merece o mesmo tratamento de quem tem a plena certeza sobre tal”. Ambos foram julgados em 1976 no incisivo combate ao narcotráfico (Robbins, 1990, p. 204 *apud* Klein, 2012, p. 4).

No final do século XX, a teoria já estava sendo amplamente aplicada em delitos ambientais, ligados à informática ou de lavagem de capitais, como ocorreu em *United States v. Campbell*, quando a corretora de imóveis Ellen Campbell foi condenada pelo júri pela venda de um imóvel. A acusada chegou a declarar que reconhecia a possibilidade de que o dinheiro usado para o pagamento poderia ter vindo do tráfico de entorpecentes, o que revela a sua postura de “fechar os olhos” para tal situação. A sentença conclui que “questão relevante no caso não é o propósito de Campbell, mas sim o seu conhecimento a respeito do propósito de Lawing”, comprador do imóvel (Ragués I Vallès, 2007, p. 77 *apud* Klein, 2012, p. 4; EUA, *United States v. Campbell*, 1982 *apud* Klein, 2012, p. 5).

A doutrina e jurisprudência ao redor do mundo estão longe da unanimidade quando o tema é Teoria da Cegueira Deliberada. Porém, a tendência é que tal construção doutrinária ganhe ainda mais força, nos mais variados ordenamentos jurídicos, haja vista a sua posituação como modalidade de imputação subjetiva no Estatuto de

Roma em seu artigo 28, vigente desde 01 de julho de 2002 e responsável pelo Tribunal Penal Internacional. Referido diploma atualmente conta com a ratificação de cento e vinte e dois países (Klein, 2012, p. 7).

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção positivaram a teoria no cenário internacional (Klein, 2012, p. 8).

É possível perceber que, embora a Teoria da Cegueira Deliberada seja uma construção doutrinária antiga, seu debate e aplicação no direito brasileiro é recente.

Sydow esclarece que a Teoria da Cegueira Deliberada é um desenvolvimento doutrinário dos países anglo-saxões, tendo surgido em meados do século XIX. “Sua finalidade é a de resolver uma específica situação lacunosa criada a partir da premissa de que o indivíduo escolhe o grau de conhecimento que deseja ter e por tal decisão responde” (Sydow, 2018, p. 22).

A noção básica de dolo e culpa tem se revelado insuficiente na resolução de tal dilema, principalmente pelo fato de o elemento subjetivo se encontrar atrelado à tipicidade da conduta, o que gera verdadeiro impedimento na responsabilização do agente que alega desconhecer elementos do tipo, seja porque deliberadamente escolheu ignorá-los ou porque, convenientemente, não buscou conhecê-los.

De tal modo, ante a insuficiência do dolo

eventual, “a teoria busca alargar o rol de situações em que se compreende por dolosa a atitude de um indivíduo, acrescentando a provocação de desconhecimento como grave fator subjetivo” (Sydow, 2018, p. 19).

É certo que, ao se exigir a intenção do agente como elemento do tipo, não se pode imputar a alguém fato que lhe é desconhecido. Existem institutos criados no ordenamento pátrio justamente para abarcar situações em que o agente não tem consciência de cada um dos elementos que tornam a conduta típica, como por exemplo, o erro de tipo. Há casos em que o sujeito pode agir com dúvida, ou ainda, casos em que o desconhecimento dos elementos do tipo enseje a total atipicidade da conduta. Este seria o desconhecimento genuíno.

Contudo, não há previsão expressa no direito positivo das situações em que o agente realmente desconhece os elementos do tipo, mas se colocou no estado de ignorância de forma proposital, seja porque criou mecanismos prévios para evitação do conhecimento, ou ainda porque não buscou conhecer a verdade por meio de diligências ordinárias.

Como condenar aqueles que, de fato, desconhecem a existência do ilícito, mas encontram-se neste estado pois criaram verdadeiro estratagema para tanto? A dificuldade se revela também quando o agente é colocado no estado de ignorância por meio de um terceiro, que o faz propositalmente. Na hipótese em que o agente suspeita da existência do delito, mas não busca descobrir a verdade,

está-se diante do mesmo problema.

Percebe-se a insuficiência dos conceitos clássicos de dolo e culpa na atribuição de responsabilidade daqueles que construíram a própria ignorância.

Dolo e culpa no Direito Penal

Tendo em vista que o instituto em questão se originou em âmbito do Direito Penal e que a maior parte de seu desenvolvimento doutrinário e aplicação se dá à luz desse ramo do direito, necessário se faz relembrar alguns conceitos básicos da disciplina, objetivando a compreensão do tema e das críticas realizadas quanto a sua utilização em matéria criminal.

Primeiramente, cumpre examinar o conceito de dolo. Nos termos do artigo 18 do Código Penal, considera-se doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Com base neste conceito, pode-se inferir que o dolo abrange dois elementos: o elemento cognitivo, caracterizado pelo conhecimento de que a conduta constitui ação típica e o elemento volitivo, que é a vontade de obtenção do resultado ou a assunção dos riscos de produzi-lo. A vontade pressupõe o conhecimento e dele depende (Ferreira, 2016, p. 13).

O dolo pode ser classificado como direto ou eventual. De acordo com a teoria da vontade, o dolo é percebido quando o sujeito ativo, mesmo conhecendo

a infração penal, deseja praticá-la. Este é o dolo direto. A segunda espécie de dolo, todavia, adota a teoria do consentimento ou da assunção, que ensina que há dolo eventual quando o sujeito ativo, apesar de prever o resultado como possível, não contém sua conduta, assumindo o risco caso ele ocorra (Ricardo, 2017, p. 12).

Têm-se como culposos o crime em que o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, conceito extraído do artigo 18, inciso II do Código Penal. Diferencia-se do dolo, pois a conduta dolosa é direcionada a um fim específico, enquanto a conduta culposa é mal direcionada e acaba por atingir resultado não desejado pelo agente (Silva Júnior, 2015, p. 17).

Imprudência é relacionada à ausência de cuidados gerais, à conduta perigosa do sujeito que se arrisca acreditando que o resultado não ocorrerá. Exemplo é a direção em alta velocidade, quando o condutor acredita ser capaz de evitar acidentes. Negligência é a falta de um cuidado específico, uma diligência do cotidiano que deveria ser observada pelo agente, é a falta de precaução ou simples indiferença; ocorre quando há omissão no dever de cuidado. Greco (2013, p. 2015) cita o caso do motorista que não verifica os freios do veículo ou do pai que deixa arma de fogo ao alcance de crianças. A imperícia, por fim, ocorre quando o agente atua mesmo sem o conhecimento necessário no exercício de arte, profissão ou ofício. É uma inaptidão técnica, profissional. Seria o caso do que dirige mesmo sem

a habilitação (Ribeiro, 2016, p. 13; Silva Júnior, 2015, p. 18).

A doutrina divide a culpa em duas espécies diferidas apenas pela existência de previsibilidade. A culpa inconsciente ocorre quando o sujeito atua sem previsão do resultado, “embora exista a possibilidade de previsão do resultado, o agente deixa de prevê-lo por desatenção ou mesmo desleixo” (Ricardo, 2017, p. 12). A segunda espécie é a culpa consciente, verificada quando o agente pratica a conduta sabendo do perigo existente, ou seja, prevê o resultado, mas acredita sinceramente que este não ocorrerá (Greco, 2013, p. 206-207).

Impende destacar que a culpa consciente diverge do dolo eventual em ponto crucial. Aquele que age com dolo eventual prevê e aceita o resultado, deseja realizar sua conduta independentemente do resultado proibido. O agente aceita a sua ocorrência para obter o fim pretendido. Por outro lado, o que age com culpa consciente prevê o resultado, mas não o aceita. Nesse caso o agente não assume o risco de produzi-lo, “sendo certo que caso acreditasse na produção do resultado, teria deixado de praticar a conduta” (Ricardo, 2017, p. 13).

Classificações, características e requisitos de aplicabilidade

Embora a teoria estudada represente um instituto jurídico, a cegueira deliberada deve ser compreendida, primeiramente, como uma reação intrínseca aos seres humanos, podendo ser percebida no cotidiano nos mais diversos ambientes, em todos os segmentos sociais.

Sydow (2018) explica que todos os cidadãos se colocam propositalmente em estado de ignorância e tal comportamento é aceito e, até mesmo, necessário na vida em sociedade. São hipóteses “em que nos comportamos de modo hipócrita, em relação a uma realidade, por mera conveniência, incredulidade da mudança do sistema ou, por vezes, até por conformismo e por esperança” (Sydow, 2018, p. 37-38).

Referido autor enumera exemplos dessa situação, como nos casos em que a população não cobra o fiel cumprimento das propostas de campanha do candidato eleito, o vizinho que ouve uma agressão doméstica e escolhe não denunciar o agressor, o agente de trânsito que deixa de multar seu amigo, o paciente em estado terminal que prefere receber falsas esperanças a lidar com a dolorosa realidade, pessoas que preferem não conhecer o adultério de seus parceiros para manter o padrão de vida em que estão, pessoas que deliberadamente não fazem os exames de rotina para evitar uma realidade cruel, etc. São inúmeras as situações (2018, p. 38).

Tal postura seria instintiva, pois busca a autoproteção do indivíduo que amolda a sua realidade no intuito de justificar determinadas condutas, atender às expectativas ou ordens, dividir a responsabilidade, conviver consigo mesmo e proteger-se da realidade. Este comportamento se torna relevante para o Direito quando o fato de o indivíduo se colocar em estado de ignorância atinge bens jurídicos relevantes, protegidos pelo Estado.

Nota-se que há a provocação da ignorância para validar uma atitude, uma ação. “É o cegar-se para agir, ou com o objetivo de legitimar um comportamento”. Tal provocação também pode se dar com o objetivo de legitimar uma omissão, quando o conhecimento exige uma atitude do sujeito. É o “não querer saber” para deixar de fazer (Sydow, 2018, p. 45).

Conforme ensina Sydow (2018, p. 46), a cegueira pode se manifestar de três formas, dentre as quais, duas são juridicamente relevantes, pois de alguma forma atingem bens protegidos por lei. Na primeira delas, nota-se que houve cegueira deliberada quando alguém, ao possuir informações acerca de eventos do presente ou do futuro, as utiliza para criar estratégias prévias para não obter conhecimento de fatos que possam vir a ocorrer no futuro, beneficiando-se direta ou indiretamente. Outra situação relevante seria a de pessoa que não possui o conhecimento pleno dos fatos que ocorrem no presente, suspeita deles, poderia tomar medidas em vias ordinárias para conhecê-los,

mas não o faz, aceitando suas consequências que podem ser convenientes aos seus interesses particulares ou não.

Existe também uma terceira situação de cegueira em que o indivíduo não conhece os fatos do presente e não dispõe de meios para conhecê-los, exigindo-se para tanto, um esforço grande que não lhe pode ser infligido, impossível de gerar sua imputação, pois este seria o desconhecimento genuíno (Sydow, 2018, p. 48).

Percebe-se, então, que, nas duas primeiras hipóteses, ao se colocar em estado de não consciência, o sujeito ativo pratica verdadeira falsificação do elemento subjetivo, que no caso seria o dolo. Nesses casos há o conhecimento real ou potencial que leva o sujeito a agir, na maioria das vezes, em benefício próprio. Dessa forma, o instituto da cegueira deliberada abrange somente as duas primeiras situações.

Argumenta o autor que a cegueira também pode ser classificada quanto à iniciativa. A cegueira cômoda ou passiva ocorre quando o agente não conhece a realidade e não age em razão do desconhecimento, mas também não busca conhecê-la e permanece inerte. A cegueira ativa ou produzida seria aquela em que o agente reconhece a possibilidade de responsabilização no futuro e se autocoloca em situação em que, realizando-se os elementos do tipo, o agente nunca tome conhecimento de sua existência (2018, p. 48).

Ressalte-se que o estado de ignorância pode ser criado ou provocado pelo próprio sujeito que se beneficia

da ausência de conhecimento ou por fatores externos, como terceiros, por exemplo.

Ainda sobre as classificações da cegueira deliberada:

[...] há cegueira deliberada individual e há cegueira deliberada estrutural, ou seja, um sujeito pode colocar-se (ou ser colocado) unicamente em posição de ignorância, ou pode se montar toda uma estrutura (empresarial, departamental, governamental, etc) em que há a maquiagem (automatizada ou episódica) de determinadas situações para que um, muitos ou todos os componentes dessa células *[sic]* busquem evitar responsabilização. Aqui, poder-se-ia citar o departamento contábil de uma empresa que desconhece que uma venda de mercadoria fraudulenta foi feita pelo setor comercial ou funcionários/membros de um partido que são levados a acreditar que doações foram legítimas, quando em realidade foram desvio de verba pública (Sydow, 2018, p. 52).

Como já foi dito, a relevância do tema está nos casos em que a provocação do desconhecimento gere riscos intoleráveis a bens protegidos por lei, tendo em vista que o fenômeno da cegueira deliberada pode chegar a limites permitidos (aceitos na sociedade, constituindo fenômeno antropológico) ou ultrapassar limites proibidos.

Nesse sentido, Sydow (2018, p. 53) esclarece que:

[...] antes de uma circunstância de deliberada cegueira, é fundamental que se identifique a

relação causal gerada por isso e que haja afronta direta ou indireta a texto legal, inclusive com violação real ou potencial de bem jurídico [...]. Em outras palavras, é fundamental que a situação de ignorância esteja inserida em um contexto criminalmente relevante que, aprioristicamente, deve ser identificado na tipicidade do fato. Mais especialmente, para a existência do instituto deve haver ignorância de algum modo, proposital ou omissiva, acerca de um elemento objetivo do tipo.

Existem, no entanto, requisitos de aplicabilidade a serem observados:

Imediatamente, é possível instintivamente dizermos que para que a cegueira deliberada possua relevância em nosso estudo, são necessários os seguintes requisitos: a) que se trate de um agir para não receber uma informação relevante ou um não agir para esclarecer uma informação relevante; b) que essa informação relevante componha um tipo penal em um de seus aspectos objetivos (tipicidade ou relação de causalidade); c) que essa conduta gere uma ideia de reprovação obtida caso o agente seja descoberto; e d) que essa informação esteja disponível (Sydow, 2018, p. 54).

Dificuldades práticas na aplicação do Instituto

Frente ao cenário atual, em que se critica os infundáveis casos de impunidade, principalmente nas hipóteses em que a prova do elemento subjetivo é de difícil obtenção, a Teoria da Evitação de Consciência surge como uma solução altamente eficaz, ampliando a abrangência do dolo.

Nada obstante, deve-se considerar os riscos de importar uma teoria nascida em sistemas jurídicos filiados ao *commom law*, em que há uma sedimentação dos costumes adotados por uma determinada sociedade, com a constante construção do direito, em um país positivista, onde impera a letra da lei.

Embora a teoria já esteja sendo utilizada em tribunais brasileiros, sua aplicação é recente e não há estudos aprofundados acerca do tema que apontem critérios objetivos ou parâmetros bem delimitados para que se consiga uma adaptação.

Nesse sentido, o que se vê na prática é a aplicação desmedida de um mesmo instituto, com diferentes bases de fundamentação, sujeito à livre interpretação dos magistrados em todo o país. A instabilidade pode abrir brechas no ordenamento para motivar decisões com interpretações tendenciosas, convenientes aos interesses dos julgadores, ultrapassando limites legais e institucionais.

Sydow (2018, p. 146-147), ao analisar as fases da conduta de cegueira deliberada, aponta uma crítica interessante. Segundo ele, a conduta que a teoria busca combater é composta por dois atos, um prévio que gera situação de desconhecimento, e um ato secundário que gera o resultado indesejado, fruto do desconhecimento já construído. O problema reside na possibilidade de que entre o “ato de obscurecimento” e o ato final tenha se passado um período significativo de tempo. O resultado advindo do ato

de obscurecimento pode vir a ocorrer em meses, anos até.

Este o quadro, quando a questão for submetida à análise judicial, dados importantes já terão se perdido, testemunhos essenciais já estarão comprometidos pelo esquecimento e a obtenção de provas acerca da materialidade dos fatos será tarefa quase impossível.

O problema alcança patamares ainda maiores ao obrigar as empresas, instituições e indivíduos em geral, a manter-se informados acerca de todas as estratégias preventivas que podem ser adotadas, a fim de acompanhar as consequências que poderiam advir de comportamentos empregados no intuito de evitar prejuízos à honra e às finanças das pessoas, físicas ou jurídicas (Sydow, 2018, p. 149).

Outra fragilidade do instituto seria a de condicionar a responsabilização de um sujeito a um ato final que pode ser praticado por um terceiro, ou seja, um ato que estaria completamente fora do controle daquele que se colocou em situação de obscurecimento poderia acarretar sua responsabilização (Sydow, 2018, p. 150).

Ao discorrer sobre o tema, Klein (2012) demonstra que há também um problema quanto à equiparação da conduta de obscurecimento ao dolo. Se o dolo exige conhecimento e intenção, ou, no mínimo, aceitação do resultado, a sua equiparação ao comportamento daquele que se coloca em estado de ignorância seria excessiva, puniria com a mesma força comportamentos com níveis

de reprovabilidade distintos. É certo que a ignorância deliberada não pode gerar impunidade, mas se o grau de reprovabilidade da conduta é médio, as consequências punitivas deveriam se adequar ao grau de culpabilidade do agente. Klein afirma ainda que “tal problema poderia ser resolvido no âmbito da determinação da pena” (2012, p. 16).

A amplitude de situações abarcadas pela teoria fomentou a utilização do instituto para respaldar condenações tanto dolosas quanto culposas, de maneira irrestrita, sendo tratada, por vezes, como um novo elemento subjetivo, distinto dos conceitos básicos de dolo e culpa, o que acarreta confusão na doutrina e jurisprudência (Mello; Hernandez, 2017).

Basicamente, são duas as justificativas doutrinárias da Teoria da Cegueira Deliberada: o dever de cuidado e a alta probabilidade.

No que concerne à ausência de dever de cuidado como justificativa dogmática do instituto, algumas considerações merecem ser feitas.

A despeito do fato de que a determinação da conduta exigida do agente que deixa de tomar o devido cuidado é tarefa a ser realizada pelo juiz, bem como a verificação das causas que o motivaram, cabe ao ordenamento jurídico “demonstrar clara e objetivamente quais condutas proíbe, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento da sociedade”. Dessa maneira, a norma que proíbe conduta deve ser clara e transparente, possibilitando ao julgador

a sua fácil identificação no caso concreto, utilizando-se de métodos lógicos (Sydow, 2018, p. 152).

Assim, o juiz apenas identifica a ausência do dever de cuidado baseando-se em um padrão previamente fixado em lei, a partir da noção de “homem médio”, já que a análise demasiadamente subjetiva em cada caso concreto comprometeria a previsibilidade das decisões, facilitando injustiças. Algumas referências devem, então, ser estabelecidas e observadas pelo julgador, tais como: identificar as incertezas trazidas pela situação vivida pelo agente à época do fato, verificar quais eram os meios de investigação ao alcance do homem médio e a constatar de que a informação realmente estava disponível e acessível ao sujeito (Sydow, 2018, p. 154).

A respeito do argumento da alta probabilidade, de ampla aceitação no ordenamento jurídico norte-americano e utilizado por este país em diversas condenações como fundamento basilar, alguns autores defendem a sua quantificação, em parâmetro numérico, que possibilite a verificação de sua existência à luz do caso concreto. Isso porque o conceito da expressão, da forma como se dá no direito anglo-saxão, é demasiadamente amplo, vago e indefinido, propiciando elevado grau de liberdade de interpretação (Mello; Hernandez, 2017; Sydow, 2018, p. 158).

Essa é uma das maiores críticas com relação à compatibilidade da Teoria da Cegueira Deliberada na esfera penal, pois poderia ensejar o cometimento de abusos

e arbitrariedades no poder judiciário, prejudicando a previsibilidade dos julgamentos e a sua segurança jurídica.

Sydow (2018) lembra ainda que, apesar da análise pelo magistrado se dar *ex post facto* (depois de um fato passado), como em qualquer imputação subjetiva, deve-se considerar as circunstâncias do momento *ex ante facto* (antes do fato). Nessa esteira, referido autor afirma que:

[...] a tentativa de criação de um elemento objetivo denominado alta probabilidade parece destoar da realidade fática até. Isso porque não poderá haver identificação isolada da alta probabilidade partindo do pressuposto de que todos os elementos agora conhecidos também o eram no momento da conduta. Deve haver, assim, verificação conjugada das variáveis do momento do fato e não em momento posterior, quando o resultado juridicamente proibido já se verificou e todos os detalhes se revelam (2018, p. 160-161).

Importante salientar ainda que, mais especificamente em âmbito penal, a legislação possui um viés garantista, devendo ser interpretada de modo restrito, a fim de frear o *ius puniendi* do Estado, tendo em vista que lida com um dos bens mais preciosos do ser humano: a liberdade.

Princípios como o da fragmentariedade, subsidiariedade e legalidade, buscam concretizar máximas constitucionais que integram o rol de direitos fundamentais do indivíduo, como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. A não observância destas premissas é característica de regimes totalitários, o que vai de encontro

ao Estado Democrático de Direito.

Com base no princípio da fragmentariedade, entende-se que o Direito Penal deve se preocupar apenas com uma pequena parcela de atos que representem uma ofensa grave aos bens jurídicos tutelados. Tal princípio está intimamente ligado com a premissa de intervenção mínima e a exigência de lesividade relevante a ser coibida (Greco, 2013, p. 59).

Nesta lógica, Sydow (2018, p. 164-165), argumenta que a expansão da legislação penal, quando excessiva, pode restringir em demasia atos do cotidiano da vida em sociedade, o que implica em violação da dignidade da pessoa humana, pois limita consideravelmente a liberdade dos indivíduos.

O princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima, por sua vez, determina que cabe ao Direito Penal uma atuação ínfima na vida em sociedade, subsidiária aos demais ramos do Direito. De tal modo, apenas quando os outros ramos do Direito se mostrarem ineficazes na proteção de um bem jurídico de extrema relevância, deve-se criminalizar determinado comportamento, quando este constituir ofensa grave (Greco, 2013, p. 47).

É nesse sentido que se afirma que “a interferência penal estatal em perturbações leves sobrecarrega o judiciário, o sistema carcerário e retira de ramos mais eficientes do direito o seu papel típico” (Sydow, 2018, p. 165). Nota-se que essa assertiva doutrinária sobreleva

a importância, por exemplo, do Direito Administrativo Sancionador.

Partindo de um viés garantista em matéria penal, debate-se ainda acerca da compatibilidade da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro frente ao princípio da legalidade.

Referido princípio, intrínseco ao Estado de Direito, exige a sujeição de todos perante a lei. Assim, a lei é responsável por limitar a centralização de poder nas mãos do Estado e a livre interpretação do julgador. Greco (2013, p. 94) aduz que “a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção”.

De tal maneira, para que haja sanção, deve haver uma lei escrita, anterior ao fato, clara e específica prevendo tal possibilidade e delimitando as circunstâncias em que se pode atribuir a responsabilidade no caso concreto (Ferreira, 2016, p. 20).

Emanam do princípio da legalidade a proibição da analogia e da interpretação extensiva a prejuízo do réu, garantias fundamentais dos cidadãos.

É sabido que, em âmbito penal, a analogia só pode ser utilizada no intuito de preencher lacunas legislativas, possibilitando ao magistrado uma interpretação fiel ao texto legal, desde que isso não implique em consequências negativas ao réu. Ressalte-se que a analogia não pode servir como instrumento de criação ou modificação de direitos (Ferreira, 2016, p. 20).

Tal ferramenta hermenêutica se justifica na impossibilidade de que o legislador preveja todas as circunstâncias de fatos da vida coletiva, ante à pluralidade dos indivíduos e à constante evolução da sociedade. Contudo, deve-se restringir a sua utilização quando acarretar em criação normativa ilegítima por parte do julgador, principalmente a prejuízo do réu. De igual modo, a interpretação extensiva somente pode ocorrer de modo menos gravoso ao acusado (Ferreira, 2016, p. 22).

Dessa forma, é possível sustentar que a aplicação da Teoria das Instruções de Avestruz implicaria em interpretação extensiva do conceito positivado de dolo, ampliando a punibilidade do agente para abarcar um maior número de condutas. Por esta razão, Ferreira (2016, p. 23) sustenta que “o julgador estaria invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo”.

As consequências processuais da aplicação da teoria também geram polêmica. Segundo Ferreira (2016, p. 29), a sua incidência geraria “facilidades para o detentor do *jus persecutio* na medida em que se faz desnecessária a prova contundente do elemento subjetivo do agente”, gerando uma inversão do ônus probatório.

Isso se deve ao fato de que, nos casos nos quais há o reconhecimento de situação de cegueira deliberada, o agente responde pelo dolo, exceto se demonstrar, ainda que por indícios, que o seu desconhecimento é genuíno, não provocado e não proveniente de desídia ou indiferença

quanto ao possível ilícito que viesse a ser praticado.

Ressalte-se que a prova de fato negativo é considerada diabólica, justamente por ser de difícil ou impossível produção. Assim, a teoria coloca o acusador em posição confortável, havendo quase que uma presunção de conduta dolosa, já que caberá ao réu a demonstração de que não evitou a ciência dos fatos para obter uma absolvição. Além do problema no que tange ao ônus probatório, infere-se que há uma violação ao princípio de presunção da inocência.

Beck (2011, p. 64), ao defender a incompatibilidade do instituto em comento, conclui:

Enquanto teoria – até ‘pode’ ser aplicada, mas desde que sirva como mero ‘fundamento’ do dolo ou da culpa (tipos subjetivos previstos no ordenamento pátrio). Jamais como ‘presunção’ de suas existências, como seus ‘substitutos’ e, muito menos, como um ‘terceiro elemento subjetivo’. Em outras palavras, ‘pode’ ser aplicada, mas não ‘deve’, na medida em que o dolo direto e eventual com todas as discussões a eles inerentes [...] parecem bem resolver a questão, sem necessidade de um desconhecido intruso, estranho, desengonçado – como um avestruz – e obscuro – como a imagem obtida por aquele que fecha os próprios olhos.

Por fim, com vistas a evitar que certos casos de provocação do desconhecimento sejam tratados de forma benigna pelo ordenamento, dando margem à impunidade, aqueles que defendem a incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada, na forma como ela é apresentada pelos países anglo-saxões, sugerem a sua positivação.

A substituição da legislação vigente, autorizando a utilização da teoria com a determinação de critérios objetivos para tanto, retira do Poder Judiciário a incumbência de descobrir, através de métodos interpretativos discricionários, as hipóteses de sua incidência na prática.

Do contrário, “o Judiciário estaria efetivamente invadindo esfera de competência alheia, o que não é permitido em um sistema no qual impera a tripartição de poderes”, comprometendo a segurança jurídica (Ferreira, 2016, p. 27).

Embora se discuta acerca da incompatibilidade do instituto com o ordenamento pátrio, é certo que se trata de um instrumento altamente eficaz, já utilizado no território brasileiro, não apenas em Direito Penal, como também em matéria eleitoral, trabalhista, civil e administrativa.

Isto posto, os que defendem sua aplicabilidade em âmbito administrativo acreditam que se trata de uma poderosa arma a ser usada no combate à impunidade, representando os anseios da sociedade brasileira moderna e possibilitando uma maior efetividade à legislação já existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas hipóteses em que o dolo constitui com exclusividade o elemento subjetivo do tipo, deve-se provar que o agente agiu intencional e conscientemente para obtenção de uma sentença condenatória.

A exigência legal de demonstração de que o indivíduo possuía o conhecimento da ilicitude de sua conduta pode gerar verdadeiro impedimento de responsabilização em determinados casos. Isso porque inúmeras situações contribuem para possibilitar a evitação de consciência do agente. Na maioria dos casos, o próprio sujeito ativo do ilícito é responsável pela criação de verdadeira estratégia para que desconheça um dos elementos do tipo. É possível também que um terceiro, intencionalmente, evite que o agente tome conhecimento da ilicitude do ato, ou ainda, que o autor do ilícito suspeite acerca da existência de um delito, mas, seja por conveniência ou mero desleixo, não tome as medidas cabíveis a buscar conhecê-lo.

No intuito de sanar esta brecha legal, debate-se acerca da Teoria da Cegueira Deliberada. A despeito das críticas elencadas, a jurisprudência pátria vem se mostrando favorável à importação da teoria, que atua como uma ferramenta hermenêutica para o magistrado, levando-se em consideração a impossibilidade de o legislador prever todas as circunstâncias juridicamente relevantes da vida em sociedade, ante à pluralidade de indivíduos, a constante

evolução da sociedade e a criatividade do propósito delitivo de alguns indivíduos.

Contudo, imperioso destacar a importância da análise criteriosa acerca das consequências práticas da aplicação de uma teoria que parte do direito estrangeiro e ainda é pouco conhecida e difundida. No Brasil, a Teoria da Cegueira Deliberada ainda não consta na maioria dos manuais doutrinários e, quando raramente utilizada, é aplicada de maneira desigual por magistrados em todo o território nacional.

Assim, o estudo do tema de maneira acadêmica e jurídica é primordial para difundir o conhecimento, aprimorando-o, e contribuir na elucidação de suas consequências práticas. A partir da investigação do tema, busca-se contribuir para uma aproximação maior da sociedade brasileira com os seus ideais de justiça e igualdade.

REFERÊNCIAS

BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul, v. 10, n. 41, set. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Revista Consultor Jurídico*, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. *Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3979/37-Lavagem-de-Dinheiro-Andr-Calegari-2015.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CORREIA, Aline Guelli; PÁDUA, Gabriel Senra e. *A (im) possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*. Juiz de Fora: 2018. Disponível em: <<http://viannasapiens.com.br/revista/article/download/353/269/>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Trabalho final de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília. Brasília: 2016. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2304/Monografia_Vinicius%20Rodrigues%20Arouck%20Ferreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral* 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, V.1.

KLEIN, Ana Luiza. *A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro*. 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro?* *Conpedi Law Review*, 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

RIBEIRO, Ludmila Caetano. *Teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro*. Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Curitiba: 2016. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Ludmila%20Caetano%20Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

RICARDO, Lucas Nacur Almeida. *Teoria da cegueira deliberada: reflexões sobre sua aplicação aos crimes de lavagem de capitais*. Universidade Federal de Juiz de Fora. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Juiz de Fora: 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/bitstream/handle/ufjf/6279/lucasnacuralmeidaricardo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

SANTOS, Ana Cláudia Ribeiro. *A cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Poços de Caldas: 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj591483.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SILVA, Isabela Ronchi da. *Teoria da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade no Direito Penal brasileiro: um estudo a partir das teorias do dolo e da tipicidade*. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Criciúma: 2017. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6057/1/ISABELA%20RONCHI%20DA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SILVA JUNIOR, Joel Batista da. *Aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro*. Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Brasília: 2015. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2134/Monografia_Joel%20Batista%20da%20Silva%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, v. 122, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.10.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DIREITO PENAL SIMBÓLICO: LEIS DE OCASIÃO FACE À POLÍTICA CRIMINAL

Paulo Henrique Campos Leite¹

Marina Magalhães Andrade²

INTRODUÇÃO

A veiculação em massa na mídia, ou mesmo pelas redes sociais, de notícias relacionadas à violência, dá ensejo ao aumento do sentimento de insegurança da população e, conseqüentemente, da sensação de impunidade. A fim de proporcionar uma resposta aos clamores populares, são elaboradas diversas novas leis que criam novos tipos penais e enrijecem os já existentes, sem, contudo, apresentarem uma preocupação com a qualidade legislativa ou com o impacto dessas novas leis no âmbito da política criminal, o que se convencionou chamar de leis de ocasião.

A fim de analisar tal cenário, foi proposto o presente estudo, intitulado “Direito Penal Simbólico: leis de ocasião face à política criminal”, que tem como tema central a pesquisa acerca da adequação e efetividade das leis de

1 Professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Mestre pela UFMG. Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social da Unimontes.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

ocasião face à política criminal brasileira. Para tanto, lançou-se como problema da pesquisa a seguinte indagação: as leis de ocasião consubstanciam uma política criminal efetiva no combate à criminalidade no contexto brasileiro?

Nessa perspectiva, a problemática proposta objetiva, de modo geral, analisar a evolução histórica da elaboração legislativa em matéria penal e processual penal no Brasil, com observância dos princípios inerentes a tais matérias, examinando a influência da mídia na criação das novas legislações e a efetividade dessas no tocante à política criminal, confrontando a produção legislativa com dados estatísticos acerca da superlotação dos presídios, reincidência e ressocialização dos apenados, assim como com pareceres elaborados por especialistas. Com efeito, para consecução do objetivo pretendido, optou-se pela utilização do método de abordagem indutivo.

As técnicas de pesquisa adotadas neste trabalho foram, basicamente, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, realizadas, dentre outros meios, através de pesquisa doutrinária, bem como análise da legislação pertinente à temática em estudo e de dados estatísticos elaborados por instituições vinculadas ao governo brasileiro.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar que apenas a atuação legislativa em matéria penal e processual penal, baseada em discursos punitivistas, não se mostra eficiente no combate à criminalidade, sendo necessária a

implementação de novas perspectivas acerca da política criminal, visando conferir bases mais sólidas e adequadas à implementação de uma política criminal equilibrada.

As leis de ocasião e o processo legislativo brasileiro em matéria penal: breves considerações

Inicialmente, vislumbra-se que o estudo do processo legislativo tem sido negligenciado pela academia jurídica brasileira, de modo que se dá maior destaque à norma após sua publicação, desprezando-se as discussões acerca da elaboração normativa (Ferreira, 2016).

Haber (2011) argumenta que tal indiferença ocorre em razão da atuação do Positivismo Jurídico no Brasil, que acarreta uma distanciação entre o Direito e a Política, de modo que os juristas se atentam mais à norma vigente do que ao seu processo de elaboração, ocasionando certa descrença na atividade legislativa. Por direito positivo entende-se aquele ordenamento legislado, ou seja, positivado em determinada ordem social e política (Pacelli; Callegari, 2016).

O processo legislativo está incluído na noção ampla de processo, tutelada pelo Direito Processual. Por meio deste, “o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas” (Tavares, 2017). Na Constituição Federal de 1988, em sua Seção VIII, Capítulo

I do Título IV, chamado “Do processo legislativo”, estão disciplinadas as normas destinadas à regulamentação do processo de criação de leis, que devem ser observadas, em função do princípio da legalidade, refletindo a conjuntura do Brasil como Estado Democrático.

Em matéria penal, a competência legislativa foi atribuída de forma exclusiva à União, conforme se extrai do seu artigo 22, I, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, o parágrafo único do referido dispositivo determina que, excepcionalmente, Lei Complementar pode autorizar que os Estados-membros legislem sobre tal matéria. O artigo 24, I, também da Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabelece a competência concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre Direito Penitenciário. Ressalta-se que na competência concorrente, as normas gerais cabem à União, enquanto as normas particulares competem aos Estados membros. Ressalta-se que a alínea *b* do inciso I do § 1º do art. 62, da Constituição Federal de 1988 veda que medida provisória trate de matéria relativa ao Direito Penal ou Processual Penal.

Assim, somente a lei pode servir de fonte primária do Direito Penal, salientando-se que, em observância ao princípio da reserva legal, as normas que tipificam condutas e impõem penas deverão ser obrigatoriamente previstas em leis ordinárias ou complementares (Estefam; Gonçalves, 2012).

Leis de ocasião e a influência da mídia na produção legislativa

Zaffaroni, em entrevista concedida em comemoração aos 20 anos do Conjur, asseverou que “a função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo”. Contudo, é recorrente a separação de um grupo social para estigmatizá-lo. Através dessa escolha do inimigo, “cria-se uma paranoia social, e estimula-se uma vingança que não tem proporção com o que acontece na realidade da sociedade”, sendo que tal fenômeno decorreria diretamente da vinculação dos políticos com a mídia (Ito, 2017).

Com a expansão da mídia, aumentou-se o alcance das mensagens transmitidas, assim como seu impacto. Notícias que despertam sentimentos de indignação e insegurança ganham destaque e o ouvinte, a partir da modelação pretendida pelos meios de comunicação, assume uma posição no conflito, manifestando-se contra a impunidade e a violência, que entende serem geradas a partir da inefetividade das leis penais e dos órgãos do sistema de justiça criminal (Silveira, 2010).

A legislação criada sob tais circunstâncias apresenta-se como uma legislação simbólica, uma vez que não pretende buscar a resolução efetiva dos problemas, mas sim acalmar a população revoltada ante os altos índices de violência (Michalizen, 2012). Sobre o assunto, Roxin (2000 *apud* Duarte Neto, 2009) aduz que:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico”, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

O Estado é apontado como incapaz de controlar a criminalidade e, como consequência, são criadas diversas leis penais para criminalizar o maior número de condutas, bem como para aumentar as penas, reprimir crimes e punir os contraventores. Segundo Dotti, analisado por Michalizen (2012), esse modelo de “inflação legislativa” se apresenta em suas perspectivas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo.

Conforme já exposto, ao Congresso Nacional é atribuído exclusivo poder legiferante em matéria penal. Assim, através de leis ordinárias são estabelecidas as premissas orientadoras do Direito Penal. Observa-se que as iniciativas legislativas estão diretamente vinculadas ao espaço midiático que potencialmente gerarão ao parlamentar. Tal exposição pode garantir sua permanência no mundo político, de modo que as assessorias de imprensa

de Deputados e Senadores buscam construir uma imagem de homem público de bem, a partir da sintonia com as expectativas sociais, que comumente são equivalentes às expectativas punitivas (Silveira, 2010).

A relação existente entre a mídia e o Legislativo se dá em razão das iniciativas eleitorais versarem sobre temáticas relevantes na vida do cidadão, que, conseqüentemente, irão atrair sua atenção quando veiculadas e discutidas, sendo que, muitas das vezes, discursos esdrúxulos e polêmicos são bem quistos pelo eleitorado telespectador, que os entendem como uma forma de inovação e resultante melhoria (Michalizen, 2012). A imprensa possui o papel de informar a população, de forma livre, sem censuras ou proibições. A partir da análise de Marx (1999, p. 60):

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IX, dispõe ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de

censura ou licença”. Assim, a liberdade de imprensa é um dos principais instrumentos de controle do Poder, sendo indispensável em um Estado Democrático de Direito. Contudo, não é um direito absoluto, devendo seus limites serem observados quando de sua aplicação, considerando, por exemplo, o princípio do devido processo legal e os direitos da personalidade, como a intimidade, a honra e a imagem das pessoas (Borba, 2013).

De forma preponderante, a legislação penal brasileira sofre alterações pontuais ligadas aos temas explorados pela mídia. De acordo com Dotti (2002), fatores externos às ciências jurídicas estabelecem como deve ser a lei penal no Brasil, na chamada legislação do “terror”, que visa combater a criminalidade através de leis, cuja criação é impulsionada pela pressão exercida por determinados grupos sociais, fomentada pelo despreparo dos políticos para administrar questões relativas ao sistema penal.

Cervini (1994, *apud* Silveira, 2010, p. 31), quanto à expansão legislativa no Brasil, conclui que “quase a totalidade de normas ultimamente promulgadas, que criminalizam novas condutas ou incrementam penas, foram ou são sistematicamente precedidas e acompanhadas de intensas campanhas dos *mass media*”.

A mídia manipula os dados da criminalidade, enquanto a audiência resta impressionada pela teledramatização da violência, de modo que, visando agradar a opinião pública, novas leis são inseridas no ordenamento

jurídico, sendo possível visualizar a relação existente entre o desarranjo da *mass media* com a produção de leis de ocasião (Silveira, 2010).

A massificação no uso da televisão elevou a mídia de mero veículo de informações para agente construtor de realidade, atuando como formadora de opinião pública e das agendas de debates sociais, representando um autêntico poder no mundo contemporâneo (Borba, 2013). Quanto à mídia:

A crítica que se move à grande mídia é mais ou menos a seguinte: quanto mais a mídia se expande (fenômeno relativamente recente do ponto de vista histórico), maior o alcance e o impacto das mensagens sobre o público, maior a influência sobre o mundo político. Os meios de comunicação interpretam e modelam, quando não criam, a demanda social por segurança, reclamando, de forma subliminar ou às vezes diretamente, a movimentação da instância legislativa (Silveira, 2010, p. 31).

Com a banalização do crime, este deixou de ser visto como um evento complexo, para ser rotineiro, ocasionando uma ideologia do medo. De acordo com Borba (2013, p.51-52), “o crime e o criminoso passam a ser vistos de forma indissociada, sendo o segundo reduzido ao primeiro”. A popularização de notícias sobre crimes e violência criou a percepção de que o sistema penal é falho e condescendente na repressão dos delitos, de forma que a sensação de insegurança impulsionou o surgimento de demandas que

exigem uma solução dos conflitos por parte do Direito Penal, atuando a pena como medida tranquilizadora da população (Granato, 2015).

As leis de ocasião, ou simbólicas, são aquelas criadas pelo legislador visando acalmar a opinião pública, que roga por medidas mais rigorosas para repressão de práticas criminosas, ainda que não as prevenindo de forma efetiva, sendo elaboradas sem uma análise adequada da racionalidade e de razoabilidade (Cavalcante, 2011). Nesse sentido:

pode-se, assim, afirmar que o Direito Penal simbólico, geralmente, se apresenta através de propostas que visam se aproveitar do medo e da sensação de insegurança, nesse sentido, o propósito do legislador não é a real proteção dos bens jurídicos atingidos pelo delito, mas uma forma de adular a população, dizendo o que ela quer ouvir, fazendo o que ela deseja que se faça, mesmo que isso não surta qualquer efeito na diminuição da criminalidade e da violência. Nessa esteira, quando um fato ganha repercussão, nascem propostas de aumento de pena, de supressão de direitos individuais, de criação de novos tipos penais, mesmo que não seja alternativa adequada para realmente se solucionar com conflitos. Assim, o que o Estado deseja, na verdade, é agir de forma que satisfaça o sentimento emocional de um povo atemorizado (Granato, 2015, p.20).

Desse modo, a legislação de emergência utiliza-se do medo e da insegurança da população para tipificar novas condutas e agravar tantas outras, muitas vezes

de forma desproporcional e direcionada, desconsiderando seus efeitos a longo prazo, o que acaba por minimizar o caráter preventivo da pena (Gomes, 2007). Cavalcanti (2015, p.15) conceitua tal cenário como política de espetáculo, argumentando que:

As decisões orientam-se não tanto no sentido de modificar a realidade, senão no sentido de modificar a imagem da realidade nos espectadores: não tanto a satisfazer as reais necessidades e a vontade política dos cidadãos senão a seguir a corrente da chamada opinião pública [...]. O déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais escassa: com efeito, as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima enquanto as agências de controle penal seguem - iludindo - com tarefas instrumentais de impossível realização.

Não obstante isso, em consonância com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio*, limitando o poder do Estado ao mínimo necessário, a fim de promover a defesa de bens jurídicos relevantes. Entretanto, com a referida inflação da legislação criminal, tem havido uma flexibilização de direitos e garantias constitucionais, sendo criadas disposições mais rígidas quanto à pena e ao processo. Como discorre Dotti (2002, p. 36), “multiplicam-se os projetos de leis penais sancionatórias à medida que determinados delitos produzem comoção

social ou especial interesse de repressão”.

Muitas dessas leis foram criadas diante do clamor popular, sem análise eficaz de suas consequências. A lei dos Crimes Hediondos, por exemplo, desde a sua promulgação, em 1990, é objeto de diversas discussões acerca de sua conveniência e da sua adequação frente à construção de uma política criminal eficiente. Seu caráter repressivo, que eclipsa os aspectos preventivos e ressocializadores da pena, tem evidenciado a inocuidade da Lei enquanto fator de prevenção criminal (Ilanud, 2005).

Observa-se que o aumento de atos normativos relacionados à matéria penal ou processual penal não repercutiram na diminuição da criminalidade, visto que de 2000 a 2010, a população carcerária brasileira passou de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil e setecentos e cinquenta e cinco) para 496.626 (quatrocentos e noventa e seis mil e seiscentos e vinte e seis) presos (Ferreira, 2016).

Diversos exemplos podem ser citados de legislações criadas a partir de eventos marcantes, como: Lei nº 9.695/1998, criada a partir do caso das pílulas de farinha, em que foram registrados diversos casos de gravidezes indesejadas relacionados ao uso da pílula anticoncepcional Microvilar, e que determinou, dentre outras providências, a inclusão do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos; Lei nº 11.464/2007, criada a partir da morte de João Hélio, de seis anos,

arrastado por mais de sete quilômetros ao ficar preso ao cinto de segurança durante uma tentativa de roubo a um carro, e que foi promulgada após menos de dois meses da tragédia, determinando, dentre outras providências, a alteração do dispositivo sobre a progressão de regime nos crimes hediondos; a Lei nº 12.650/2012, conhecida como Lei Joanna Maranhão, em alusão à nadadora integrante da equipe olímpica brasileira, que noticiou caso de abuso sexual quando tinha nove anos de idade, praticado por seu treinador, modificou a contagem do prazo de prescrição nos crimes contra dignidade sexual praticados contra crianças e adolescentes; a Lei nº 12.737/2012, chamada de Lei Carolina Dieckmann, criada a partir da divulgação de fotos íntimas da atriz por um “hacker”, que, dentre outras providências, tipificou os crimes informáticos; dentre outras.

Muitas das leis criadas eram evidentemente necessárias, mas foram elaboradas às pressas em razão de forte apelo midiático, ocasionando em lacunas, erros de redação e baixa qualidade legislativa (Monteiro, 2015).

Adequação das leis de ocasião à política criminal

No Brasil contemporâneo, vigora o sentimento de constante insegurança e impunidade, que desperta a profusão de discursos punitivistas, que rogam por normas penais incriminadoras mais severas. Defende-se uma política criminal repressora, que cerceia garantias e liquida direitos,

criando uma casta de excluídos (Pedrinha, 2011).

Em tempos de crise, como o vivenciado atualmente pelo Brasil, a política criminal adquire caráter bélico, orientada por um discurso de máxima intolerância. Nesse sentido:

No Brasil se integram as diretrizes de uma Política Criminal bélica, a qual pode ser traduzida por um modelo de (in) segurança pública. Mas que se firma através da construção dos discursos de segurança, que enlevam a produção de subjetividade punitiva. Assim, em nome da liberdade, nunca se prendeu tanto. Em nome da paz, nunca se fez tanta guerra. Em nome da ordem nunca se produziu tanta desordem social, como o choque de ordem. Em nome da segurança, nunca se gerou tanta insegurança. O modelo de política criminal em tempos de crise, bélico, caracteriza-se pelos embates violentos, pelos enfrentamentos armados, pela busca de eliminação de alvos considerados inimigos, pela produção de mortes (Pedrinha; Pereira, 2011, p. 280).

Há uma expansão no campo legislativo que se caracteriza pelo excesso de tipificação de condutas e pela definição de sanções mais rígidas. Trata-se da teoria da nomorréia penal, a qual exprime a proliferação de normas penais como mecanismo de controle social por parte do Poder Público, visando atender a interesses políticos. Nesse contexto, visualiza-se um direito penal de emergência, exemplificado na proposta de redução da maioria penal, na elaboração da lei de crimes hediondos e suas posteriores

modificações, na criação do regime disciplinar diferenciado, dentre outros (Pedrinha; Pereira, 2011).

Diversos fatores no âmbito do Poder Legislativo têm colaborado para o aumento dos índices de encarceramento, tais como a criação de novos tipos penais; o agravamento das sanções, com a ampliação da quantidade de pena imposta; o aumento das hipóteses de prisão cautelar; a possibilidade de execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o aditamento dos prazos para alcance de progressão de regime e livramento condicional e a ampliação dos poderes da administração carcerária, através da Lei 10.792/03, por exemplo (Carvalho, 2010).

Embora não se olvide que é essencial uma reprimenda adequada e firme à violação das normas penais, verifica-se que a política criminal no Brasil, através do endurecimento da legislação criminal, não tem se dedicado à uma das principais finalidades da pena, qual seja, a prevenção de novos crimes. Visando a redução da criminalidade, é essencial que se busque mecanismos que desestimulem a prática criminal. Nesse sentido:

Em palavras mais simples: se o apenado, uma vez saindo do sistema prisional, não vir vantagens na ressocialização, provavelmente voltará a delinquir, tornando-se potencial reincidente. Neste sentido, o endurecimento das penas revela-se medida de pouca valia na prevenção de novos crimes: em vez de estimular a ressocialização de apenados, torna o processo mais longo e potencialmente menos

eficaz, dada a quase nula atenção que seguidos governos têm dado à execução penal. Trata-se de uma área bastante sensível da segurança pública, que nas últimas décadas produziu verdadeiros exércitos de criminosos, especialmente soldados do crime organizado. Não por acaso, as três principais organizações criminosas brasileiras – o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Vermelho e o Primeiro Comando do Maranhão – nasceram no interior de estabelecimentos prisionais, nas pegadas da negação de direitos que os apenados padecem nestes locais. (Conselho Nacional do Ministério Público, 2016, p. 24)

Observa-se que Beccaria (1764, p.67), já em 1764, apontava que:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.

Verifica-se que nos países periféricos, dentre os quais se inclui o Brasil, a política criminal adotada pelo Estado ignora políticas públicas que envolvam direitos básicos, tais como saúde, educação, moradia e emprego, que seriam capazes de influenciar nas condições sociais determinantes na configuração estrutural da criminalidade. Confunde-se política criminal com a política penal estabelecida pelo Código Penal e pela legislação complementar, de modo que a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução

penal representam a única resposta governamental para a questão criminal (Dieter, 2007, p.29).

De acordo com o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, um dos principais desafios no âmbito da política criminal consiste no reconhecimento da política criminal e penitenciária como política pública:

Nos tempos atuais, a agenda legislativa aumenta paulatinamente as penas de crimes, seguindo pautas casuísticas, cujas urgências não guardam relação com parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por uma política pública. O resultado tem sido o crescimento progressivo da população carcerária, sem qualquer impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública. A política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública (Brasil, 2015a, p.6).

Uma importante fonte quanto à análise da política criminal é o Plano Nacional de Segurança Pública, elaborado pelo Ministro de Estado e Justiça e Segurança Pública, com o objetivo de traçar metas a serem alcançadas e formular estratégias para fazê-lo, determinando o esforço conjunto das esferas públicas para diminuição da criminalidade. Entretanto, o Plano Nacional instituído em 2017, pela portaria nº 182, contém apenas quatro artigos, elaborados de forma vaga e com pouco caráter prático, o que causa espécie, principalmente considerando a crise carcerária que assola o país (Incott, 2017).

Um ano após lançado, o Plano Nacional de Segurança, que tinha como objetivo reduzir homicídios, combater o crime organizado e modernizar o sistema prisional, obteve apenas avanços frágeis. Segundo o Ministério da Justiça, por razões orçamentárias, o plano alcançou apenas quatro estados, dos dezessete pretendidos (Mazuí, 2018).

O então Ministro da Justiça, Torquato Jardim, reconheceu que o Plano Nacional de Segurança foi lançado em razão da comoção provocada pelas chacinas promovidas em presídios no Amazonas e Roraima, completando que: “O plano foi concebido no calor daquela convulsão toda, aquelas tragédias todas, mas agora vamos ter uma política em mais largo prazo” (Mazuí, 2018).

Outra importante fonte de análise quanto à Política Criminal brasileira é o Plano Nacional de Política Criminal, que é elaborado a cada quatro anos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, atendendo ao disposto no artigo 64, incisos I e II da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), fixando diretrizes para a Política Criminal (Brasil, 2015).

Com o crescimento da agenda legislativa e o aumento paulatino de crimes e penas, de acordo com tópicos casuísticos, não correspondentes à efetiva necessidade nacional, tem-se notado um crescimento progressivo da população carcerária, sem que tal crescimento seja equivalente ao aumento da segurança pública, de modo

que se torna indispensável que um novo olhar seja lançado à política criminal, reconhecendo-a como política pública, adequando-a ao meios mais modernos de prevenção criminal (Brasil, 2015). Políticas públicas, no tocante à segurança, são entendidas como o conjunto de princípios e ações de caráter intersetorial que visam alcançar baixas taxas de criminalidade e a diminuição da sensação de insegurança por parte da população.

Entre os anos 1990 e 2014 a população carcerária brasileira passou de 90 mil presos para 607 mil. Por sua vez, entre 1990 e 2013, o número de homicídios passou de 31.989 para 50.806 (Brasil, 2015, p. 07). Os crimes violentos são aqueles que mais causam impacto nocivos à sociedade. Em verdade, os 62.517 homicídios ocorridos em 2016 no Brasil impõe um custo além da consternação social, de cerca de 5,9% do PIB a cada ano (Brasil, 2018a).

Ainda que não se ignore os avanços alcançados pela política criminal nos últimos anos, a privação de liberdade persiste como seu principal mecanismo, servindo o encarceramento como alternativa penal dominante. O Plano Nacional de Política Criminal corrente no Brasil defende que alternativas penais se tornem protagonistas no controle de infrações penais, combatendo a visão punitivista e promovendo a revisão de procedimentos que abarquem desde a abordagem policial, passando por todo o processo penal até atingir a fase de execução da pena, implantando, por exemplo, medidas de justiça restaurativa e de mediação

penal (Brasil, 2015). O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária fixou, ainda, diretrizes para o funcionamento do sistema prisional. São elas:

O fortalecimento da política de integração social; a ampliação da transparência, da participação social e do controle da execução penal; a definição de parâmetros para trabalhadores e metodologia prisional nacional; o respeito à diversidade; a melhoria das condições do cárcere; a garantia de tratamento digno do preso e a instituição de modelo de gestão prisional e combate aos fatores geradores de ineficiência. Por fim, demanda-se o fortalecimento da política de reintegração social, para garantir apoio ao egresso do sistema prisional em seu retorno à sociedade (Brasil, 2015, p. 06).

Dentre os pontos avaliados no referido Plano, abordou-se a influência dos estereótipos e padrões nos mecanismos de seleção dos processos de criminalização, que contribuem para maior inclusão de indivíduos pobres no sistema carcerário; o papel da mulher na criminalidade e o conseqüente encarceramento feminino; os impactos das prisões cautelares; a integração social no sistema prisional; a atuação plena da defensoria pública; ampliação da transparência na execução penal, bem como análise das condições do cárcere e o tratamento digno do apenado (Brasil, 2015).

Visando à construção de uma nova visão de justiça criminal, foram ajustadas demandas, tais como regulamentação das competências, objetivos e

responsabilidades de cada esfera do governo, para a institucionalização formal da política criminal e penitenciária; a elaboração de planos de gestão, com resultados pressupostos a partir da análise de evidências; o estabelecimento de um modelo de participação social, que fomente o envolvimento da comunidade e demais interessados na fixação de prioridades de política criminal; a presença de defensores públicos em estabelecimentos prisionais e a garantia de uma defesa técnica plena e efetiva; a separação definitiva entre presos provisórios e presos condenados; a expedição de Guia de Recolhimento Provisório, a fim de assegurar a concessão de benefícios durante a execução provisória da pena; o favorecimento de prisão domiciliar às mulheres gestantes ou com crianças; a instituição de políticas de geração de renda para as mulheres; a promoção de ações que favoreçam a qualidade de vida da população e o respeito à diversidade; o incentivo fiscal às empresas para contratação de presos e egressos; efetivação de assistência à educação e à capacitação profissional; o combate à violência institucional e a elaboração sistemática de dados, de forma acessível e transparente (Brasil, 2015).

Algumas das pautas abordadas pelo Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária foram efetivadas, mas tantas outras ainda carecem de correta implementação. De acordo com estudos realizados pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), para a transformação do cenário de segurança pública no Brasil é necessário um

conjunto de ações, a começar pelo comprometimento das figuras políticas com processos de mobilização e coordenação intersetorial a fim de incentivar as reformas pretendidas. Faz-se necessário, ainda, a articulação de atores sociais, tais como as comunidades, empresários, igrejas, organizações internacionais e agências do Estado para a definição de prioridades e a promoção da paz, encorajando, por exemplo, iniciativas de reinserção social (Brasil, 2018a).

É preciso realizar um estudo aprofundado acerca dos locais das dinâmicas criminais e sociais, a fim de diagnosticar os pontos cruciais para a organização da gestão de segurança pública, definindo ações de curto, médio e longo prazo, com pautas relacionadas, por exemplo, com o controle e retirada de armas de fogo de circulação, com o estabelecimento de espaços destinados à mediação de conflitos, bem como alternativas ao modelo de polícia vigente, definindo uma visão estratégica do trabalho policial (Brasil, 2018a).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo exposto, observa-se que a violência e a insegurança, cada vez mais veiculadas pela mídia, aumentam a sensação de impunidade por parte da população, que, por sua vez, amplia o coro que pede por respostas penais mais firmes e rigorosas, atribuindo ao discurso de ódio um atrativo viés político, apto a proporcionar o ganho de popularidade e, conseqüentemente, de votos. Contudo, não são analisados os impactos de inovações na legislação penal e processual penal na política criminal brasileira, bem como sua efetividade como meio de controle social.

Nos últimos trinta anos, mais de duzentas leis em matéria penal e processual penal no Brasil foram criadas, sendo que muitas delas se caracterizam como leis de ocasião, entendidas como uma legislação simbólica, criada para apresentar uma satisfação para uma população assustada com os altos índices de criminalidade, mas que não busca uma efetiva resolução para as questões que disciplina.

A elaboração de um número expressivo de leis para criminalizar um maior número de condutas, bem como agravar penas, representa um descompasso para com o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio*, sendo aplicado apenas quando estritamente necessário para garantir a defesa de bens jurídicos relevantes, de modo que essa “inflação

legislativa” possibilita a flexibilização de direitos e garantias constitucionais, que deveriam ser básicos a todo indivíduo.

Conforme foi apontado, inúmeras leis penais e processuais penais foram criadas a partir de acontecimentos marcantes, que despertaram a atenção da mídia e da população. Ainda que por vezes necessárias, as leis de ocasião são criadas às pressas e sem a cautela necessária, ocasionando lacunas e baixa qualidade legislativa, que muitas vezes acarretam na criação de novas leis para sua própria correção.

Observa-se que tal “inchaço” do positivismo em matéria penal não reflete na diminuição da violência e no aumento da segurança. Em verdade, a massificação da responsabilidade penal, provocada pela ineficácia do Estado em controlar a criminalidade, promove apenas o aumento da população carcerária.

A constante sensação de insegurança experienciada pela população estimula o aumento dos discursos punitivistas, ainda muito constantes no cenário brasileiro. Entretanto, observa-se que através de estudos acerca da política criminal, o caráter repressor da pena, ainda que majoritário, deixa de ser o único a ser considerado.

O Plano Nacional de Segurança Nacional e o Plano Nacional de Política Criminal são entendidos como importantes e atuais fontes da política criminal brasileira, e tem representando uma tentativa de construção de uma nova visão de justiça criminal, através do ajustamento

de demandas, tais como o fortalecimento da política de reintegração social, a melhoria das condições do cárcere e a ampliação da participação social na execução penal, visando possibilitar a proposição de métodos mais eficazes de combate à violência.

Assim, verifica-se que a criação de leis e o endurecimento de penas têm crescido juntamente com o número de delitos cometidos, demonstrando sua ineficiência na repressão de práticas criminosas. É necessária uma reação mais eficaz por parte do Poder Público e da sociedade, de modo que a visão punitiva não afaste princípios fundamentais que devem conduzir o ato legislativo. Clama-se pelo desenvolvimento de estudos aprofundados acerca do Direito Penal, da política criminal e da criminologia, a fim de possibilitar a proposição de maneiras mais eficientes de se combater a criminalidade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. (tradução Juarez Cirino dos Santos). 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. A política criminal com derramamento de sangue. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 84. Disponível em: <https://www.academia.edu/16082676/_Artigo_Pol%C3%ADtica_criminal_com_derramamento_de_sangue_-_Nilo_Batista_1_>. Acesso em: jun. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*(1764). Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

BORBA, Daniela Meireles. *A influência da mídia nas decisões judiciais criminais: uma análise à luz da ADPF 130-DF do STF*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado Direito). Centro Universitário de Brasília. 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5278/1/RA20905489.pdf>>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. InfoPEN – Junho de 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência 2018*– Políticas públicas e retratos dos municípios brasileiros. Organização Daniel Cerqueira. Rio de Janeiro, 2018a. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180614_atlas_2018_retratos_dos_municipios.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Conselho Nacional de Justiça. *Reincidência Criminal no Brasil*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: out. 2017.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: jun. 2018.

CAVALCANTE, Eduardo Augusto Aires. *Relegitimando o ilegítimo: Direito Penal, simbolismo e o ressurgir do punitivismo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18317/18317.PDF>>. Acesso em: jun. 2018.

CAVALCANTI, Jéssica Melquíades. *Maioridade penal: um direito e garantia individual*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Cabedelo, 2015. Disponível em: <<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/TCC%20JESSICA.pdf>>. Acesso em: jun. 2018.

DIETER, Maurício Stegemann. *O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais contribuições de ClausOffe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas* Maurício Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31939-37331-1-PB.pdf>>. Acesso em: jun. 2018.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, p. 51, maio de 2000.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 182 p. Tese de Doutorado em Estado e Constituição. Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20344/1/2016_CarolinaCostaFerreira.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Maioridade penal e o direito penal emergencial e simbólico*. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI40746,41046-Maioridade+Penal+e+o+Direito+Penal+Emergencial+e+Simbolico>>. Acesso em: jun. 2018.

GRANATO, Fernanda Rosa de Paiva. *A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann)*. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5778>>. Acesso em: jun. 2018.

HABER, Carolina Dzimidas. *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*. Tese de Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24042012-114628/pt-br.php>>. Acesso em: jun. 2018.

ILANUD. Instituto Latino-Americano da ONU para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. *Relatório Final de Pesquisa: A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, 2005. Disponível: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/RelILANUD.pdf>>. Acesso em: out. 2017.

INCOTT, Paulo. *Política criminal brasileira e o Plano Nacional de Segurança Pública*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/politica-criminal-plano-nacional/>>. Acesso em: out. 2017.

ITO, Marina. *Raúl Zaffaroni, jurista argentino: “Função do direito penal é limitar o poder punitivo”*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-jurista-argentino-funcao-do-direito-penal-e-limi>>. Acesso em: out. 2017.

MARX, Karl. 1818-1883. *Liberdade de imprensa*. Tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006.

MAZUÍ, Guilherme. *Um ano após lançar Plano Nacional de Segurança, confirma o que o governo cumpriu e o que não cumpriu*. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-ano-apos-lancar-plano-nacional-de-seguranca-confira-o-que-o-governo-cumpriu-e-o-que-nao-cumpriu.ghml>>. Acesso em: jun. 2018.

MICHALIZEN, Fernando. *A influência da mídia no processo penal brasileiro e seus reflexos no julgamento dos crimes*. 76 f. Monografia. (Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Processo Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR), Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Curitiba, 2012.

MONTEIRO, Mídiã. *A influência da mídia na expansão da legislação penal no Brasil*. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38271/a-influencia-da-midia-na-expansao-da-legislacao-penal-no-brasil>>. Acesso em: out. 2017.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. O direito penal simbólico, o direito penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154>. Acesso em: jun. 2018.

PACELLI, Eugênio; Callegari, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PEDRINHA, Roberta Duboc; PEREIRA, Vany Leston Pessione. *Breves apontamentos acerca da política criminal e da instituição policial na contemporaneidade*. Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011, p. 276-293. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Roberta_Vany.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal. *Senatus*, Brasília, v.8, n.2, p.30-36, out. 2010.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Richardson Xavier Brant¹

Fernanda Rodrigues Medeiros²

Gabriella Lacerda Caires³

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, vem sendo construído em vivo processo interpretativo nos tribunais brasileiros, em especial no Supremo Tribunal Federal. O centro do debate é o escopo de se determinar sua precisa extensão.

Em um primeiro momento, encontrava-se o STF em posição favorável à prisão antes de definitiva condenação. Instado, pois, a se posicionar acerca da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório, pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário, no julgamento do *Habeas Corpus* 68.726

1 Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Professor do curso de Direito da UNIMONTES. Juiz de Direito do TJMG.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

3 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

de 1991, ficou afirmada a admissibilidade da execução provisória. À época, justificou-se tal posicionamento ao argumento de que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo. Por essa razão, não haveria impedimento à imediata execução da pena.

Em momento posterior, o entendimento até então dominante foi alterado pela decisão do Plenário do STF. Então, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em 2009, vigorou a interpretação de que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola o princípio da presunção de inocência. Ressalvou-se, neste julgamento, que seria cabível a prisão cautelar, quando verificados seus pressupostos autorizadores.

No ano de 2016, outra reviravolta aconteceria. Em julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, a posição do STF retomara àquela posição inicial: a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não guarda ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse lineamento, objetiva-se com o presente estudo analisar os múltiplos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao se posicionar, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.

A centralidade do estudo é a investigação

das razões de decidir, nas decisões do STF, da viabilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que pendente de julgamento o recurso especial ou extraordinário.

Princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade

O princípio da presunção de inocência consiste no direito assegurado ao acusado de não ser declarado culpado senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No curso do devido processo legal, ao acusado deve ser possibilitada a ampla utilização de todos os meios de prova para promover a sua defesa e apresentar suas razões (Lima, 2017).

Considere-se que, enquanto instrumento de proteção da liberdade, a presunção de inocência tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas (Novelino, 2016).

O filósofo Beccaria (2014, p. 47), em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, já fizera alusão à presunção de inocência: “Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada a sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas”.

Acerca do tema, Novelino (2016, p. 418) aponta que a referida garantia encontra-se positivada em importantes documentos no plano internacional:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece, em seu artigo 9, que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a presunção adquiriu status de direito humano fundamental ao ser consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei” (DUDH, art. 11.1). Posteriormente, foi incorporada ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade” (CADH, art. 8, parágrafo I).

Nessa senda, o princípio da presunção de inocência firma-se com a Revolução Francesa, acolhido no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sua positivação, na Constituição Federal de 1988, encontra-se no art. 5º, inciso LVII, com este enunciado: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Lima, 2017).

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 cuidou da “presunção de inocência” de forma mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos

Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 de 1992. Isso se verifica na distinção, na Convenção, de que o limite da presunção de inocência encontra-se na comprovação legal da culpa do réu, sem precisar o exaurimento do devido processo legal. O limite da presunção de não-culpabilidade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, na garantia constitucional, figura mais ampla (Távora; Alencar, 2017).

Em complemento relevante, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

Por força da regra probatória, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova. Incumbe ao acusador demonstrar que o réu praticou o fato delituoso imputado na peça acusatória. E utiliza-se a regra probatória sempre que houver dúvida sobre fato relevante à formação da decisão. Sendo assim, para imposição de uma sentença penal condenatória, faz-se necessário comprovar a existência dos fatos imputados, com a exigência de eliminar qualquer dúvida razoável (Lima, 2017).

Lado outro, por força da regra de tratamento, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao acusado como se este já houvesse sido condenado. Merece ser tratado e considerado inocente enquanto durar (até findar) o processo criminal (Lima, 2017).

Em síntese, esse direito se apresenta como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se

o ônus da prova na fase de instrução processual. Significa a imposição de valoração em favor do acusado, quando houver dúvida quanto à existência de responsabilidade pelo fato imputado na mensuração e ponderação das provas produzidas. Serve ainda como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise da necessidade ou não de sua segregação provisória (Capez, 2016).

Salienta-se, ainda, que a presunção de inocência exige a excepcionalidade e a estrita necessidade das prisões cautelares, tendo em vista que pessoas inocentes somente poderão ser levadas ao cárcere quando for estritamente necessária à instrução e à ordem pública. No exame desta garantia constitucional, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, para que estas não representem uma nítida e indevida antecipação de pena (Nucci, 2017).

Acerca do tema, Novelino (2016, p. 419) pondera que:

[...] a referida presunção afasta a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas não obsta a decretação ou a manutenção de prisão cautelar, se demonstrada a necessidade concreta e presentes os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam, prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria. Tendo em vista a excepcionalidade da medida, os fundamentos dessa espécie de prisão “devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim

de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado”.

Nessa linha de compreensão, tem-se por estabelecido que as pessoas devem ser favorecidas pela presunção de inocência, sendo esse seu estado natural. Para se quebrar tal presunção, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes aptas a demonstrar ao Estado-juiz a culpa do réu (Nucci, 2017).

A execução provisória da pena na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecera no ordenamento jurídico brasileiro antes e, por mais de vinte anos, durante a vigência da Constituição Federal de 1988.

Desde a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, já vetusto, admitia-se a execução da pena após o julgamento em 2º grau. Na dicção do art. 637, ainda vigente, encontra-se este enunciado: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” (Brasil, 1941).

Em consequência desse dispositivo, no caso de condenação em segunda instância, o próprio acórdão já determinava a expedição do mandado de prisão. Não se

aguardava nem mesmo eventual interposição de embargos de declaração.

O enunciado nº 267 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça já previra expressamente: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (Brasil, STJ, 2002).

A redação original do art. 594 do CPP, inclusive, subsistiu intacta até o advento da Lei nº 11.719/2008. O comando era expresso: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão” (Brasil, 1941).

Nessa linha de argumentação, desde o início de vigência do CPP (1941) até o advento da Lei nº 12.403/2011, esteve em vigor o disposto no art. 393: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados [...]” (Brasil, 1941).

Portanto, antes da modificação do entendimento no STF, em mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, entendeu-se que era possível a prisão após a decisão de 1º grau, para fins de recurso. E, note-se, já estava proclamada constitucionalmente a presunção de inocência.

Na evolução da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.726, realizado em 28/06/1991, entendeu que a presunção de inocência

não impede a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário e especial. Isso porque os referidos recursos não desfrutam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações. Cuida-se nas instâncias especial e extraordinária, - tão somente -, de eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade no reexame de decisões de instâncias inferiores. Não há, o que funciona como vedação, novo exame da matéria relativa a fatos e provas (STF, 2016).

O Plenário do STF reforçou a referida tese ao reconhecer as restrições ao direito de apelar em liberdade, determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei nº 11.719/2008). Asseverou, então, que referidas normasteriam sido recepcionadas pela CF/88. Especialmente, no ponto em que conclui que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação (STF, 2016).

A tese de que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente de julgamento o recurso especial ou extraordinário, já fora confirmada em outros julgados.

Mencione-se, no que se relaciona à assertiva anterior, a título de exemplo: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min.

Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004 e HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

Essa mesma orientação foi, ainda, reiterada nos enunciados nº 716 e 717 da Súmula do STF, aprovados em sessão plenária realizada em 24/09/2003. Têm os enunciados em comum pressupostos de situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias.⁴

Não obstante a concessão de algumas ordens de *habeas corpus* a partir de 2007, a alteração da tradicional jurisprudência adveio somente no julgamento do HC 84.078 em 2009. Oportunidade em que se retomou o entendimento segundo o qual o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

A partir daí, passou-se a interpretar o princípio da presunção de inocência como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Entendeu-se, nesse prumo, que a ampla defesa “engloba

4 Súmula nº 716 do STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717 do STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”. Ao cabo do julgamento, assentou-se a conclusão de que a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, somente seria legítima se fundada em requisitos cautelares específicos.⁵

Em mais um capítulo do debate, o entendimento fixado em 2009 foi revisto pelo STF no ano de 2016, no julgamento do HC 126.292, nesta direção:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (STF, 2016)⁶.

O teor da decisão proferida no HC 126.292, posteriormente, fora confirmado liminarmente nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Essas ações foram propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB, indicado como fundamento o art. 283 do CPP. Neste julgamento, o STF compreendeu que o referido artigo não constituiria óbice ao início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

5 STF, HC 84.078, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010.

6 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: jun. 2019.

Essa nova orientação foi reafirmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, em julgamento pelo Plenário Virtual. Nesse caso, como se tratou de deliberação meritória realizada após reconhecimento de julgamento com repercussão geral, a matéria deveria ser aplicada doravante nos processos em curso nas instâncias inferiores (Avena, 2017).

Interpretação do princípio da presunção de inocência à luz da Constituição

O jurista alemão Müller (2000, p. 61-62), na sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, revela que uma norma, ainda que clara ou mesmo unívoca no papel, pode se afigurar extremamente destituída de clareza quando aplicada no caso concreto. Nestes termos a lição que se partilha:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida em que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”.

Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.

O jurista português Canotilho (2003, p. 1213), com fundamento na Teoria Estruturante de Müller, traz a seguinte contribuição:

O elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).

Nesse compasso, Reale (2015), na obra *O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia*, ressalta a essencialidade do ato interpretativo, revelador

da impossibilidade de uma norma dispensar a atividade interpretativa.

Ademais, Maximiliano (2010, p. 196), estudioso da hermenêutica do direito brasileiro, já ponderava sobre a interpretação literal:

A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto. [...] Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - *in claris cessat interpretatio*), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem [...] Aplicam-se mais extensamente do que se deve, tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo.

A clareza das regras, em síntese, somente é obtida pelo procedimento de interpretação, procedendo-se à análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio (STF, 2018).

Nessa linha de compreensão, embora se defenda que a “literalidade” do art. 5º, LVII, da CF/88 não admitiria interpretações, não é possível se escusar da divergência juridicamente relevante sobre o que significa,

para os fins constitucionais, a expressão “ninguém será considerado culpado”.

Nesse sentido, Mendes (*apud* Mello, 2015) adverte que a definição do que vem a ser considerado culpado depende de intermediações do legislador ordinário:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

Nessa esteira, para a definição do sentido e alcance da norma, recorre-se às regras de hermenêutica que orientam o intérprete na fiel execução das normas, à luz do ordenamento jurídico-constitucional.

A unidade do sistema jurídico e da Constituição Federal determinam a necessidade de eliminar incoerências, inconsistências e contradições internas. Nesse quadro, quando duas ou mais normas parecem incompatíveis no momento de sua aplicação a um caso concreto, procede-se à atividade de interpretação conforme, voltada à definição do significado das normas constitucionais, concebidas em termos gerais e abstratos. Com isso, preserva-se a unidade do Direito e, quando necessário, procede-se à atividade de ponderação, atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito, à luz dos princípios constitucionais, para que se chegue à decisão sobre qual norma deverá ser concretamente aplicada (STF, 2018).

O princípio da presunção de inocência, ainda que se apresente de modo aparente com significado claro e unívoco, encontra-se insculpido em um sistema unitário. Deve ser harmonizado com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente (STF, 2018).

Na linha de interpretação adotada, verifica-se que, nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente. É o que se nota nos dispositivos legais adiante transcritos:

Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que,

pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Art. 86. [...] §3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão (Brasil, 1988).

Considere-se que, caso o legislador constituinte originário almejasse impedir a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a proibição seria expressa. Constaria de dispositivo próprio na inteligência de que as exceções, porque de interpretação estrita, precisam ser explícitas.

Ao que se considerou e argumentou, é plausível concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado (STF, 2018).

Em acréscimo, verifica-se que o enunciado do art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece outras duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. Nestas hipóteses, a única exigência é que a decisão seja determinada por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada. Posta assim a enunciação dos referidos cânones:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de

autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (Brasil, 1988).

Em argumento pontual, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292, considera que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento das vias recursais em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária:

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária (STF, 2016)⁷.

7 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>
Acesso em set. 2018.

Nesta linha de argumentação, o princípio da presunção de inocência deve ser compatibilizado com o princípio da duração razoável do processo, garantia fundamental inscrita no art. 5º, LXXVIII da CF. Em consonância de exegese com a soberania constitucionalmente proclamada dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF/88) e alinhado, sistematicamente, com a disciplina da previsão de manifestação recursal da Constituição Federal de 1988 (STF, 2016).

O acesso via recurso ao STF e ao STJ é contemplado em caráter de absoluta excepcionalidade. Da leitura dos artigos 102 e 105 da CF/88, depreende-se que o acesso às instâncias nobres visa ao objetivo institucional da função de estabilização e uniformização da interpretação das normas constitucionais. Em sua composição, a par da definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nos tribunais superiores, fica afastado o caráter de instâncias revisoras universais (STF, 2016).

Sob esses fundamentos, a análise sistêmica da Constituição autoriza a compreensão de que a presunção de não-culpabilidade não impede a decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Também de que não condiciona a prisão antes do trânsito em julgado da condenação tão somente às hipóteses do art. 302 e 312 do CPP.

Em outro aspecto, o juízo condenatório, uma vez declarado pela autoridade judiciária competente, revela

fundamentos mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, em juízo não exauriente.

Nesse contexto, seria franca contradição admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, em juízo de cognição sumária, pudesse revelar-se mais adequada e compatível com a Constituição do que uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito. Para condenação, em juízo de cognição plena do mérito, em regra por órgão colegiado, aproxima-se mais da certeza da condenação do acusado (STF, 2016).

Não é correto, portanto, conferir ao princípio constitucional da presunção de inocência caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão com outros princípios e regras constitucionais. Todos os princípios, em mesmo patamar de hierarquia axiológica e normativa, devem ser ponderados concretamente. Não se mostra adequado, em face do princípio da cedência recíproca, juízo prévio em caráter abstrato. Nessa linha, prevalece o entendimento de que somente depois de esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade (STF, 2016).

Novos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para a admissibilidade da execução provisória da pena

A Constituição, enquanto projeto ético-político de convivência justa, visa assegurar um nível adequado de estabilidade às instituições políticas e jurídicas. Para além da função simbólica, para que permaneça legítima e cumpra essa função, é preciso que a Constituição seja um projeto em permanente reconstrução, aberto ao tempo e ao câmbio da realidade (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017).

A Constituição Federal de 1988, não obstante a sua rigidez, não está livre de mudanças e alterações, que podem ser formais ou informais⁸. A mutação constitucional é um processo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas constitucionais, em evolução semântica e histórica, sem que haja qualquer modificação no texto.

Nas lições do Ministro Barroso (2015, p. 123-127), o novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo:

8 Quanto aos meios formais, cuida-se da alteração do texto constitucional por meio da atuação do poder de reforma constitucional, o que se verifica mediante um processo legislativo previamente estabelecido pelo poder constituinte. No âmbito da chamada mudança informal, cuida-se do fenômeno que modifica determinada Constituição, sem que haja, a rigor, alteração do texto normativo e sem que se cumpra com os requisitos formais necessários à modificação do seu conteúdo textual (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017).

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. [...] A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. [...] A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.

A variação da interpretação então explicita o fenômeno da mutação constitucional. No tema em tratamento, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu próprio entendimento anterior sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Em outro momento, conduziu-se o tribunal para nova mudança em razão do impacto traumático criado após a primeira alteração de orientação (STF, 2016).

Considere-se a relevância de que, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas

cautelares nas ADCs 43 e 44, procedeu-se a um *overruling*⁹ dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência e, com base nelas, reconhecer a legitimidade da execução imediata de condenações, sucessivamente ao esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias (STF, 2018).

Sedimentou-se, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, o entendimento segundo o qual, antes de prolatada a sentença penal, há de se manter reserva na dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica. Isso significa, em suma, atribuir ao acusado, para todos os efeitos, a presunção de inocência. Todavia, há de se ponderar que o princípio da presunção de inocência – em gradação sucessiva – assume menor peso à medida que o processo avança. Isso porque parte-se de um juízo superficial no início e avança-se para um juízo mais seguro, mais próximo da certeza, na exata proporção em que as provas são produzidas e os juízos são formados.

Verifica-se que, na fase pré-processual, quando

.....
9 *Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente de forma expressa ou tácita. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento posterior, em alteração de interpretação. A contraponto, fala-se em *distinguish* quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos discutidos e aqueles que serviram de base para a tese jurídica (*ratio decidendi*) e que constam do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade, especificidade, no julgamento afasta a aplicação do precedente, torna-a superada. (Didier Jr.; Braga; Oliveira; 2016).

há mera apuração da prática de infrações penais, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo. De modo diverso, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e isso equivale ao aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. Isso porque, com o desenvolvimento do processo, há demonstração cada vez mais segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente aproxima-se do exaurimento da cognição, quando se tem por finalizada, concluída, a produção e a apreciação de fatos e provas (STF, 2016).

Argumente-se, uma vez mais, que nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade. Isso porque, nestas instâncias excepcionais, existe a impossibilidade de reapreciação de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos dos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida (STF, 2016).

Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki elucidava que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto são recursos que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, visto que possuem âmbito de

cognição estrito à matéria de direito:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. (STF, 2016)¹⁰.

É o que prevê o enunciado nº 7 da Súmula

10 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: jun. 2019.

do STJ, ao dispor que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (STJ, 1989). De idêntico conteúdo, o enunciado nº 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (STF, 1963).

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado (STF, 2016).

O ministro Luís Roberto Barroso também sustentou, no julgamento do HC 126.292, que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Elencou que “em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”. Ponderou depois que isso “reforçou a seletividade do sistema penal, visto que a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados”. Por fim, ressaltou que “o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Tudo isso porque “a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução

da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”, fazendo emergir uma sensação geral de impunidade (STF, 2016).

Essa nova orientação do STF destaca que os eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias podem ser afastados por outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado. Nesse sentido, as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, bem como a ação constitucional do *habeas corpus*, compõem um conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado (STF, 2016).

Em outro ponto, deve-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do HC 84.079 reproduziu a compreensão de que, embora adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões (STF, 2018).

Respeita-se a posição dos que entendem que seria inadequado interpretar, de forma restritiva, o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, que, de forma inequívoca, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Mas parece um louvável acerto a posição do Pleno do STF ao decidir, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1998 consagrou como direito fundamental o princípio da presunção de inocência, que consiste no direito de não ser declarado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, após debatido processo interpretativo com o fim de determinar a extensão e o alcance desta norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende a presunção de inocência.

Justificou-se a referida orientação no argumento principal de que o ordenamento jurídico brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória para que se decrete a prisão, em razão de que a presunção de inocência deve ser compreendida

em interpretação sistemática, na ponderação com outros princípios e valores constitucionais.

Acresce-se aos motivos, a razão de que, no âmbito das instâncias ordinárias, fica exaurida a possibilidade do exame de fatos e provas – haja vista que os recursos de natureza extraordinária só se prestam a debater matéria exclusivamente de direito. Também é relevante a afirmação da busca de equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal.

Nessa linha de argumentação, conclui-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal – acerca da execução provisória da pena – alinha à interpretação do princípio da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do ordenamento jurídico vigente. Confere força normativa ao sistema jurídico, porque mantém a norma constitucional mais próxima da realidade social. Significa relevante contribuição ao combate da impunidade que é mácula permanente ao longo de nossa história. Fortalece-se o propósito de um alcance maior em todos os segmentos sociais!

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (Tradução por Neury Carvalho Lima). São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Código de processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas STJ*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.345*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJE de 20/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.983/RS*. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJE 29/08/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874983%2EENUME%2E+OU+74983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hxp2fgw>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJE 25/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE 17/05/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2EENUME%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jukvr93>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752/PR. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJE 15/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152752%2EENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb2a6y8h>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf >. Acesso em: jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev.. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal/ Nestor Távora*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2017.

UM OLHAR PRINCIPIOLÓGICO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA: A CONTRIBUIÇÃO DE RODRIGO DA CUNHA PEREIRA PARA O PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE AS RELAÇÕES FAMILIARES

Rita Edite Lopes Borges¹

Gabriel Brito Alves²

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) revolucionou o Direito de Família pátrio, sob três eixos principais: reconhecimento da igualdade de direitos e de obrigações entre homens e mulheres; reconhecimento da igualdade entre filhos, com rejeição de qualquer designação discriminatória; e reconhecimento da pluralidade de formas de família.

A revolução feminista, ocorrida com maior destaque nas últimas décadas do século passado, não apenas reformulou o comportamento do mercado e do sistema capitalista, como, inevitavelmente, influenciou o legislador constituinte a reconhecer a mulher como sujeito de direitos, ou melhor, mais que direitos, de desejos e de vontade

1 Professora da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES); Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); advogada militante.

2 Acadêmico do décimo período do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES).

própria, para além dos estigmatizados papéis de dona de casa, de esposa e de mãe. Houve, assim, o rompimento com o patriarcalismo e a democratização das famílias, que se tornaram núcleo de realização de seus integrantes, sobremaneira, unidos pelo afeto; o caráter patrimonialista das relações familiares, conseqüentemente, restou prejudicado. Ademais, o reconhecimento constitucional de outras formas de família, como a constituída pela união estável, desfez o formalismo acentuado que regia as relações familiares, conjugando proteção estatal e autonomia de vontade das pessoas.

Instigado por esses novos paradigmas preconizados pela CRFB/1988, Pereira (2016) dedicou-se, em seu doutorado, ao estudo sobre a organização jurídica das famílias na contemporaneidade. Sua robusta pesquisa trouxe preciosa contribuição para o Direito de Família pátrio: a estruturação de um corpo de princípios éticos regente das relações familiares e da tutela jurídica a elas conferida. Revelou o princípio como norma jurídica completa e a mais adequada para reger as relações sociais que tanto reclamam aproximação do justo, demonstrando seu inegável caráter normatizador. Além disso, é mérito de seu trabalho e característica de sua seriedade, a separação entre ética e moral.

O caráter normatizador dos princípios

Do estudo realizado por Pereira (2016), é possível dizer que o caráter normatizador dos princípios é construído a partir da conjugação de padrões de comportamento dotados de densa carga valorativa com as suas respectivas inscrições no texto constitucional. A CRFB/1988 é composta de valores considerados preciosos, num contexto histórico da Humanidade de prolongado pós-guerra. A reflexão inevitável do homem – nessa noção compreendido, é claro, o constituinte – foi privilegiar o valor máximo da dignidade da pessoa humana, fazendo irradiar sobre todo o ordenamento jurídico critério de interpretação que reconheça e considere o destinatário da regra como pessoa humana que é, com superação da simples e fria visão de mero personagem da relação jurídica.

O papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, dessa forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar essa barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico (Pereira, 2016, p. 38).

O Direito aqui defendido, portanto, baseia-se

numa ordem interpretativa sob égide principiológica. Desse entendimento, deriva a ideia de que a tutela jurídica das relações sociais sempre deverá ter por escopo a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, hoje, a operação do Direito tem como ideal, ou deve ter, a efetivação de normas consonantes com os valores instituídos pelos padrões de comportamento social. Esses padrões sociais, é claro, não se confundem com qualquer costume; trata-se da conduta que a experiência humana transformou em valor universal.

Embora, atualmente, a concepção dos princípios como autênticas normas jurídicas seja entendimento sedimentado, tanto no meio doutrinário, quanto na seara jurisprudencial, é devido dizer que nem sempre foi assim. O positivismo foi o contraponto mais relevante para a discussão, pois sem exercício de interpretação mais custoso, a clareza e precisão de uma regra jurídica formalmente instituída e inscrita pode trazer precipitada sensação de maior segurança, se comparada ao princípio.

Pereira (2016) entende superada a discussão, entre juristas, se os princípios são, ou não, normas. Para sustentar seu posicionamento, perfilha as lições de Bobbio, para quem os princípios só podem ser normas, por dois fundamentos simples e robustos: primeiro, no mais largo processo de derivação e generalização, é possível, sob uma ou outra perspectiva, pensar que os princípios são extraídos das normas, assim como também é possível concluir que no

princípio se fundamentou ou nasceu determinada norma; segundo, os princípios sempre serviram para o mesmo fim que as normas, isto é, regular um comportamento. Assim, os princípios possuem, *grosso modo*, a mesma natureza e finalidade que as normas possuem.

Pereira (2016) avança para chegar a uma conclusão com significado ainda maior para a noção de princípio, de seu caráter normatizador e de sua comparação às normas clássicas e formais. Entende que, quando Kelsen desenvolveu sua “Teoria pura do direito” e analisou o problema que toca à sustentação de um ordenamento jurídico, isto é, o que dá validade às normas que o compõe, acabou por revelar a superioridade normativa que os princípios possuem sobre as regras. Essa busca pela validade das normas encontra nos princípios o valor que sustenta, ou não, a sua existência. Essa análise reflete, então, que o caráter normatizador generalíssimo dos princípios é a razão de ser das normas, pois é esse valor máximo que se alcança quando a norma é pensada num exercício de regresso a sua origem.

Nessa esteira, impende anotar a diferença entre regras e princípios. Em apertado resumo, é possível dizer que regras e princípios são espécies do gênero norma, mas se diferenciam sob o seguinte critério qualitativo: princípios são comandos que sempre poderão e deverão ser aplicados, em menor ou maior medida, conforme as circunstâncias do caso; enquanto que regras são normas que, além de se submeterem ao crivo da vigência, têm

aplicação inflexível – são ou não aplicáveis. Assim, ficou aperfeiçoado o critério de distinção entre regras e princípios que se resumia a informar possuir estas normas caráter mais generalíssimo que aquelas. “Princípios são mandados *prima facie* e não definidos, ao passo que as regras são mandados que se aplicam ou não” (Pereira, 2016, p. 54).

Pereira (2016) não é taxativo apenas ao apontar os princípios como a melhor fonte para o Direito de Família, em particular, como também assevera que esse especial tipo de norma possui duas nítidas funções: otimizar o Direito e sistematizar o ordenamento jurídico. Nessa esteira, os princípios dão sentido ao conteúdo das regras, como critério mesmo de interpretação, além de, por si, normatizarem as lacunas legislativas; com igual importância, estruturam todo o ordenamento jurídico, pelo que faz dele mais do que um simples e inútil amontoado de regras.

A lei não consegue acompanhar a complexidade e dinamicidade das relações sociais, em especial, as afetas ao Direito de Família. Por esse motivo, afirma que as inquietações contemporâneas sobre o assunto não encontram respostas no regramento legislativo em vigor, nem mesmo nos mais recentes textos normativos; há que se buscar, portanto, fontes do direito mais adequadas a tutelar matéria que reclama o maior grau possível de aproximação à medida do justo. Dentre as fontes existentes, os princípios têm se revelado a mais adequada para superação desse desafio.

Com a evolução e o desenvolvimento de um Direito Civil-Constitucional, os princípios ganharam uma força normativa muito maior e, conseqüentemente perderam seu caráter de mera supletividade [...]. São equivocados a ideia e o pensamento de que os princípios vêm por último no ato interpretativo integrativo. Ao contrário, os princípios, como normas que são, vêm em primeiro lugar e são porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito (Pereira, 2016, p. 43).

Conclui-se que o caráter normatizador dos princípios não apenas existe, como ocupa lugar de maior importância como fonte do Direito. Desse modo, tal norma jurídica está para além da supletividade da lei, entendimento intimamente relacionado ao movimento de descodificação e constitucionalização do Direito Civil.

A aplicação ética dos princípios do Direito de Família

A história do Direito de Família é marcada por exclusões e injustiças. Sua organização jurídica sempre, ou quase sempre, refletiu o movimento das evoluções sociais e econômicas. Contudo, por longo período, as famílias foram duramente patrimonializadas e hierarquizadas sob pretexto de uma moral sexual civilizatória. Daí decorreram a legitimação ou marginalização de filhos, de determinados tipos de famílias, assim como a mulher foi posta em posição de estigmatização sexual. Essas injustiças só perderam força

com o desenvolvimento de um olhar ético para o homem, o de reconhecimento de sua inerente dignidade humana, independente de classe social ou de conduta moral sexual que possuía.

Observar a natureza do homem, isto é, o que ele é, através de uma perspectiva ética, para além de uma moral estigmatizante, conferiu-lhe contornos de sujeito de desejos. E não há espaço mais apropriado para a realização de sua dignidade senão na família. Por esse motivo, narra Pereira (2016), valores morais incompatíveis com o novo homem racional tornaram-se insustentáveis. A indissolubilidade deu lugar ao seu negativo dissolubilidade; a culpa paralisante deu lugar à responsabilidade construtiva, pelo que o formalismo matrimonial perdeu espaço para a valorização do afeto, e genitores ganharam roupagem de pais responsáveis ou responsabilizados.

Nesse sentido, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado critério interpretativo integrativo ético de todos os demais princípios norteadores do Direito de Família, bem como dos demais tipos de normas. Trata-se do estabelecimento de um marco referencial para um olhar ético sobre a operação do Direito. Por seu importante papel na interpretação e aplicação dos princípios, é devido pensar a dignidade da pessoa humana sob perspectiva ética. Trata-se da preocupação, revelada por Pereira (2016), de emprestar ao referido princípio concepção universal e inclusiva, pois não valem como princípios, nem

assim poderiam ser chamados, valores que se sujeitem às oscilações da moral subjetiva de cada homem, ou de cada grupo social, e que possuam, em si mesmos, contradições. Para esse fim, o autor entende que até aqui, não há compreensão mais ética para a dignidade humana senão aquela concebida por Kant, que estabeleceu a incontestável característica comum de todos os homens: a racionalidade.

A avaliação dos princípios pelo critério da universalidade é necessária, pois não é válido aquele que possuir, em si, contradições. O princípio deve ser universal, para que seja inclusivo e, assim, não crie exceções injustas; bem como disso se serve para alçar condição de norma que subordine as demais, em lugar de, apenas, com elas concorrer. O princípio da dignidade humana, sob a concepção kantiana, atende a tal critério e serve como exemplo de operação ética para a consideração e aplicação dos princípios que se pretende elencar como aqueles estruturantes da organização jurídica das famílias. A validade de tais normas, esculpidas como princípios, dependerão, portanto, não apenas de sua universalidade e de sua racionalidade, mas também de sua condição ética. “E esta é a questão mais delicada na discussão de qualquer princípio do Direito: saber se ele é ou não um princípio ético” (Pereira, 2016, p. 96).

Diante do já exposto, não parece adequado prosseguir sem que se pontue, dentre tantos pensamentos a respeito, os contornos da própria noção sobre ética. Ética, por modesto resumo, é a ordenação da conduta ou a

teoria normativa da ação. Assim como a moral, pressupõe subjetividade, pois tanto uma quanto outra reflete valores internos do agente. Contudo, “a ação ética não é um fim em si mesmo, mas um instrumento, um meio para se chegar a algo” (Pereira, 2016, p. 98); e tal instrumento é um exercício de reflexão racional do agente sobre os valores que aprecia.

A delicada questão sobre a medida do justo e o compromisso do Direito com a justiça é levantada na discussão que separa ética e moral. A justiça é tanto um valor moral quanto um valor jurídico, mas por ser valor, sujeita-se a relativizações. Entretanto, quando posta no mundo jurídico sob suas concepções clássicas, dá sinais de concretude. Como afirma Pereira, “a justiça é uma prática de autoconservação” (2016, p. 105), pois compreende as noções de dar a cada um o que é seu, ou lhe é devido, bem como viver honestamente e não lesar a outrem. É a partir desse exercício racional que o autor compreende ser alcançável, com segurança livre de oscilações subjetivas, a compreensão de justiça. Será justo, portanto, o que preserva a natureza singular da coisa; injusto, pois, o que a deteriora. Nesse contexto, por se tratar do exercício racional da ação, a ética se mostra capaz de melhor capturar a essência das coisas.

É preciso que nos fixemos numa ética que em nada se permita confundir com uma moral subjetiva. É preciso separar radicalmente ética e moral, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, que é o campo do relativismo e do subjetivismo [...] A ética

estuda a necessidade da natureza de qualquer essência singular (Pereira, 2016, p. 108).

A realização ética do Direito de Família consiste, portanto, na substituição de moralismos excludentes por princípios racionais e universais que preservem a essência da natureza do homem, isto é, a sua dignidade humana. Isso poderá custar, é claro, a negação da letra fria da lei, através da escolha pelo justo, ou melhor, pela preservação da singularidade essencial das famílias. Como bem sintetiza Pereira, “a solução mais justa para os conflitos que se apresentam para a justiça da família é aquela que busca o verdadeiro respeito aos elementos fundamentais das relações de família” (2016, p. 109-110).

Os princípios do Direito de Família em espécie

Finalmente, o desenvolvimento deste trabalho alcança espaço para a enumeração dos princípios específicos do Direito de Família, conforme elenco elaborado por Pereira (2016). Como salienta o autor, trata-se de cumprir a missão de bem organizar o pensamento jurídico sobre a matéria, com escopo de aproximar, tanto quanto possível, a operação do Direito ao ideal de justiça.

O princípio da dignidade humana. É incontestável o lugar de maior importância ocupado, hoje, pelo macroprincípio da dignidade humana. É alicerce que sustenta toda a organização do Estado de Direito, tendo por

corolários outros princípios e valores, como a cidadania, a liberdade e a igualdade. A sua relação com o Direito de Família ganha contorno ainda mais especial, ou melhor, molecular: a família é o principal agente garantidor da dignidade humana de alguém.

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida, sinteticamente, como valor intrínseco do homem. Tem, portanto, caráter universal e inafastável, pois deriva de característica que todo homem possui: a racionalidade. Por tal caráter, não seria possível, ou pelo menos não guardaria qualquer compromisso com a justiça, que arbitrariedade estatal tentasse negar a qualquer homem educação, moradia ou saúde, por exemplo. De igual forma, também não é possível conceber a fundação de um Estado de Direito que não expresse tal valor como princípio para sua democracia.

A vasta história do Direito de Família é, lamentavelmente, marcada por muitos exemplos de indignidade. Por vários anos, e ainda em vários lugares do mundo, mesmo nos dias atuais, a igualdade entre cônjuges (com sentido amplo) era formalmente negada, assim como entre filhos; não se deve olvidar também de que formas não tradicionais de família foram e ainda são marginalizadas. A superação disso, com a evolução do Direito de Família pautada no princípio em comento, compreende “a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade [...] uma igual dignidade para todas as entidades familiares” (Pereira,

2016, p. 120-121). É inevitável relacionar isso ao conceito contemporâneo de cidadania, afinal, esse valor implica, necessariamente, inclusão.

O princípio da monogamia. A noção de monogamia, aqui, não deve ser observada como regra de ordem moral ou moralizante, mas como comando necessário à organização das famílias e do ordenamento jurídico como um todo. Trata-se de interdito proibitório que impede o homem do cometimento de excessos, pela negação de suas pulsões instintuais. É a interdição ao desejo, pressuposto básico do estado de cultura do homem, sem o que não haveria organização social. “Portanto, não é apenas uma questão moral, mas de necessidade de alguma interdição, pois se não houver proibições não será possível a constituição do sujeito e, conseqüentemente, de relações sociais” (Pereira, 2016, p. 131).

A inscrição da fidelidade como norma jurídica, elevada ao grau de princípio, possui a mesma razão de ser do Direito. “Direito só existe porque existe o torto e [...] essas noções são complementares e interdependentes” (Pereira, 2016, 132). O desejo se contrapõe à lei jurídica e vice-versa. É o reconhecimento, em outras palavras, da tendência humana de realização de seus prazeres; e que, se assim não fosse, não haveria necessidade de se regulamentar o comportamento do homem.

Finalmente, vale observar que não é possível pensar em desestruturação das famílias, se se considerar

a infidelidade desassociada da criação de uma nova entidade familiar. Os contornos da fidelidade que informam este princípio merecem nota. A infidelidade chega a ser considerada por Pereira (2016), inclusive, necessária para a manutenção do sistema monogâmico; logo, não é possível dizer que significa a quebra desse modo de organização da família brasileira. Por outro lado, o que pode causar crise para esse sistema da família ocidental é a coexistência de duas famílias com cônjuge comum entre si.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Historicamente, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está ligado ao declínio do patriarcalismo, pelo qual as famílias estavam duramente patrimonializadas e hierarquizadas. O afeto assumiu lugar especial nas famílias, tornando-se seu principal elemento fundante. Assim, o casamento, ou qualquer outra união de que nasça entidade familiar, deixou de ser mera convenção social, palco de formalismos e interesses econômicos, para ser o ambiente de aconchego de pessoas dignas da busca por sua felicidade. Esse critério de interpretação da dignidade humana - e não poderia ser diferente - alcançou especialmente as pessoas em formação.

Os menores tornaram-se, assim, sujeitos de direitos, sob proteção do Estado, das próprias famílias e da sociedade. Seus interesses estão resguardados por importantes diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959; bem como no ordenamento

jurídico pátrio, a exemplo da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), e dos arts. 227 e 229 da CRFB/1988. Os efeitos desse novo olhar para as crianças e para os adolescentes foram diversos, sobretudo o que diz respeito à concepção de guarda, com privilégio para a compartilhada; e à parentalidade socioafetiva, que pode informar a definição de paternidade e de filiação tanto quanto os vínculos de sangue.

O alcance do melhor interesse da criança e do adolescente, ou em outras palavras, a delimitação dos contornos de seu conteúdo se dá, concretamente, pela apreciação do caso sob análise. Contudo, é possível dizer que, abstratamente, é resultado da conjugação de outros princípios, sobretudo o da dignidade humana, da afetividade e da responsabilidade; tendo por regra a sobreposição dos interesses do menor em relação aos que se contraponham. Trata-se do zelo pelo devido desenvolvimento moral, social, emocional, físico e psicológico dos menores, isto é, de seus direitos e de suas garantias fundamentais.

O princípio da igualdade e o respeito às diferenças. Pereira (2016) compreende não ser possível tratar de igualdade desassociada da promoção do respeito às diferenças, pois a genérica igualdade abstrata é incapaz de apreender a dinâmica realidade social, essencialmente diversificada. Sob uma perspectiva ética da essência singular do agrupamento social, portanto, deriva o reconhecimento da diversidade, condição imprescindível para a construção

da identidade de seus membros. E é justamente esse aperfeiçoamento das identidades que confere aos homens condição de cidadania, incluídos no laço social com sua essência singular, isto é, sua dignidade humana. Embora pareça paradoxo, contraditório mesmo é pensar igualdade sem diferenças, pois o espírito de tal valor consiste em ver o homem pelo que ele é, a partir de sua essência natural: pessoa com inerente dignidade humana. Há igualdade entre os homens porque todos possuem dignidade humana, mas não há dignidade sem singularidade, como não há identidade sem alteridade.

Não parece adequado, pois, pensar em superação das diferenças por se tratar exatamente da característica que torna fértil o ambiente de desenvolvimento das identidades dos cidadãos. Contudo, compõe a própria noção do respeito às diferenças o reconhecimento de que, infelizmente, no plano fático, algumas singularidades estão eivadas de estigmatização e marginalização. Desponta como um dos maiores exemplos disso a suposta superioridade masculina (ou inferioridade feminina), esboçada até mesmo em regras positivadas no ordenamento jurídico de passado recente, que submetiam as mulheres a lugar de subordinação, ora ao pai, ora ao marido.

Embora a igualdade entre homens e mulheres tenha sido alcançada formalmente, e com garantias constitucionais, resta claro que o desafio de desconstrução do discurso misógino, enraizado culturalmente no meio social,

é um processo contínuo e inacabado. Como bem esclarece Pereira (2016, p. 167), “a dificuldade prática está em que a pretensa igualdade é entremeada de uma complexidade que o pensamento jurídico, por si só, não é capaz de responder”.

Como a importante inscrição constitucional do princípio da igualdade não carrega, em si, a solução para o problema, que é da ordem da complexidade das relações socioculturais, tornam-se necessárias as ações inclusivas. Tais medidas dizem respeito, exatamente, a métodos de compensação das reconhecidas desigualdades materiais, a exemplo da política de cotas. É claro que, para essa solução há contraponto e muita polêmica, para quem afirma até resultar na afirmação dos preconceitos e das diferenças – assunto sobre o que, neste trabalho, não cabe maiores digressões.

Mas parece devido, novamente, exercício ético para aplicação do princípio. Se vigente norma com maior guarida, pois constitucionalmente prevista, as disparidades socioeconômicas permanecem, há que se perquirir outros métodos que visem a transformações efetivas. Nesse sentido, sob pena de esvaziamento da própria norma principiológica, faz-se necessário conjugar as ideias de igualdade e equidade, mediante resgate da medida do justo sob a perspectiva de preservação da dignidade humana. Como reconhecido anteriormente, é da ética a descoberta da singularidade das coisas, isto é, o que não lhe pode faltar para que não deixe de o ser; e não deveria haver surpresa diante da assunção de que determinadas coisas carecem de maior cuidado, sem

que sobre ela recaia, precipitadamente, qualquer juízo de valor que pressuponha inferioridade.

O princípio da autonomia e da menor intervenção estatal. Numa perspectiva jurídica, a família é uma instituição, embora cada vez mais essa noção fique fragilizada. Isso quer dizer que a família “é um grupo social ordenado e organizado segundo disciplina própria que é o Direito de Família, que se encontra suscetível às mudanças da sociedade” (Pereira, 2016, p. 182). É exatamente por esse motivo que existe espaço para que o Estado se faça presente na organização de suas relações, o que exige análise sobre o alcance admissível da ingerência estatal nas famílias.

O Direito de Família pertence ao ramo do Direito Privado. Cabe esclarecer que esta é a oportunidade para se verificar a dimensão mais ética da interferência estatal nas relações de família, vez que a existência de interesse mútuo entre instituição familiar e Estado é cediça. A autonomia privada da família, como instituição, e de cada um de seus membros, individualmente considerados, advém do critério interpretativo da dignidade humana que irradia do texto constitucional para todo o ordenamento jurídico. Houve uma ruptura, assim, com a tutela exacerbada do conteúdo patrimonial das relações sociais para colocar o homem, revestido de inafastável dignidade humana, como destinatário de maior proteção. Essa proteção ganha um quê de especial quando as relações familiares são consideradas, mas não dá margem para justificar a substituição da vontade

particular pela tutela estatal verticalizada.

Portanto, como declara Pereira (2016), o que se espera ou se tem por admissível da parte do Estado é a proteção às famílias no sentido de promover seu bem-estar para a fluida realização das vontades de seus membros, para o desenvolvimento da dignidade de cada um. Assim, o seu papel é de proteger, prover e assistir, mas não de gerir ou de fiscalizar as famílias. Por vezes, é claro, na ausência da própria família, haverá eventual substituição estatal – com isso, maior intervenção –, no que diz respeito à saúde e à educação dos filhos.

O princípio da pluralidade de formas de família. Historicamente, os textos constitucionais, pelo menos até a CRFB/1988, limitavam-se aos aspectos formais da família, sem, contudo, dar atenção à substancialidade da instituição. Parecia haver, tão somente, preocupação por manter os pilares do patriarcado, conjugado com o formalismo e prestígio absoluto do matrimônio, com a hierarquização e com a patrimonialização dessas relações. Foi a CRFB/1988 que cuidou da família de forma mais pontual, levando a efeito as notáveis mudanças sociais das últimas décadas daquele século.

Foi a disposição contida no art. 226, da CRFB/1988 que marcou a inserção do princípio da pluralidade de formas de família no ordenamento jurídico brasileiro, pois dispôs sobre outras possibilidades de sua constituição, para além da exclusividade do casamento:

união estável e família monoparental. É claro que este rol não é capaz de incluir todos os tipos de entidade familiar que se apresenta no plano fático, até mesmo por que seria tarefa árdua, mas a sua interpretação não poderia desconsiderar tantos outros agrupamentos familiares não elencados formalmente. É que a aplicação ética deste princípio exige a sua conjugação com valores e princípios outros que sustentam o próprio regime democrático brasileiro, sobretudo a liberdade e a igualdade. É dizer que não há no texto, ou na omissão do texto, exclusão, mas inadequadas interpretações.

Há, portanto, reconhecida e inegável tutela jurídica para aquelas formas de família não elencadas pelo texto constitucional. Entretanto, o injustificável medo da destruição da família tradicional pode dar espaço a moralismos estigmatizantes, afastando do laço social e da proteção estatal outras formas de família cuja classificação não foi positivada.

Mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam, e continuarão existindo independente de sua positivação pelo Estado. E, da mesma forma que as famílias positivadas possibilitam a seus membros estabelecerem-se como sujeitos e desenvolverem relações na *polis*, a estas outras deve ser dada legitimidade como um imperativo da noção de cidadania (Pereira, 2016, p. 202).

Insista-se, houve, a partir da nova ordem

constitucional, a colocação do homem em lugar de especial cuidado; a tutela das mais variadas relações sociais (e seu respectivo conteúdo jurídico), inclusive as que envolvem o Estado, guarda compromisso com o privilégio da dignidade humana. Assim, a família como mera instituição perdeu força, não havendo mais que se pensar em rigidez de sua forma, mas dar atenção a sua precípua função social: o desenvolvimento da dignidade humana de seus membros e, conseqüentemente, de sua cidadania.

Com a finalidade de incluir, didaticamente, todas as formas de família, com destaque para aquelas que não foram expressamente elencadas no rol positivado pelo constituinte, Pereira (2016) dedicou-se a elaborar a seguinte classificação das entidades familiares: família conjugal, família parental e família unipessoal ou *single*. Para bem contornar o alcance do princípio em comento, a seguir é oportunizada breve exposição de cada uma dessas classificações.

Família conjugal é “aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. O amor conjugal assenta-se também na sexualidade, que não está necessariamente na genitalidade” (Pereira, 2016, p. 204). Nessa classificação, estão compreendidas as mais variadas composições de famílias (união heteroafetiva ou homoafetiva, com ou sem filhos, dentre tantos outros exemplos), desde que possua o traço característico do desejo sexual. Essa característica,

contudo, não pode ser reduzida aos tradicionais atos sexuais genitalizados, pois as preferências e possibilidades sexuais de cada pessoa são diversas. Cabe ao Estado, novamente, apenas reconhecer e tutelar, mas não fiscalizar – o que seria absurdo.

A família parental pode estar contida ou conter a família conjugal, mas com esta classificação não se confunde, pois prescinde do desejo sexual. Trata-se do grupo doméstico das pessoas que possuem, entre si, laços de parentesco biológico ou socioafetivo. Essa classificação inclui, portanto: as entidades familiares monoparentais, isto é, aquelas formadas por qualquer dos pais e seus descendentes; grupos domésticos compostos por irmãos, sem a presença dos pais (anaparentais) ou compostos por avós e respectivos netos; as famílias substitutas, quer tenham origem na adoção, na tutela ou na guarda; e, ainda, as famílias reconstituídas, binucleares e mosaico, “usualmente formadas pelo par e os filhos advindos de relações conjugais anteriores” (Pereira, 2016, p. 212).

Por fim, a família unipessoal ou *single* diz respeito às pessoas que optaram ou foram levadas, por circunstâncias diversas, a viverem sozinhas. Tem por característica principal a não vinculação marital ou a filhos. Embora tal classificação, por seu unitarismo, possa confrontar com a premissa de que o afeto pressupõe a existência do “outro”, fugiria à interpretação ética do princípio da pluralidade de formas de família negar a quem se reconheça

como família, embora sozinho, tal *status*. Um típico exemplo pode ser levantado ao se considerar a impenhorabilidade do bem de família para quem vive sozinho, pois negar a tal pessoa, num caso como esse, referida proteção é dar interpretação à norma dissonante da dignidade humana anteriormente conferida com força constitucional.

O princípio da afetividade. Como já defendido neste trabalho, a família, ao longo do tempo, sobretudo do século passado, sofreu significativas mudanças em sua estrutura. As características de hierarquia, patrimonialidade e patriarcalismo cederam espaço para o amor e para o afeto, vez que a família passou a ser vista pelo que ela é, núcleo formador e estruturador dos sujeitos, não mais simples meio de manutenção de uma ordem social e econômica. “O afeto tornou-se um valor jurídico, e na esteira de evolução do pensamento jurídico ganhou *status* de princípio jurídico. Sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, se falta afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura” (Pereira, 2016, p. 218).

Obviamente, o afeto, isoladamente, não é elemento capaz de compor uma família, salienta Pereira (2016). Ele deve estar acompanhado de outros elementos, como a solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência; além disso, a família sustentada pelo afeto deve conter, substancialmente, uma estruturação psíquica, que reúna as características da estabilidade, da ostensibilidade e da própria afetividade. Embora não

esteja inscrito expressamente nos instrumentos pátrios de organização jurídica, o importante princípio se impõe mediante conjugação de vários dispositivos de ordem constitucional, ressalta-se.

Por fim, importa dizer que o afeto, sob a perspectiva do princípio jurídico da afetividade, norteador do Direito de Família, pode criar responsabilidades. Não se trata, logicamente, de uma pretensa imposição jurídica de amar, mas dos deveres objetivos correlatos às relações afetivas familiares, como a vivência e a convivência que, por sua vez, pressupõem cuidado, criação e educação. É a partir desse entendimento, portanto, que o abandono afetivo, nas relações familiares sobremaneira, pode configurar ilícito civil, judicialmente condenável.

O princípio da solidariedade. Por sua vez, está expresso constitucionalmente como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil para a sociedade que se pretende construir (art. 3º, I). Advém do dever civil de cuidado ao outro que, historicamente, está relacionado à “superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da Modernidade e se preocupava predominantemente com os interesses patrimoniais e individuais” (Pereira, 2016, p. 230). Diz respeito à condição indispensável para manutenção do próprio afeto e das condições objetivas em que ele se funda, pois a estrutura psíquica que compõe, e se confunde com a própria família, exige mutualidade. “Segundo a ideia de reciprocidade,

cooperação e amparo, o art. 229 da Carta Política de 1988 estabeleceu como dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores, e dos filhos maiores, ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (Pereira, 2016, p. 232). É desse princípio, portanto, que decorre o instituto jurídico dos alimentos.

O princípio da responsabilidade. Como afirma Pereira (2016), responsabilidade, ao lado da cidadania, tornou-se palavra de ordem da contemporaneidade. Popularizou-se. E, mais do que isso, a definição dos limites da responsabilidade das pessoas sempre foi uma grande questão do Direito Civil, pois “a razão da existência do Direito reside exatamente em colocar limite e responsabilizar os sujeitos para que seja possível o convívio e a organização social” (Pereira, 2016, p. 240). A desinstitucionalização da família e a conquista da autonomia privada de cada um de seus membros, isto é, a valorização da dignidade humana nas relações familiares, representaram para o Estado um comando de não intervenção nas liberdades individuais. Assim se acentuou a noção de responsabilidade: maior grau de liberdade impõe aos sujeitos do direito maior obrigação de responder por seus atos (e até de outros).

A responsabilidade nas relações familiares está principalmente voltada para as questões que envolvem pais e filhos. Aqueles têm obrigações materiais e imateriais (afeto) devidas a estes, que, por sua vez, deverão assistir seus genitores, em medida muito semelhante, na velhice,

na carência ou na enfermidade. O descumprimento das referidas obrigações, e tudo quanto envolvem, poderá ocasionar uma sanção, sob pena de a regra jurídica assumir apenas roupagem moral. E, para avançar um pouco mais, ainda é possível mencionar a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores, o que pode incluir, até mesmo, atos de *bullying*, pois relacionados à falha moral, de direção ou de educação do menor; nesse caso, podem responder solidariamente pais e responsáveis pelo local onde ocorreu o ato danoso, conforme esclarecimentos de Pereira (2016).

O princípio da paternidade responsável. Com previsão constitucional expressa (art. 226, §7º), esta norma principiológica está intimamente ligada aos princípios da afetividade, da dignidade humana e, sobremaneira, ao princípio da responsabilidade, do que se pode dizer, até, que dele é derivado. Contudo, pontua Pereira (2016), especializa-se de forma tal a ganhar relevância política e social da maior importância. Se não houvesse tanta irresponsabilidade dos pais na criação, na educação e no cuidado de seus filhos, certamente, a delinquência infantil e juvenil diminuiria; por conseguinte, impactaria nos índices de criminalidade como um todo. Não é difícil relacionar, obviamente, todos os problemas sociais que disso decorrem. Nessa esteira, vale dizer, o problema parece mesmo começar no controle de natalidade e educação sobre planejamento familiar, questões cuja complexidade está para além do que cabe no Direito, isoladamente considerado. Uma questão, portanto, que

interessa ao Estado.

A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e os bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram apenas de ser um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar (Pereira, 2016, p. 251-252).

Como dito anteriormente, seria dar interpretação inadequada ao princípio considerar a existência de um comando jurídico de amar. Entretanto, a interpretação ética principiológica exige que afeto e cuidado sejam tidos como conduta, isto é, ações esculpadas, no plano fático, sob os significantes de cuidar, de proteger, de dar apoio moral, de dar atenção, de educar, de alimentar *et cetera*. Logo, muito embora não seja possível aferir a genuína inclinação afetiva de quem assim conduza o trato com seus filhos, não é necessário que se chegue a tanto. A conduta afetiva, não o afeto como sentimento, é um dever que pode ser imposto pelo Judiciário; e, sob forma repressiva de imposição, o não cumprimento de tal obrigação pode responsabilizar os pais à reparação. Pereira (2016) compreende que o ato ilícito, nesses casos, configura-se pelo dano causado ao direito da personalidade do filho, corolário de sua inalienável

dignidade humana, função precípua das famílias.
CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinamicidade das relações sociais afetas às famílias já é marcadamente evidenciada quando do cumprimento da própria obrigação didática de catalogar e classificar os objetos de estudo. Ao pensar a natureza jurídica do Direito de Família, se Direito Público ou Privado, essa ramificação parece (não) ter lugar num limbo. Contudo, os entendimentos se somam com maior peso para chamá-lo de privado. Tanto o é que se desenvolveu o princípio da menor intervenção estatal, para proteção da autonomia privada da família, como um todo, e de seus membros, individualmente considerados. Cabe ao Estado, assim, apenas proteger os interesses privados da experiência humana, que é a base de sua própria sustentação. E nisto se revela o interesse do Poder organizado de conferir às famílias especial proteção: como berço que guarda a dignidade humana de toda pessoa, é no seio familiar que ocorre a passagem do homem do estado de natureza para o estado de cultura. Sem o amadurecimento do homem para resistir aos seus impulsos naturais, não poderia existir organização em sociedade ou estabelecimento do Poder.

Sem menosprezo das considerações anteriores, da perquirição por classificar o Direito de Família, a conclusão que desponta como mais relevante para se pensar a organização jurídica das famílias, na contemporaneidade,

é reconhecer a sua constitucionalização. Trata-se de uma revolução no tratamento dado à disciplina, com o advento da CRFB/1988, que expressou, mormente, a igualdade entre filhos, a igualdade entre cônjuges (sentido amplo) e a pluralidade de formas de família. Fez cessar, pois, pelo menos no plano abstrato e formal, injustas exclusões que tornavam nebulosa a história do Direito de Família. Com isso, não apenas se elevou à ordem constitucional os principais institutos de família, pelo que se fez urgente sua proteção, mas fez irradiar sobre todo o ordenamento jurídico critério hermenêutico fundado na dignidade humana das pessoas. A partir dessa nova perspectiva de interpretação e integração das normas, o homem assumiu lugar de maior importância nas relações sociais com todos os seus efeitos jurídicos.

O princípio da dignidade humana das pessoas trouxe novo olhar para as relações familiares, com prejuízos do privilégio que o formalismo do matrimônio possuía, da preponderância do aspecto patrimonial, bem como do patriarcado. As famílias se democratizaram. Constitucionalmente, foi endossada a compreensão de que se trata da mais íntima e importante relação de afeto, valor que assumiu a forma do princípio da afetividade. Entretanto, esse imperativo hermenêutico da dignidade humana trouxe abalo para a concepção positivista do Direito, na medida em que esse sistema de regras não encontrava mais nas próprias regras a sustentação de sua aplicabilidade. É que a composição abstrata de tutela das relações familiares se revelou tarefa árdua e

inviável em face da diversidade e das constantes mudanças de seus destinatários. Como a razão de ser da regra deixou de ser a própria regra, e passou a ser a realização da dignidade do homem, a atividade legiferante expôs sua incapacidade de apreender a complexidade das vivências humanas.

Diante da reconhecida decadência das regras jurídicas e da força do sistema positivista, surge, como desafio para a consolidação da ordem jurídica das famílias, a busca por fontes do Direito que viabilizem uma operação hermenêutica mais próxima daquela preconizada pela Constituição. Para realização desse ideal, os princípios são considerados, neste trabalho, à luz do estudo de Pereira (2016), a norma jurídica mais apta a tutelar os desafios que as relações familiares reclamam à Justiça, a partir, inclusive, da superação do entendimento de que sua normatização é meramente supletiva. Contudo, embora o caráter normatizador dos princípios seja amplo e amplamente reconhecido, essa norma possui, intrinsecamente, característica que exige maiores cuidados para sua aplicação. Trata-se do risco de relativização do seu conteúdo. Tal risco advém do fato de que, não obstante não se confundir com valores, o princípio os contém, pois se formam mesmo da experiência humana histórica a que se atribui densa carga axiológica. Essa exigência de cuidado acaba por desenvolver uma estrutura de princípios éticos, afastados de moralismos estigmatizantes.

Finalmente, é possível dizer que a estruturação

de um corpo de princípios éticos do Direito de Família é norte para a mais adequada organização do pensamento jurídico sobre as relações familiares, pois torna realizável, no dia a dia da lida com a matéria, o compromisso que o Estado tem com o principal núcleo formador da dignidade humana das pessoas. É claro que o trabalho não encerra o assunto, nem o tinha por intenção; trata-se de discussão que sempre precisará ser visitada, para acompanhar as constantes mudanças na vida das famílias.

REFERÊNCIAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 6022/2018*. Rio de Janeiro (RJ): 2018.

ANDRADE, Ronald Castro de. A Teoria Ecológica de Carlos Cossio sob uma perspectiva sociológica da aplicação do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 68, setembro de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4309>>. Acesso: 26 de maio 2013, às 15h30min.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo (SP): Martin Claret, 2003.

BARRAL, Welber Oliveira. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. (Título original: *La cité antique*, traduzido por Roberto Leal Ferreira). São Paulo (SP): Martin Claret, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios do Estado de Direito/A doutrina dos direitos fundamentais e sua evolução/Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2011. p. 305-342.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. (Título original: *Der Kampf um's Recht*. Traduzido por Pietro Nassetti). São Paulo (SP): Martin Claret, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. (Título original: *Über die Verfassung*, traduzido por Walter Stönnner). 4. ed. Rio de Janeiro, (RJ): Lumen Juris, 1998.

MALUF, Sahid. Democracia/ Democracia e igualdade/ Democracia e liberdade/ Democracia e elites dirigentes/ Democracia liberal e democracia social/ Partidos políticos/ O Estado e seu problema finalístico/ O homem e o Estado/ Individualismo, coletivismo e grupalismo. In: MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 297-350.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social - princípios do direito político*. (Título original: *Du contrat social - Principes du droit politique*. Traduzido por Pietro Nassetti). São Paulo (SP): Martin Claret, 2002.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 1999.

DA (IN)VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE COBRANÇA DE TRIBUTOS EM SUBSTITUIÇÃO À AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

Rodrigo Leal Teixeira¹

Samanta Cardoso Nobre²

INTRODUÇÃO

Com a crescente discussão acerca da necessidade de aprimoramento da arrecadação tributária, principalmente quando se trata da celeridade e efetividade do atual modelo de cobrança dos créditos públicos, torna-se preciso estruturar um novo paradigma de recuperação do crédito que seja, ao mesmo tempo, sinônimo de recolhimento eficiente e instrumento de concretização dos direitos inerentes aos contribuintes.

Nesse aspecto, este estudo coloca em voga explicações acerca da utilização e eficiência dos métodos convencionais e alternativos de realização do crédito público, buscando analisar a viabilidade de aplicação dos meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento substitutivo à ação de execução fiscal apregoada pela Lei de Execução Fiscal – (LEF).

1 Professor Mestre do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

Assim, ainda nessa conjuntura, considerando-se que o processo não pode ser um fim em si mesmo, devendo, por esse motivo, propiciar a entrega da prestação jurisdicional, o presente trabalho se justifica pela necessidade de análise dos meios alternativos à ação de execução fiscal para a cobrança de tributos diante não da faculdade, mas do dever do Estado de cobrar suas dívidas da maneira eficiente e dinâmica, sem que isso represente ao contribuinte ônus ou sanção.

Compõe um estudo sob o método dedutivo que, mediante pesquisa bibliográfica, uso de livros, artigos, julgados e jurisprudência e obras doutrinárias e legislativas permitiram uma maior compreensão em torno da temática debatida.

Dessa forma, realiza-se um estudo acerca do processo de execução fiscal por meio de um retrospecto histórico, com análise da origem e evolução dos feitos executivos fiscais até o procedimento adotado atualmente pela LEF, e o exame acerca da eficiência desse método convencional de cobrança.

Em seguida, cuida-se de um breve estudo sobre os principais meios alternativos de cobrança de tributos à disposição da Fazenda Pública credora, a exemplo da utilização do protesto de Certidões de Dívida Ativa - CDAs, a inscrição do nome dos devedores de tributos no Cadastro Público de Inadimplentes - CADIN, a exigência de apresentação de Certidões Negativas de Débito - CND e a

utilização da transação tributária.

Por fim, examina-se a aplicabilidade desses meios alternativos de cobrança enquanto expediente alternativo às ações de execução fiscal à luz dos direitos fundamentais do contribuinte e em face da indispensabilidade de aprimoramento da arrecadação tributária.

Breve histórico do processo de execução fiscal

Antes que se dê início ao estudo dos principais meios alternativos de cobrança de tributos e à análise da viabilidade jurídica de adoção desses instrumentos em substituição às ações de execução fiscal, é necessário que se faça um breve retrospecto histórico acerca do processo de execução.

Por meio da Carta de Lei, de 22 de dezembro de 1761, cabia ao Conselho da Fazenda a jurisdição para processar e decidir as execuções das rendas e de todos os direitos e bens da Coroa. Nos termos do Alvará de 16/12/1774, a execução se dava conforme os Regimentos da Fazenda e da Lei do Reino, de modo que, após a expedição dos mandados executivos pelas dívidas constantes dos Livros da Alfândega, realizava-se a penhora e os autos eram então remetidos ao Superintendente-Geral para o prosseguimento do feito. A penhora era feita administrativamente pela própria administração ativa e somente durante a fase recursal é que a competência passava ao juízo (Paulsen, 2012).

Segundo Paulsen (2012), somente em 1831, com a centralização das finanças públicas brasileiras, é que se criou um órgão responsável por toda a fiscalização, inspeção, arrecadação e cobrança dos créditos públicos. Por meio da Lei nº 242, de 29/11/1842, instituiu-se o Juízo dos Feitos da Fazenda Nacional em primeira instância e restabeleceu-se o privilégio do foro para as causas da Fazenda Nacional, de modo que os Procuradores dos Feitos da Fazenda passaram a atuar em defesa da Coroa.

Paulsen (2012, p. 175) continua sua análise histórica acerca dos principais diplomas legais que trataram sobre o procedimento executivo fiscal durante o Brasil República:

[...] O Decreto nº 9.885, de 29/2/1888, expedido em face da autorização concedida pela Lei nº 3.348, de 20/10/1887 (art. 8º, §5º), tornou sem efeito toda a legislação anterior acerca do processo executivo e visava acelerar a cobrança da dívida ativa, que abrangia a dívida tributária e não tributária. A legislação revogada fundava-se basicamente na Lei de 22 de dezembro de 1761, no Decreto 736, de 20 de novembro de 1850, na Lei nº 628, de 17 de setembro de 1851, e na Instrução de 31 de janeiro de 1851. A execução fiscal obedeceria, desde então, ao citado decreto e às disposições dos Decretos 737, de 1850, e 9.549, de 1886, no que fossem aplicáveis. O Decreto-Lei 960, de 17 de dezembro de 1938, substituiu esse diploma e perdurou, com algumas modificações, até o advento do Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid). Com esse diploma legal, o executivo fiscal passou a denominar-se 'execução fiscal' ou 'ação de execução', alterando fundamentalmente o sistema da execução forçada

fiscal, visto que o processo comum e o fiscal foram unificados. [...]

Somente em 1980, com edição da LEF, que trata sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, é que o Código de Processo Civil de 1973 - CPC/73 passou a ser aplicado apenas de forma subsidiária às execuções fiscais. Mesma sistemática procedimental foi mantida com a chegada do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15.

Conforme se observa, a tentativa de dotar os procedimentos de execução da dívida ativa da Fazenda Pública de maior celeridade e eficiência deu origem à edição da LEF, sobre a qual se fará adiante algumas explicações.

A eficiência da utilização das ações de execução fiscal na cobrança de tributos

A execução fiscal nada mais é que uma subespécie da execução por quantia certa regida por uma lei especial (Lei n. 6.830/80) e, subsidiariamente, pelo CPC/15. E, embora conte apenas com a aplicação subsidiária do CPC/15, a sistemática do executivo fiscal introduzida pela LEF não se manteve alheia àquela já disposta pelo Código de Ritos. Em razão disso, tanto o CPC/15, quanto a LEF dispõem sobre um processo executivo de pura atividade de realização do direito do credor.

A edição de uma lei dispondo sobre a cobrança

judicial da Dívida Ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias se deu sob o nítido propósito de agilizar e racionalizar a execução fiscal, por meio de um procedimento especial diverso da execução forçada então regulada pelo CPC/73 (Theodoro Júnior, 2007).

A exposição de motivos n. 223, de 20 de junho de 1980, que acompanhou o anteprojeto que resultou na LEF, ressaltou a necessidade de se garantir os privilégios próprios do crédito público diante da imprescindibilidade de predomínio do interesse público-econômico, financeiro e social face a qualquer outro interesse privado (Theodoro Júnior, 2007).

Entretanto, segundo Castro (2016), os resultados alcançados pela Fazenda Pública com a utilização dos chamados mecanismos convencionais de cobrança da dívida ativa tributária jamais foram os esperados.

Dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, em agosto de 2011, por meio do Sumário Executivo do Relatório Justiça em números 2010, demonstram que o processo de execução fiscal mostra-se moroso e ineficiente. Além de não trazer eficácia à satisfação do crédito público, o procedimento executivo fiscal previsto na LEF revela-se demasiadamente dispendioso ao Estado. De acordo com o relatório,

Dos 83,4 milhões de processos em tramitação na Justiça Brasileira em 2010, 27 milhões referiam-se a processo de execução fiscal, constituindo

aproximadamente 32% do total. [...] Dos 46,3 milhões de processos pendentes na 1ª instância da Justiça estadual, aproximadamente 20,9 milhões (o equivalente a 45%) eram execuções fiscais (Brasil, 2010).

Sete anos mais tarde, os dados mais recentes divulgados pelo CNJ demonstram que a ineficácia e morosidade dos procedimentos de execução fiscal se mantêm. De acordo com o Relatório Justiça em números 2017, os processos de execução fiscal representam, agora, 38% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário (Brasil, 2017).

Como consequência desse estudo, a equipe técnica da área de Justiça e Cidadania do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA elaborou nova pesquisa, desta vez, relativa exclusivamente ao desempenho da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no tocante às execuções fiscais de dívida ativa da União distribuídas na Justiça Federal. O novo estudo concluiu que o valor médio cobrado nas ações movidas pela PGFN é de R\$ 26.303,25 (vinte e seis mil, trezentos e três reais e vinte e cinco centavos), enquanto o custo unitário total de uma ação de execução fiscal seria de R\$ 5.606,76 (cinco mil, seiscentos e seis reais e setenta e seis centavos). Já o tempo médio de tramitação do feito executivo alcançou a marca de 9 anos, 9 meses e 16 dias (Castro, 2016).

O mesmo estudo verificou, ainda, que a citação do devedor é um dos maiores obstáculos no recebimento do crédito tributário. Apenas 3,6% dos executados se apresentam

voluntariamente, em 56,8% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa frustrada de localização do devedor e em 46,2% das demandas o executado sequer é encontrado. Com relação à satisfação do crédito, a pesquisa revelou que, embora em 15,7% dos processos haja a penhora de bens, somente 3,8% dos casos resulta em leilão judicial, sendo que em apenas 0,3% desses casos o pregão gera recursos suficientes para a quitação integral do débito (Castro, 2016).

Segundo Batista Júnior (2013), no Estado de Minas Gerais, a cobrança dos créditos públicos inferiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no ano de 2012, representava arrecadação de R\$ 303.994.330,60 (trezentos e três milhões, novecentos e noventa e quatro mil, trezentos e trinta reais e sessenta centavos). Em contrapartida, o custo dos procedimentos executivos para o Estado alcançava a exorbitante quantia de R\$ 802.950.000,00 (oitocentos e dois milhões, novecentos e cinquenta mil reais).

Em que pese o procedimento legal da execução fiscal buscar o equilíbrio da satisfação do crédito, das garantias e privilégios da Fazenda Pública e do direito de defesa do executado, a análise mais aprofundada dos resultados apresentados neste estudo permite colocar em discussão a eficiência do modelo processual atualmente utilizado na recuperação de créditos tributários da Fazenda Pública.

Assim, na exata medida em que a ação de execução fiscal se mostra como instrumento ineficaz, caro e demasiadamente demorado na cobrança da dívida pública

(Londe, 2017), emerge-se um debate acerca da viabilidade jurídica da substituição do procedimento executivo apregoado pela LEF pelos meios alternativos de cobrança à disposição da Fazenda Pública, os quais serão objeto de estudo da próxima sessão.

Os meios alternativos de cobrança de tributos à disposição da Fazenda Pública credora

O protesto de Certidões de Dívida Ativa

O protesto avulta-se como ato formal e solene por meio do qual se atesta a inadimplência e descumprimento de uma obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (Brasil,1997).

De acordo com Castro (2016, p.156), o procedimento do protesto de títulos e documentos ocorre da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, dá-se a apresentação do título pelo credor supostamente prejudicado pelo inadimplemento da obrigação (art. 5º, *caput*), após o que o Tabelião irá realizar o protocolo do referido documento, verificar o preenchimento de seus requisitos formais (art. 9º) e expedir intimação ao devedor para que pague a dívida dentro do prazo limite de 3 dias (art. 14, *caput*, e §2º). Caso opte por realizar o pagamento dentro do prazo constante da intimação, poderá o devedor fazê-lo diretamente no cartório, oportunidade em que deverá recolher também os emolumentos e as despesas preestabelecidas (art. 19). Por fim, decorrido sem pagamento o lapso temporal de 3 dias – contados

do protocolo do título ou documento de dívida -, o Tabelião deve proceder ao registro do protesto (art. 20).

A Lei n. 12.767/2012, que alterou a Lei n. 9.492/1997, inovou ao trazer em seu artigo 25 a possibilidade do protesto também das CDAs da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. A inovação, todavia, gerou intensa discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade e legalidade do protesto extrajudicial dos créditos públicos (Brasil, 1997).

Nessa linha, Abraão (2011, p.14) destacou que:

O protesto de certidão de dívida ativa, além de ser completamente inócuo, porque o crédito da Fazenda recebe garantias e tem disciplina preferencial na cobrança, poderia acarretar abalo de crédito, obstar eventual requerimento na impetração da concordata preventiva (recuperação da empresa) e desestimular o titular do valor a propor a execução fiscal sempre atento ao importe exigido.

O STJ, antes da alteração promovida pela Lei n. 12.767/2012, também entendia pelo não cabimento da medida. Somente com o julgamento do Recurso Especial n. 1.126.515, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, a jurisprudência, até então dominante, foi superada com o reconhecimento da legalidade do protesto de CDA.

As controvérsias, no entanto, somente

se amenizaram com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.135, da Confederação Nacional da Indústria (CNI), em que o STF declarou a constitucionalidade do protesto de CDAs, entendendo ser referido procedimento de cobrança extrajudicial mecanismo constitucional e legítimo.

Da leitura do artigo 1º da Lei n. 9.492/97, depreende-se que o protesto busca, em primeiro lugar, provar a mora do devedor, cuja inadimplência é registrada por meio do ato formal perante o cartório de títulos e documentos (Barbosa, 2017).

No entanto, além de atestar a mora do contribuinte devedor, o protesto de CDA funciona como instrumento coercitivo de cobrança. Isso porque, consoante a redação do artigo 29 do aludido diploma legal, os cartórios fornecerão às entidades vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária dos protestos registrados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente (Brasil, 1997).

Assim, ao permitir que o nome do devedor seja incluído em serviços de restrição ao crédito, o sujeito passivo da obrigação vê, muitas vezes, restringida a sua esfera negocial, na exata medida em que não poderá obter empréstimos ou financiamentos junto a instituições oficiais de crédito, por exemplo (Barbosa, 2017).

Levado a efeito um estudo acerca do protesto

de CDAs pela Fazenda Pública, necessária uma análise acerca da inscrição do nome dos devedores de tributos no CADIN como meio indireto e alternativo de cobrança.

A inscrição do nome dos devedores de tributos no Cadastro Público de Inadimplentes – CADIN

O CADIN, nas palavras de Castro (2016), é uma garantia extraordinária do crédito tributário criada para desembaraçar a recuperação do crédito público.

A Lei n. 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, trata sobre o assunto e estabelece, em termos gerais, que o CADIN conterà uma relação de pessoas físicas e jurídicas que sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas perante órgãos e entidades da Administração Pública Federal (Brasil, 2002).

Nos termos do permissivo legal, a inclusão do nome do devedor no CADIN se dará no prazo de 75 (setenta e cinco) dias, contados a partir da data de comunicação prévia ao devedor acerca da existência do débito e demais informações a ele pertinentes. Demonstrada, no entanto, a regularização da situação que deu origem à inclusão no mencionado cadastro, cumpre ao órgão ou à entidade responsável pelo registro a respectiva baixa no prazo de 5 (cinco) dias ou, na impossibilidade de fazê-lo dentro do quinquídio legalmente estabelecido, a emissão de certidão

de regularidade do débito ao devedor (Brasil, 2002).

De acordo com Borges e Reis (1999, p. 63),

[...] sem a menor sombra de dúvida, as causas que determinaram a criação do Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados – Cadin foram inspirados pelo Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, porque o Estado, através das instituições financeiras oficiais, também concede créditos, financia projetos e empreendimentos de interesse da iniciativa privada, também concede, permite e autoriza a exploração de serviços públicos por particulares, também vende bens de seu patrimônio e, em função dessas e outras atividades, também se torna credor de obrigações pecuniárias.

Nesse sentido, o CADIN acaba revelando a sua maior utilidade, por meio da proibição imposta à Administração de celebrar avenças junto às pessoas inadimplentes. Não por outro motivo, a Lei n. 10.522/02, por meio de seu artigo 6º, determina a consulta obrigatória prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, à realização de operações de crédito que envolvam recursos públicos; à concessão de incentivos fiscais e financeiros e à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos (Castro, 2016).

Haidar (2012), no entanto, defendeu a inconstitucionalidade do instituto:

De fato, a inscrição no Cadin restringe as atividades do contribuinte, especialmente pelo fato de que, embora a lei apenas pretenda inviabilizar a utilização de recursos públicos em financiamentos ou incentivos fiscais, as instituições bancárias, mesmo privadas, utilizam-no para impedir a realização de negócios que nada têm a ver com tais recursos.

Concluído o estudo em torno da utilização do CADIN como meio alternativo de cobrança de tributos, imperiosa a análise mais detida também da exigência, pela Fazenda Pública, da apresentação de Certidões Negativas de Débito e a utilização da transação tributária como modalidade indireta de cobrança fiscal.

A exigência de apresentação de Certidões Negativas de Débito e a utilização da Transação Tributária

A CND é figura decorrente dos direitos fundamentais de acesso à informação e de certidão trazidos pelos incisos XXXIII e XXXIV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O CTN também regulamenta a CND, ao estabelecer em seu artigo 205 a possibilidade de que a lei exija prova da quitação de determinado tributo por meio da expedição de certidão (Castro, 2016).

Sobre o assunto, Castro (2016 p. 175) pondera que:

Sob a ótica do sujeito passivo tributário, a CND pode ser enxergada não apenas como um direito, mas também como um dever, decorrentes das estudadas garantias do crédito tributário. Assim, tanto o sujeito passivo poderá exigir do Poder Público que elabore certidão contendo todas as informações fiscais referentes ao requerente, como, em alguns casos, deverá o Poder Público exigir do particular a apresentação da Certidão Negativa de Débitos como requisito indispensável à prática de determinados atos civis e empresariais.

Aliás, a própria CRFB/88 já traz uma exigência em seu artigo 195, §3º de regularidade fiscal para a prática de determinados atos empresariais, ao vedar a contratação da pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social pelo Poder Público e a concessão de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (Castro, 2016).

Ainda que minoritários, alguns entendimentos doutrinários se amparam na regra do artigo 146, III, b, da CRFB/88 para defender a inconstitucionalidade da exigência de apresentação das certidões negativas. De acordo com essa linha de entendimento, apenas o CTN ou outra lei com *status* de lei complementar poderia conter normas com exigências de apresentação de CND (Castro, 2016).

Paulino (2012, p.105-106) salienta, ao expor acerca dos limites jurídicos para a instituição das exigências de apresentação da CND, que

Contra exageros, sejam aqueles que apenas tutelam os direitos da Administração, sejam aqueles que valorizam os direitos do contribuinte, a sujeição

da prática de atos jurídicos à regularidade perante a Fazenda Pública há de ser analisada mediante a ponderação dos princípios constitucionais, sob pena de converter a apresentação de certidões negativas a instrumento indireto para a arrecadação de tributos, ou melhor, a uma verdadeira ‘sanção política’.

Percebe-se, portanto, que a apresentação da CND funciona como meio alternativo de cobrança de tributos nas hipóteses em que a exigência dessa certidão para a prática de determinados atos encontre respaldo legal (Castro, 2016).

A transação, por outro lado, nada mais é que a realização de concessões mútuas com a finalidade de prevenir ou pôr fim a um determinado litígio. A transação tributária, especificamente, restringe esse conceito, já que somente é admitida para terminar o litígio (Castro, 2016). Esse é o sentido trazido pelo artigo 171 do CTN: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário” (Brasil, 1966).

Fernandes (2014, p.36-37) traça uma análise acerca das mais diversas orientações doutrinárias sobre o assunto:

[...] é justamente a partir do conceito de transação que parte da doutrina afasta, desde logo, a sua aplicação no âmbito do direito público, tendo em vista a impossibilidade de dispor do interesse

público. Essa característica mostra-se ainda mais acentuada nas relações tributárias, em que se faz presente o princípio da legalidade estrita e da tipicidade fechada. Para essa corrente doutrinária, o fato de o lançamento e a conseqüente cobrança do tributo serem realizados de forma plenamente vinculada e obrigatória impediria a aceitação do instituto na seara tributária.

Em contrapartida, outro setor da doutrina, o qual busca inspiração, sobretudo no direito comparado, tenta demonstrar que a instituição de um modelo geral de transação tributária iria ao encontro do princípio da eficiência administrativa, estando em consonância com o interesse público. Há ainda aqueles que admitem a transação, mas em hipóteses restritas e de forma excepcional.

A interpretação que se extrai do artigo 171 do CTN é a da possibilidade de que a lei permita a realização de concessões mútuas, marcada pela liberdade de atuação da Administração Tributária em conjunto com o contribuinte, mas também pelos limites vinculados aos permissivos legais, que irão prever os requisitos e condições da transação.

Alguns estados brasileiros adotaram legislação para tratar sobre o assunto. Algumas delas contêm normas gerais sobre a transação tributária. É o caso dos Estados do Rio Grande do Sul, Pernambuco, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Goiás. Já outros Estados da Federação, como Alagoas, Ceará, Bahia e Santa Catarina, optaram por normas pontuais, com restrito âmbito de aplicação sobre o tema (Fernandes, 2014).

O Projeto de Lei n. 5.082/09 pretende instituir,

no ordenamento jurídico pátrio, um modelo de transação tributária. De acordo com a exposição de motivos do projeto,

2. O anteprojeto vem no bojo de um conjunto de medidas destinadas à modernização da Administração Fiscal, para tornar a sua atuação mais transparente, célere, desburocratizada e eficiente. [...]

3. O escopo do anteprojeto é o de constituir nova relação entre a administração tributária e os contribuintes, possibilitando que as duas partes, mediante entendimento direto, alcancem uma aplicação mais homogênea da legislação tributária (Brasil, 2009).

Registrado o estudo em torno do conceito e substanciais aspectos dos principais meios alternativos de cobrança de tributos à disposição da Fazenda Pública, cumpre agora desenvolver uma análise acerca da utilização desses métodos alternativos face à necessidade de aprimorar a arrecadação e recuperação do crédito público e garantir ao contribuinte o seu direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A utilização dos meios alternativos de cobrança de tributos à luz do dever fundamental de recolher tributos e dos direitos fundamentais do contribuinte

Realizado um breve estudo acerca dos principais meios alternativos de cobrança à disposição da Fazenda Pública credora, necessário que se faça uma análise acerca do emprego desses meios alternativos na construção

de uma nova sistemática capaz de garantir ao devedor os seus direitos fundamentais enquanto cidadão-contribuinte e promover a efetiva arrecadação tributária.

De acordo com as lições de Cardoso (2014), a tributação deixou de ser um mero meio arrecadatório no Estado Democrático de Direito, passando a funcionar como instrumento de consecução dos objetivos e dos valores constitucionais.

Ainda de acordo com Cardoso (2014, p.195),

No Estado Democrático de Direito, fruto de toda uma evolução histórica das formas de organização do Estado, o dever fundamental de recolher tributos se encontra alicerçado em novas bases e assume novas características. Não perdendo a sua característica de dever fundamental, decorrente de sua inerente função arrecadadora, que permite a manutenção do aparato estatal, o referido dever assume novas funções, condizentes com os novos objetivos constitucionais, de intervenção em setores da vida social e de instrumento de combate das desigualdades sociais e de redistribuição de renda.

Assim, percebe-se que aquele que não cumpre com o seu dever fundamental de pagar tributos gera um desequilíbrio no âmbito do sistema constitucional tributário, retardando o alcance de metas e objetivos constitucionais, a exemplo da erradicação da pobreza ou a redução das desigualdades sociais, de forma que a sonegação fiscal acaba por desvirtuar por completo o Estado Democrático e Social

de Direito (Castro, 2016).

Nesse sentido, Cardoso (2014) defende a necessidade de que seja afastada a concepção negativa da tributação enquanto norma de rejeição social e opressão de direitos, já que a tributação representa, em verdade, uma condição para a garantia e efetivação de direitos.

Não se pode esquecer, todavia, que a atividade arrecadatória deve sempre ser efetivada de acordo com os ditames constitucionais, com respeito aos limites e direitos do cidadão-contribuinte e aos princípios constitucionais tributários (Cardoso, 2014).

Ao legislador não é facultada a fixação de qualquer medida tendente à recuperação do crédito tributário, especialmente quando os princípios constitucionais tributários e de defesa do contribuinte não estiverem resguardados. Para que a garantia do crédito tributário se reputa válida, imprescindível que sejam asseguradas ao contribuinte devedor as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Castro, 2016).

Para Franco Júnior (2016), o princípio do devido processo legal, enquanto garantia fundamental, tem aplicabilidade imediata, não podendo ser obstaculizada a sua efetivação pelo Poder Público. De maneira geral, o devido processo legal descreve a obediência às normas processuais dispostas em lei, garantindo aos cidadãos, por meio de atos e decisões devidamente fundamentados, um julgamento justo e igualitário. Assegura, ainda, a proporcionalidade

e a razoabilidade de leis e medidas aplicadas pelo Estado, podendo ser invocado pelo contribuinte para afastar a aplicabilidade de leis ou atos que se configurarem ilegítimos ou arbitrários.

Em breve lição acerca do princípio do contraditório, Di Pietro (2007, p.367) esclarece que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Paulino (2011), por sua vez, destaca que a garantia da ampla defesa está intimamente ligada ao contraditório. Assim, a ampla defesa representaria a oportunidade de contestar as acusações imputadas por meio da bilateralidade, ocasião em que se determinaria a existência também do contraditório.

Ao discutir sobre a imprescindibilidade do equilíbrio nas relações tributárias entre Fisco e contribuinte, Paulsen (2014, p. 197-198) pondera que:

Cabe considerar inicialmente que o direito ao exercício de atividade econômica ou profissional não pode ser restringido em razão da pura e simples existência de débitos do contribuinte. Tratando-se de direitos constitucionais, seria medida desproporcional tal restrição, mormente considerando que há meios próprios à disposição do Fisco para cobrança de seus créditos. Assim,

medidas como a interdição de estabelecimentos, não autorização de emissão de documentos fiscais, vedação da aquisição de estampilhas e cassação da habilitação profissional não são admitidas, constituindo o que se costuma designar de “sanção política”. Todavia, há situações específicas em que a restrição não se mostra desproporcional nem abusiva. Deve-se ter em conta que o dever de pagar tributos também tem caráter constitucional e que se caracteriza como dever fundamental.

Nesse sentido, entende-se que o respeito aos direitos e garantias constitucionais do contribuinte deve ser observado pelo Estado fiscal para que a imposição de eventuais meios alternativos de cobrança não funcione como verdadeiras sanções tributárias de natureza política. Embora o Estado seja legitimado a dispor de meios previstos na legislação para coibir o não cumprimento de obrigações tributárias, os limites constitucionais delimitados ao ente tributante representam medidas de rigor (Franco Júnior, 2016).

Há de se consignar, contudo, que nem toda medida restritiva de direitos dos contribuintes pode ser considerada uma sanção político-tributária, como acima já destacado. Isso porque, em alguns casos, é evidente a necessidade de que o Poder Público aplique determinadas sanções ou penalidades a contribuintes que tornem a sonegação fiscal ou a burla de normas tributárias uma prática rotineira (Franco Júnior, 2016).

Nesse viés, Franco Júnior (2016) defende

que os meios alternativos de cobrança de tributos somente serão considerados sanções político-tributárias e, portanto, medidas inconstitucionais, quando lesarem direitos fundamentais de maneira desproporcional, uma vez que a aplicação de restrições em nome do interesse público se revela legítima diante da inexistência de direitos fundamentais absolutos.

Destarte, percebe-se que os novos modelos de satisfação do crédito público devem ser aplicados à luz do dever fundamental de pagar tributos e em face dos direitos fundamentais do contribuinte.

A (in)viabilidade de aplicação dos meios alternativos de cobrança de tributos como expediente alternativo à ação de Execução Fiscal

Depois de se ter analisado a origem e evolução do processo de execução fiscal, passando pelo procedimento executivo atual e pela eficiência do modelo convencional de cobrança, bem como pelos principais meios alternativos de cobrança de tributos à disposição da Fazenda Pública credora, emerge-se um debate acerca da viabilidade jurídica da utilização desses meios alternativos em substituição às ações de execução fiscal.

De acordo com Castro (2016, p. 135), “com o abarrotamento do Judiciário e o julgamento cada vez menos célere das controvérsias, a tendência é que a utilização de

meios alternativos de solução de conflitos ganhe cada vez mais força”.

A execução fiscal adquiriu, nos últimos anos, pertinência temática indiscutível diante de seu impacto na taxa de congestionamento do Poder Judiciário, conforme vem revelando a divulgação estatística do periódico anual “Justiça em Números”, do CNJ. Trata-se de um dos mais importantes fatores para o congestionamento do Judiciário e acaba, nesse sentido, sendo um problema que atormenta a eficiência na cobrança dos créditos públicos e os contornos de alcance de recursos para a satisfação das necessidades públicas (Deusdará; Lacerda; Santos, 2011).

É nesse cenário que surge a praticabilidade tributária e a necessidade de criação de novos instrumentos de cobrança. Para Costa (2007, p. 53), a praticabilidade “pode ser traduzida em sua acepção jurídica, no conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico”. É dizer, a praticabilidade tributária refere-se aos instrumentos legalmente instituídos com vistas à eficácia dos mandamentos legais de maior relevância (Castro, 2016).

Castro (2016, p.71) prossegue suas lições e afirma que:

O Sistema Constitucional Tributário tem sido estudado pela doutrina tributária pátria com enfoque maior na sua condição de estatuto de proteção do contribuinte contra eventuais abusos cometidos pelas autoridades fiscais, falando-se

menos do que entendemos devido, no entanto, da necessidade de proteção dos contribuintes e responsáveis contra os abusos cometidos pelos demais detentores de capacidade contributiva.

Além de contribuir com a desjudicialização do Poder Judiciário, na medida em que diminui de maneira considerável os ajuizamentos de execuções fiscais, o protesto de CDA é um meio mais eficaz na recuperação de ativos do Estado, já que os índices de recuperação se mostram superiores aos índices atingidos nas ações de execução fiscal (Castro, 2016).

Ocorre que o protesto, em função de sua natureza dúplice, já que, ao mesmo tempo em que serve para comprovar a mora do devedor, torna pública a dívida, pode acabar gerando prejuízos aos atos negociais do sujeito passivo. À vista disso, o protesto de CDAs, quando não limitado pelo princípio da proporcionalidade, pode, não raras vezes, inviabilizar a atividade econômica de empresas, em evidente violação aos artigos 170, IV e parágrafo único, e 174 da CRFB/88 (Barbosa, 2017).

O CADIN, por outro lado, revela a sua maior utilidade por meio da proibição imposta à Administração de celebrar avenças junto às pessoas inadimplentes. Conforme já ressaltado, a Lei n. 10.522/02 proíbe, a título de exemplo, tanto a realização de operações de crédito que envolvam recursos públicos, quanto a concessão de incentivos fiscais e financeiros àqueles que tenham o seu nome inscrito no

cadastro (Castro, 2016).

Todavia, segundo Haidar (2012), as normas do CADIN geram prejuízos desnecessários aos contribuintes e que a própria jurisprudência sempre entendeu como ilegais. A ideia da ilegalidade do CADIN se baseia na ilicitude de proibir que o contribuinte, ainda que indiretamente, exerça suas atividades profissionais.

Haidar (2012) prossegue lecionando que, muito embora as instituições bancárias privadas e outras entidades não estejam obrigadas a consultar o CADIN, o registro pela Fazenda Pública cria dificuldades ao contribuinte, especialmente, no que diz respeito à obtenção de crédito.

Sob a ótica da utilização da CND, enquanto meio alternativo de cobrança de tributos, tem-se que, assim como o sujeito passivo poderá exigir do Poder Público a certificação de suas informações fiscais, o Estado, de igual modo, poderá também exigir do contribuinte, como requisito indispensável à prática de determinados atos civis e empresariais, a apresentação da CND e a consequente regularização fiscal (Castro, 2016).

De outra forma, a apresentação da CND pelo contribuinte pode representar uma forma oblíqua de cobrança por parte do Estado, privando o devedor do direito de livre acesso ao Poder Judiciário.

A transação tributária surge, de outro lado, enquanto modalidade de extinção do crédito tributário e

forma de eliminação de conflitos. Trata-se de modalidade indireta de cobrança em que o sujeito passivo poderá obter a sua regularidade fiscal com a correção de pendências tributárias perante o Fisco, que receberá o seu crédito sem precisar recorrer às delongas de uma controvérsia ou demanda judicial (Fernandes, 2014).

Frise-se, porém, que a atuação da Fazenda Pública que não se pautar nos ditames legais e constitucionais pode tornar o instituto da transação tributária um ato discricionário fiscal da Administração, de forma que a consensualidade represente verdadeira disposição do interesse público pelo ente tributante (Fernandes, 2014).

Saliente-se que o Direito Tributário não deve servir de instrumento de tutela exclusiva de interesses econômicos ou arrecadatórios. A relação tributária deve exprimir, antes de tudo, uma relação obrigacional de deveres justos e equivalentes, e nunca uma relação de poder do Fisco diante do contribuinte (Machado, 2006).

Não se pode perder de vista que o conceito de justiça tributária abrange também a segurança jurídica e a segurança dos direitos fundamentais. Desse modo, a ideia de segurança jurídico-tributária sugere a garantia e preservação dos direitos, tanto do Fisco, enquanto credor do tributo, como do contribuinte, na defesa do seu patrimônio. Nessa perspectiva, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se admite que o poder de tributação estatal invalide os direitos fundamentais do contribuinte

ou que as garantias do devedor tornem inócua e ineficaz a atividade fiscal do Poder Público (Ferreira, 2016).

Desta feita, os meios alternativos de cobrança de tributos somente terão aplicabilidade enquanto instrumentos de cobrança substitutivos à ação de execução fiscal quando a sua utilização pela Fazenda Pública credora não representar ao devedor um ônus ou sanção desproporcional e capaz de suprimir por completo os seus direitos de contribuinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo e análise acerca da evolução histórica do processo de execução fiscal, percebe-se que, embora tenha tentado agilizar e racionalizar o procedimento executivo fiscal, a LEF não se livrou da lentidão e ineficácia da cobrança judicial da dívida ativa. Em que pesem as inovações terem destacado mecanismos mais efetivos de satisfazer os direitos do credor, com menor grau de onerosidade possível ao devedor, a atual conjuntura do sistema judiciário brasileiro mostra uma realidade distante da necessária redução da litigiosidade e garantia da prestação jurisdicional de maneira eficiente.

Nesse cenário é que surge o debate acerca da necessidade de novos modelos de satisfação do crédito público, representados pelos diversos meios alternativos de cobrança dos tributos, na medida em que a eficiência na

recuperação de recursos para os cofres públicos é assunto ligado ao interesse de todos os administrados, em especial, dos cidadãos contribuintes.

É preciso ter em mente que o desequilíbrio gerado no âmbito do sistema constitucional tributário em razão do não cumprimento, pelo contribuinte, do seu dever fundamental de pagar tributos, além de retardar o alcance de metas e objetivos constitucionais, prejudica a intervenção positiva do Poder Público nos diversos setores da vida social. Entretanto, não se pode esquecer que a atividade arrecadatória da Administração deve se pautar em ditames constitucionais, de modo que o exercício da atividade tributária pela Fazenda Pública não acabe por violar frontalmente as garantias individuais e de proteção dos contribuintes.

Nesse panorama, não se faculta ao legislador e à própria Administração fiscal o estabelecimento de qualquer medida tendente à recuperação ou ao aprimoramento do crédito tributário que não cuidem de resguardar os princípios constitucionais tributários e de defesa do contribuinte.

Assim, a viabilidade da utilização dos meios alternativos de cobrança de tributos, enquanto expediente alternativo às ações de execução fiscal, estará sempre condicionada ao respeito dos princípios constitucionais tributários e à garantia dos direitos fundamentais do contribuinte, de maneira que o procedimento empregado pela Fazenda Pública com os meios indiretos de cobrança não

represente ao devedor um ônus ou sanção desproporcional.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Carlos Henrique. *Protesto: caracterização da mora, inadimplemento obrigacional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOSA, Leonardo Máximo. *Princípio constitucional da eficiência: protesto como alternativa ao processo de execução fiscal*. II ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes, 2017. Disponível em <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/333>> Acesso em: abril de 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O protesto de CDA como Mecanismo Alternativo de Cobrança de Créditos Tributários de Pequena Monta no Estado de Minas Gerais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 211, p. 137-146, abr. 2013.

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lúcia Américo. Funções de Cadin e seus reflexos sobre a livre iniciativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v.2, p. 63, mar. 1999.

BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 5.082/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2008/204%20-%20MF%20AGU.htm>. Acesso em: abril de 2018.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de outubro de 1966.

BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de setembro de 2002.

BRASIL. *Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997*. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de setembro de 1997.

BRASIL. *Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de julho de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1126515, Rel. Min. Herman Benjamin, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 16.12.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5153, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão publicado no Diário de Justiça de 06/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: abril de 2018.

CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Tributação & Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal*. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário executivo: relatório justiça em números 2010*. Brasília, agosto de 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: março de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico: relatório justiça em números 2017*. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: março de 2018.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira; LACERDA, Sara de França; SANTOS, Herta Rani Teles. *Execução Fiscal: um tema atual sob diferentes olhares*. Brasília: Consulex, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014.

FERREIRA, Patrícia Fortes Attademo. *Os mecanismos jurídicos de proteção aos direitos e garantias do contribuinte*. São Paulo: Cia do Ebook, 2016.

FRANCO JÚNIOR, Nilson José. *Sanções políticas em matéria tributária*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Brasília, 2016. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2216/2/NilsonJoseFrancoJuniorDissertacao2016.pdf>> Acesso em: abril de 2018.

Haidar, Raul. O Cadin e a torpeza estatal geram o arrastão tributário. *Revista Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-02/justica-tributaria-cadin-torpeza-estatal-geram-arrastao-tributario>>. Acesso em: abril de 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicado número 83: custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, março de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7844>. Acesso em: março de 2018.

LONDE, Carlos Rogério de Oliveira. *O protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa prévio à execução fiscal*. Salvador: Juspodvm, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAULINO, Maria Ângela Lopes. A exigência de certidão negativa de débito condicionando a prática de atos jurídicos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 207, dez. 2012.

PAULINO, Silvia Campos. Os pressupostos constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos fiscais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10512&revista_caderno=26>. Acesso em: abril de 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Wilson Medeiros Pereira¹

Ayêska Tatiana Paraiso²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade o estudo e discussão acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos atos advindos da Administração Pública. Indaga-se se o controle judicial dos atos administrativos somente pode ocorrer em casos de ilegalidade, sob pena de grave afronta à separação dos poderes e à discricionariedade da Administração ou se é permitido ao judiciário o controle dos atos administrativos discricionários que, embora legais, são imorais ou inoportunos.

Apresenta como objetivo a análise dos aspectos referentes ao controle judicial dos atos da Administração Pública à luz da discricionariedade e inafastabilidade da jurisdição, averiguando as possibilidades ou não de interferência do Poder Judiciário sobre atos discricionários emanados da Administração.

Para estudo do tema analisado, utilizou-se

1 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Juiz Federal (TRF1).

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

o método de abordagem dedutivo, pelo qual se parte do geral para se chegar ao particular, já as técnicas de pesquisa empregadas são a bibliográfica e documental, por meio da análise de artigos científicos, doutrinas e jurisprudência, além das legislações específicas acerca do tema.

Verifica-se relevante e atual o debate em comento, uma vez que há ampla discussão na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade ou não de interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários.

Administração Pública e princípios

A Administração Pública pode ser entendida sob dois sentidos, o objetivo e o subjetivo. O sentido objetivo da expressão, também chamado de sentido material ou funcional, consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a própria função administrativa. Já pelo sentido subjetivo, denominado formal ou orgânico, a Administração Pública é entendida como o conjunto de entes que exercem a função administrativa, compreendendo os agentes, órgãos e pessoas jurídicas.

Desse modo, a Administração Pública, em sentido subjetivo, compreende o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que a lei atribui o exercício da função administrativa, sendo composta pelos órgãos da Administração Direta (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) e as entidades componentes da

Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

Percorridos os conceitos de Administração Pública, passa-se ao princípios que regem a Administração. Os princípios, segundo Carvalho Filho (2018, p. 18), “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”.

Estes princípios revelam as diretrizes fundamentais que a Administração deve seguir e podem ser divididos em expressos ou implícitos. Os expressos são aqueles elencados pelo artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), já os implícitos são os que a doutrina e jurisprudência reconhecem como regras de aceitação geral que devem ser observados pelas pessoas administrativas.

Uma das diretrizes básicas que regem a conduta administrativa é o princípio da legalidade, expresso na CRFB/88, o qual estabelece que a Administração Pública só pode agir na presença da lei, ou seja, “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (Carvalho Filho, 2018, p. 20).

Outro princípio expresso na Constituição é o da impessoalidade, que determina que a Administração deve ser impessoal. Este princípio deve ser observado sob dois aspectos, em relação aos administrados e também à própria Administração.

Com relação aos administrados, ensina

Di Pietro (2014, p. 68) que tal princípio “significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas”. Já em relação à Administração, significa dizer que os atos administrativos não podem ser imputáveis ao agente que os pratica, mas ao órgão ou entidade em nome do qual o agente praticou o ato.

O princípio da moralidade, também expresso no artigo 37 da CRFB/88, determina que a conduta dos administradores deve sempre estar pautada na moralidade e em preceitos éticos. Assim, a conduta administrativa não só deve estar prevista em lei, como também conter os preceitos de moralidade, que implica identificar se aquela conduta é boa ou ruim, justa ou injusta, conveniente ou inconveniente, honesta ou desonesta.

Além disso, princípio também expresso pelo artigo 37 da CRFB/88 é o da publicidade, pelo qual se exige a mais ampla divulgação dos atos da Administração, ressalvadas as hipóteses de sigilo, o que possibilita o controle dos atos administrativos por parte dos administrados.

O último princípio expresso no artigo 37 da CRFB/88 é o da eficiência, pelo qual se entende que os atos administrativos devem ser praticados com melhor desempenho possível, a fim de buscar os melhores resultados na prestação de serviços públicos.

Conforme já mencionado, além dos princípios expressos, doutrina e jurisprudência reconhecem outros princípios como regras de aceitação geral que devem ser

observados na atuação administrativa, que são chamados de implícitos ou reconhecidos.

Um importante princípio reconhecido ou implícito é da supremacia do interesse público, o qual determina que o interesse público deve prevalecer em detrimento do interesse privado, em caso de conflito entre eles. Assim, “como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular” (Carvalho Filho, 2018, p. 35).

O princípio da autotutela estabelece que a própria Administração pode, de ofício, anular os atos eivados de ilegalidade e revogar aqueles que não atendem ao critério de conveniência e oportunidade. Este poder de autotutela inerente à Administração Pública é corroborado pelas súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Por fim, dois importantes princípios que devem ser analisados são a razoabilidade e a proporcionalidade. Pelo princípio da razoabilidade, os atos administrativos devem ser observados sob os padrões ou aspectos normais de aceitabilidade, se o administrador atuou fora desses padrões, a conduta administrativa restará viciada.

Nessa perspectiva, segundo Bandeira de Mello (2010, p. 108), “enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional”.

Já pelo princípio da proporcionalidade, a conduta administrativa deve preencher três requisitos, a adequação, pelo qual se entende que o meio utilizado deve ser adequado ao fim pretendido; exigibilidade, que determina que a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso para alcançar a finalidade; e, por último, proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual deve se verificar se as vantagens superam ou não as desvantagens.

Atos administrativos

É necessária a distinção entre ato da Administração e ato administrativo. Nas lições de Di Pietro (2014, p. 199), “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”. Por outro lado, o ato administrativo é menos amplo, abrangendo apenas parte da categoria de atos da Administração.

Ato administrativo pode ser conceituado como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (Carvalho Filho, 2018, p. 105).

Para Cretella Júnior (*apud* Faria, 2016, p. 99), ato administrativo é entendido como a manifestação da vontade do Estado que, por meio de seus representantes, no exercício de suas funções ou por qualquer outra pessoa

que detenha parcela de poder reconhecido pelo Estado, tenha “finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar, ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.

Ademais, Bandeira de Mello (2010, p. 385) conceitua ato administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 173) considera ato administrativo como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos”.

Conforme Di Pietro (2014, p. 205), o ato administrativo pode ser entendido como a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Assim, depreende-se que o conceito de ato da administração é mais amplo, abrangendo todos aqueles atos que emanam da Administração Pública, como os atos de opinião, atos regulamentares, atos políticos, contratos,

atos normativos, ato administrativo propriamente dito, entre outros. Ao passo que ato administrativo é mais restrito, caracterizando como uma declaração de vontade da Administração, com produção de efeitos jurídicos, finalidade pública, além de se sujeitar ao regime jurídico administrativo e ao controle pelo Poder Judiciário.

Para que o ato administrativo seja considerado válido, é necessário que ele apresente alguns pressupostos de constituição. Não há consenso na doutrina acerca da nomenclatura de tais pressupostos, sendo que a maioria dos autores preferem denominar como “requisitos” ou “elementos”.

Independentemente da nomenclatura adotada, importante consignar que tais pressupostos são essenciais para a validade do ato administrativo. Sem a presença de um dos elementos ou requisitos, o ato praticado restará viciado e poderá ser anulado.

Doutrina majoritária trata elementos, pressupostos e requisitos como equivalentes, diferentemente do entendimento de Bandeira de Mello (2010, p. 391), que os considera como termos distintos, sob a justificativa de que nem todos eles são internos aos atos administrativos.

Para o momento, adota-se a posição majoritária que trata os elementos, pressupostos e requisitos de modo indistinto, uma vez que este entendimento encontra-se em consonância com o direito positivado.

Com efeito, os elementos do ato administrativo

estão dispostos no artigo 2º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) que, além de enumerá-los, descreveu os traços para sua configuração, em seu parágrafo único. O motivo pelo qual a Lei da Ação Popular dispôs sobre os elementos do ato administrativo foi destacar os preceitos para apontar os vícios de invalidade para cada um deles (Maffini, 2009, p. 94).

Segundo o referido dispositivo, os elementos do ato administrativo são: competência, forma, objeto, motivo e finalidade, sendo que a ausência de um deles acarreta a invalidação do ato.

A competência é o elemento do ato administrativo definido como “conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” (Di Pietro, 2014, p. 212). É o limite ou a extensão definido por lei em que os agentes podem exercer regulamentar sua atividade.

O segundo elemento do ato administrativo a ser analisado é o objeto, que é o conteúdo, o efeito jurídico que o ato produz ou se propõe a produzir. Para que seja válido, o objeto do ato administrativo deve ser lícito (de acordo com a lei), possível (apto a ser realizado), determinado ou determinável (suscetível de determinação).

Quando a lei estabelece e limita o objeto do ato administrativo, diante de uma atividade vinculada do Estado, o agente não tem poder para modificá-lo e, por isso, o conteúdo desse ato se chama objeto vinculado. Ao contrário, quando a lei não estabelece rigidamente o objeto do ato, este

será chamado de discricionário.

Outro elemento do ato administrativo é a forma. Quanto a sua concepção, a doutrina se divide em duas correntes, uma mais restritiva entende este elemento como sendo o modo de exteriorização do ato, enquanto a segunda corrente, mais ampla, inclui, além do modo de exteriorização, as formalidades que envolvem o processo de formação do ato e a publicidade deste.

Para que o ato seja considerado válido, a sua forma deve ser equivalente ao que a lei dispõe, ou seja, a exteriorização do ato deve seguir o que a lei previamente estabeleceu.

Em regra, o ato administrativo deve seguir a forma escrita, documentalmente arquivada e publicada, para que seja possível a sua verificação a qualquer momento. Excepcionalmente, “admite-se que em situações singulares possa a vontade administrativa manifestar-se através de outros meios, como é o caso de gestos (de guardas de trânsito, v. g.), palavras (atos de polícia de segurança pública) ou sinais (semáforos ou placas de trânsito)” (Carvalho Filho, 2018, p. 117).

A finalidade “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato” (Di Pietro, 2014, p. 218). Segundo a referida autora, a finalidade pode ser vista sob dois aspectos: em sentido amplo, a finalidade é a consecução do interesse público, enquanto que em sentido restrito, a finalidade é o resultado que o ato se propõe a produzir.

Já para Carvalho Filho (2018), a finalidade do ato administrativo é sempre o interesse público. Segundo o referido autor, a “finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público” (Carvalho Filho, 2018, p. 124).

Por fim, motivo é a situação ou pressuposto de fato ou de direito que ensejou a prática do ato administrativo. A ausência ou indicação de um motivo falso, deturpado, viciam o ato administrativo. O requisito motivo não pode ser confundido com motivação do ato. Como já visto, motivo é a situação que ensejou o ato administrativo, já a motivação é a exteriorização destes motivos.

Os atos administrativos podem ser classificados doutrinariamente de diversas maneiras. A classificação mais importante para a presente pesquisa e que merece destaque é aquela que observa a liberdade de atuação do administrador, sendo classificado em ato vinculado e discricionário.

Os atos vinculados são aqueles que o agente não tem liberdade de atuação, deve seguir os requisitos e condições que a lei estipula para sua realização. Caso desatendido qualquer requisito imposto por lei, o ato praticado pode ser anulado pela própria Administração ou passível de controle pelo Poder Judiciário.

Já em relação aos atos discricionários, a própria lei autoriza que o agente realize uma análise de conveniência e oportunidade para a realização do ato. Segundo Carvalho

Filho (2018, p. 135), “é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato”.

Poder discricionário

A Administração Pública, a fim de atender ao interesse público, é dotada de determinadas prerrogativas, denominadas de poderes administrativos. Estes poderes conferidos aos agentes administrativos permitem que o Estado possa instrumentalizar os seus fins. São modalidades de poderes administrativos: poder discricionário, vinculado, regulamentar, disciplinar e de polícia. Para atender o fim proposto na presente pesquisa, necessário se faz o estudo acerca do poder discricionário.

O poder discricionário é a prerrogativa concedida por lei à Administração para praticar os atos com liberdade de escolha, observando a conveniência e oportunidade, sempre com objetivo de atender ao interesse público. Tal atribuição ocorre em razão de não ser possível que a lei descreva pormenorizadamente todas as condutas dos agentes administrativos (Carvalho Filho, 2018, p. 53).

O poder discricionário é diverso do vinculado. Neste, o agente administrativo encontra-se adstrito à lei, não resta ao administrador nenhuma outra forma de agir senão aquela prevista na hipótese legal. Por outro lado, no ato discricionário, decorrente do poder discricionário, há

uma liberdade de ação para prática do ato, a lei garante uma faculdade para o administrador, sob os aspectos da conveniência e oportunidade (Maffini, 2009, p. 59).

Nas palavras de Carvalho Filho (2018, p. 53), pode-se entender poder discricionário como:

Prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Assim, a discricionariedade é a margem de liberdade que a lei confere ao administrador público para praticar os atos administrativos segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro da razoabilidade, diante do caso concreto.

Como se observa, a discricionariedade não decorre de falta de lei. Ao contrário, a própria lei concede ao administrador atribuição expressa para praticar o ato administrativo da forma que melhor convém ao interesse público, sendo uma “técnica de concretização do princípio da legalidade” (Maffini, 2009, p. 61).

Entretanto, apesar de constituir verdadeiro poder da Administração, o poder discricionário não pode ser visto como arbitrariedade. A liberdade de escolha empregada na prática do ato administrativo deve coadunar com o fim proposto pela lei e com o interesse público. Nesse

sentido, Meirelles (2016, p. 140) assevera:

Convém esclarecer que o poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

O aludido autor observa que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais de Direito e pelas regras de boa administração que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa” (Meirelles, 2016, p. 141).

A partir destas proposições, indaga-se: se o administrador praticar ato discricionário contrário à lei ou aos princípios administrativos, poderá ser este ato anulado pelo Poder Judiciário? Ou, por ser ato discricionário da Administração, encontra-se imune à apreciação judicial?

Controle dos atos administrativos

O controle do Estado pode ser exercido de duas formas, o controle político e o administrativo (ou da Administração Pública). O controle político busca o equilíbrio entre os Poderes estruturais da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), através do sistema de

freios e contrapesos, preconizado por Montesquieu, o qual afirmava que os Poderes deveriam atuar harmonicamente entre si, para que nenhum deles se sobreponha ao outro. Tal ideia ficou conhecida como Teoria da Separação dos Poderes, sustentado na obra “O Espírito das Leis” (Carvalho Filho, 2018, p. 999).

Nesse sentido é que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) dispôs em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Assim, o controle político permite que cada um dos poderes possa controlar o outro, a fim de impedir que um deles se sobreponha aos demais, tendo como objetivo “a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país” (Carvalho Filho, 2018, p. 1000).

O controle administrativo, por sua vez, tem como finalidade fiscalizar os órgãos que exercem a função administrativa. O controle da Administração Pública pode ser conceituado como “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder” (Carvalho Filho, 2018, p. 1001).

Afirma Di Pietro (2014, p. 809):

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário,

Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a Administração Pública exerce o controle de seus próprios atos e se sujeita ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário. Este controle abrange toda atividade administrativa, compreendendo os órgãos do Poder Executivo, da Administração Direta e Indireta e dos demais Poderes da República, quando estes exercem a função administrativa.

O referido controle tem como principais fundamentos o princípio da legalidade e o das políticas administrativas. O princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública encontra-se sempre adstrita à lei, sendo impedida de agir na ausência de previsão legal. Já o princípio das políticas administrativas determina que o poder de discricionariedade da Administração deve ser realizado de maneira eficiente, conveniente, moral, além de atender essencialmente ao interesse público (Carvalho Filho, 2018, p. 1000 e 1001).

Acerca do objetivo do controle administrativo, Di Pietro (2014, p. 808) afirma:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da

atuação administrativa.

O controle da Administração Pública pode ser classificado em várias modalidades, alterando conforme o Poder, autoridade que o realiza, modo, momento e vários outros aspectos. Quanto à extensão, o controle pode ser interno, que é aquele exercido pelos Poderes sobre seus próprios atos e agentes, ou externo, quando o controlador se situa em outra esfera de poder.

Com relação ao momento ou à oportunidade, o controle pode ser classificado em prévio, concomitante ou posterior. Será prévio quando realizado antes da conduta administrativa ser consumada, tem natureza preventiva, com o intuito de impedir a prática de ato ilegal ou contra o interesse público. O controle concomitante tem natureza tanto preventiva quanto repressiva. Ele acontece enquanto a conduta administrativa se desenvolve. Já o controle posterior tem como finalidade revisar os atos administrativos já praticados, a fim de corrigir, anular ou confirmar estes atos.

Pode ser classificado também quanto à iniciativa, dividindo-se em de ofício ou provocado. O controle de ofício é exercido pela própria Administração no exercício do seu poder de autotutela. Já o controle provocado é suscitado por terceiro, diante de uma atitude ilegal ou contra os princípios da Administração.

Quanto ao âmbito, o controle classifica-se como controle por subordinação, que é aquele realizado

através de diversas hierarquias dentro da Administração, decorrente da relação de subordinação existente na Administração Pública, ou controle por vinculação, pelo qual há a atribuição à pessoa diversa da que praticou o ato, tendo caráter externo.

Além disso, quanto à natureza do controlador ou órgão, o controle pode ser legislativo, judicial ou administrativo. O controle administrativo é aquele executado pela própria Administração Pública, por meio do poder de autotutela, que constitui prerrogativa da Administração de anular os atos ilegais e revogar os atos lícitos, porém inconvenientes e inoportunos.

Conforme ensinamento de Di Pietro (2014, p. 811), “é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”.

O controle legislativo, exercido pelo Poder Legislativo, compreende o controle político e o financeiro, pelo qual irá fiscalizar as condutas da Administração Pública, como por exemplo, a competência do Congresso Nacional de apreciação dos atos do Poder Executivo e o controle realizado pelo Tribunal de Contas.

Já o controle judicial é aquele exercido pelo Poder Judiciário ao fiscalizar e revisar os atos administrativos, por meio de instrumentos judiciais idôneos a pleitear a anulação destes.

Quanto à natureza do controle, este pode ser de legalidade ou de mérito. O controle de legalidade observa se o ato foi exercido em consonância com o ordenamento jurídico, de maneira que tenha atendido ao princípio da legalidade. Já no controle de mérito, há a verificação se a conduta administrativa é dotada de conveniência e oportunidade, não se questionando acerca da legalidade.

Controle judicial dos atos administrativos discricionários

O ato discricionário é aquele emanado no exercício do poder discricionário. A própria lei concede ao agente poder para praticar o ato da maneira que mais convém ao interesse público, sob aspectos de oportunidade e conveniência. Apesar de conferir liberdade ao agente administrativo, o ato discricionário não pode ser utilizado sem vinculação ao interesse social ou agir contrariamente aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido:

O poder discricionário, como ficou demonstrado, consiste apenas na escolha da oportunidade e da conveniência. Essas, de certa forma, estão vinculadas ao interesse social, visto que a conveniência e a oportunidade são apreendidas ou concebidas sob o prisma do atendimento dos postulados de interesse geral, ou bem-estar social ou, ainda, interesse público (Faria, 2016, p. 158).

Apesar de ser concedida margem de liberdade

ao administrador, os atos discricionários estão sujeitos a pressupostos de competência, forma, finalidade, motivo, entre outros (Faria, 2016, p. 158).

O ato administrativo, de qualquer espécie, deve ser emitido pela autoridade competente, ou seja, o agente que deve praticar é aquele nomeado pela lei. “Pode-se, então afirmar que o ato administrativo editado em decorrência do exercício do poder discricionário vincula-se quanto ao agente” (Faria, 2016, p. 158).

Ademais, o ato discricionário deve seguir a forma prescrita em lei, uma vez que é um dos elementos do ato administrativo. “A inobservância da forma prevista na lei para determinada espécie de ato o torna nulo. Essa regra vale para todos os atos administrativos, tanto para os vinculados quanto para os chamados discricionários” (Faria, 2016, p. 159).

Segundo o mesmo autor, “a lei é, pois, comando de observância obrigatória, pelos agentes públicos, mesmo quando atua no exercício do poder discricionário” (2016, p. 160). Nesse sentido, a lei, apesar de não ser rígida quanto a estes atos, impõe limitações aos agentes administrativos, que devem seguir as disposições legais.

Além disso, o ato administrativo decorrente do poder discricionário se vincula à finalidade, que sempre deve ser o interesse público. Assim, se o ato emanado da Administração não tenha esta finalidade, ele será viciado. Por fim, o ato discricionário encontra-se vinculado ao motivo, de

maneira que se não existir ou sua indicação tiver sido falsa, o ato não terá validade.

Conquanto a lei tenha estabelecido margem de liberalidade ao agente administrativo, quanto à oportunidade e conveniência, o ato decorrente do poder discricionário encontra-se vinculado a certos pressupostos, cuja ausência caracteriza invalidade do ato.

Assim, a discricionariedade da Administração possui limites, não se manifestando como liberdade plena dos agentes públicos ao praticar o ato administrativo. Nesse sentido, importante estabelecer os principais fatores que limitam a discricionariedade.

O primeiro fator de limitação da discricionariedade que deve ser observado é o da finalidade da lei. Embora a lei estabeleça margem de liberdade para que o agente pratique o ato administrativo, ela também estabelece regras a serem respeitadas. “Esses parâmetros são previstos na própria lei em que se fundamenta o ato ou o comportamento, no sistema jurídico como um todo, nos princípios gerais de direito” (Faria, 2016, p. 164).

Além da finalidade da lei, outro fator a ser observado é a finalidade do ato administrativo, que deve sempre se dirigir ao interesse público. “Se o interesse público é o interesse perseguido pelo ato administrativo, a discricionariedade da Administração não encontra espaço para indicar finalidade que contrarie tal princípio” (Faria, 2016, p. 167).

Ademais, os motivos são fatores de limitação à discricionariedade, estes não devem ser estabelecidos de acordo com a vontade livre do agente, mas deve seguir o que a lei impõe. Assim, quando o ato administrativo é editado sem que “não tenha motivo, ou explicação no interesse ou atividade pública, a discricção transforma-se em puro arbítrio, em desvio de poder” (Lima *apud* Faria, 2016, p. 168).

Na atuação administrativa, outro fator importante é a razoabilidade. Se o agente extrapola o princípio da razoabilidade, o qual estabelece que os atos administrativos devem ser observados sob os padrões normais de aceitabilidade, extrapolará também os limites da discricionariedade.

Além disso, o princípio da proporcionalidade também se manifesta como fator de limitação da discricionariedade administrativa. Como já visto, o referido princípio estabelece que a conduta deve ser adequada ao fim pretendido, necessária para alcançar a finalidade, além de verificar se as vantagens superam as desvantagens.

O abuso de poder, caracterizado quando o agente administrativo atua sem previsão legal ou em desconformidade com a lei, também é um dos fatores de limitação. “O abuso de poder, manifesta-se no momento em que se verifica a transgressão dos limites estabelecidos na regra de direito, para o exercício do poder discricionário” (Faria, 2016, p. 177).

Cumprе ressaltar a importância dos princípios

na limitação do poder discricionário administrativo. No passado, a legalidade era vista unicamente como agir ou não em conformidade com a lei formalmente considerada. Com a evolução do direito e a promulgação da CRFB/88, os princípios passaram a ser reconhecidos como elementos de condição de validade dos atos, marcando uma nova perspectiva de legalidade ampla ou juridicidade, e não somente da legalidade em sentido estrito, ampliando consideravelmente as condutas administrativas suscetíveis de apreciação judicial (Maffini, 2009, p. 62).

Constata-se, pois, os fatores que limitam o poder discricionário da Administração, de maneira que se o agente excede ou extrapola tais limites, o exercício da discricionariedade administrativa estará inquinado.

Conforme anteriormente mencionado, o “controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário” (Carvalho Filho, 2018, p. 1081).

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos é um dos mecanismos de sustentação do sistema de separação de Poderes, uma vez que possui a importante atribuição de examinar, além de seus próprios atos, aqueles advindos dos demais Poderes.

Acerca da separação de poderes, Veil (2014) assevera:

Uma vez verificada a diferença e a independência entre estes três poderes, deve haver também uma harmonia entre os poderes, a qual será alcançada por um eficiente sistema de freios e contrapesos no qual os poderes poderão, sem ferir a autonomia de cada poder exercer um controle recíproco, uma interferência autorizada pela teoria do Estado a fim de dar uma maior segurança para a sociedade.

Nesse sentido, afirma Faria (2016, p. 196) que com “o advento do Estado de Direito, surgiu a especialização das funções básicas e primordiais do Estado, materializadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como consequência, o Estado passou a submeter-se a controle”.

O controle judicial, portanto, se revela como um meio indispensável para manter a harmonia entre os três Poderes. Acerca desse tema, importante ressaltar que existem dois sistemas de controle judicial, o sistema do contencioso administrativo e da unidade de jurisdição, este último adotado pelo Brasil.

O sistema do contencioso administrativo, também chamado de sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês, determina que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, existe uma Justiça Administrativa, responsável por determinados litígios acerca da fiscalização e exame dos atos administrativos. Por este sistema, as decisões proferidas por ambas as Justças são dotadas de força vinculante e imutabilidade, de maneira que a causa decidida em uma delas não pode ser reapreciada pela outra.

Pelo sistema da unidade de jurisdição, sistema

do monopólio de jurisdição ou sistema inglês, adotado pelo Brasil, todos os litígios estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, caracterizando o “monopólio de jurisdição pelo Judiciário” (Carvalho Filho, 2018, p. 1086).

Assim, a Administração Pública não exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados pelo Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre no sistema do contencioso administrativo.

A propósito do assunto:

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada (Di Pietro, 2014, p. 827).

O dispositivo que fundamenta a adoção do sistema da jurisdição una no Brasil é o artigo 5º, XXXV da CRFB/88, o qual estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Por sua vez, o controle de mérito é aquele pelo qual há a verificação se a conduta é dotada de conveniência e oportunidade, sem se questionar acerca da legalidade. A expressão mérito “significa, pois, aquilo que é melhor, mais

conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins” (Carvalho Filho, 2018, p. 1005).

Portanto, o mérito é o exame da oportunidade e conveniência do ato, em que o administrador decide livremente sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. Já a legalidade é a estrita obediência à lei, que vincula a manifestação da vontade do administrador.

Há três entendimentos acerca da possibilidade ou não de interferência do Judiciário nos atos administrativos discricionários. De um extremo, há o entendimento que prevê a absoluta impossibilidade de controle judicial dos atos discricionários. De outro extremo, aquele que trata como completamente possível a sindicabilidade. No entremeio, o entendimento que considera possível o controle dos atos discricionários pelo Judiciário, desde que não adentre no mérito administrativo.

De acordo com posicionamento majoritário, o controle de mérito é privativo da Administração, não se submetendo, portanto, ao exame do Poder Judiciário, tendo como justificativa a existência de discricionariedade dos órgãos administrativos.

Nesse sentido, Carvalho Filho entende que o controle de mérito é privativo da Administração Pública, não se submetendo à sindicabilidade do Poder Judiciário, sob o argumento de que, se existe a discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos, somente a eles incumbe

proceder à valoração de conveniência e oportunidade. Afirma o referido autor que “ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas” (Carvalho Filho, 2018, p. 1006).

Assevera Meirelles (2016, p. 845):

O controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e o próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

A Justiça tem a faculdade de julgar o ato administrativo praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que deve ser unicamente a legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato questionado, ou seja, sobre o mérito administrativo (Meirelles, 2016, p. 845 - 846).

Assim, segundo a doutrina majoritária, o controle exercido pelo Poder Judiciário é unicamente o de legalidade, sendo vedado o exame da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, denominado de mérito administrativo, sob a justificativa de que violaria o princípio da separação de Poderes.

Os atos discricionários “sujeitam-se à

apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (conveniência e oportunidade)” (Di Pietro, 2014, 828).

Acerca do controle judicial dos atos decorrentes do poder discricionário, Faria (2016, p. 210) afirma:

Desde a implantação do Estado de Direito até meados do século XX, prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário não teria competência para controlar atos decorrentes do poder discricionário, sob o argumento de que a liberdade conferida pela lei ao agente público para, diante do caso concreto, escolher a opção que julgasse melhor, se opunha à sindicabilidade do ato pelo Judiciário, sob pena de invasão de competência privativa do Poder Executivo.

Entretanto, verifica-se discussão atual acerca da possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de mérito.

A respeito desse tema, tem surgido alguma polêmica acerca da possibilidade de controle judicial sobre as denominadas políticas públicas. É que, em regra, tais políticas caracterizam-se como atividade administrativa, de forma que somente à Administração caberá instituí-las e executá-las. No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso, os princípios da separação de poderes e da efetividade constitucional (Carvalho Filho, 2018, p. 1006).

Nesse sentido, por muito tempo prevaleceu na doutrina a ideia de que o Poder Judiciário não teria competência para realizar o controle dos atos administrativos discricionários, entretanto, com a evolução do Direito, surgiram discussões doutrinárias no sentido de possibilitar o controle judicial destes atos, diante da imperfeição humana e dos erros cometidos pela Administração Pública ao longo do tempo (Faria, 2016, p. 197).

No início, portanto, não era admitido o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, por entender que o órgão jurisdicional estaria assumindo o lugar do administrador público (Faria, 2016, p, 211).

Contudo, com a evolução do Direito, verificou-se que até mesmo o ato discricionário é vinculado a certos pressupostos, de maneira que o ato que não os observar restaria viciado. “Daí a jurisprudência evoluir para admitir o controle jurisdicional mesmo dos atos chamados discricionários, desde que não se adentrasse o mérito, pois é nele que reside a essência da discricionariedade” (Faria, 2016, p. 211).

No mesmo seguimento, sustenta Meirelles que é um erro considerar o ato administrativo discricionário imune à apreciação judicial, tendo em vista que o Judiciário pode apreciar a sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, verificar se a discricionariedade encontra-se em conformidade com a lei

e com os princípios jurídicos. “O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz” (Meirelles, 2016, p. 142).

De modo diverso, parte da doutrina defende o conceito da “melhor decisão”, pelo qual se entende que ao administrador só é atribuída a escolha de uma única decisão, a melhor ao interesse público. Segundo este posicionamento, o Judiciário pode apreciar o mérito administrativo, tendo em vista que se o agente não praticou o ato que se refere à melhor decisão, caberá o controle judicial.

Sustentam os doutrinadores adeptos dessa corrente que, se o administrador não adotou a melhor decisão que atenda ao interesse público, poderá haver a intervenção do órgão jurisdicional neste ato, em consequência da ineficiência da Administração Pública. Nesse sentido, assevera Carvalho Filho (2018, p. 56):

Nesse passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle das políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das ideias de “judicialização da política” (ou “politização da justiça”), segundo as quais se admite o que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração.

Tal posicionamento é alvo de severas críticas, uma vez que ao Poder Judiciário é vedado adentrar em aspectos reservados exclusivamente ao Poder Executivo,

sob pena de afronta ao princípio da separação de Poderes, positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do art. 2º da CRFB/88.

A ampliação do ativismo judicial tem obtido adeptos, em especial a sociedade, diante da ineficácia da gestão administrativa, condutas ilegítimas e consequente insatisfação social com os atos advindos da Administração Pública. Entretanto, imperioso destacar que essa judicialização pode caracterizar grave ofensa à separação de Poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Excluir o ato discricionário, por completo, do controle pelo Judiciário pode implicar em aquiescência de arbitrariedades pela Administração Pública, deixando a sociedade à mercê dos agentes administrativos, que, respaldados pela discricionariedade absoluta, restariam intocáveis pelo controle judicial.

Não obstante a discricionariedade absoluta seja incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a análise do mérito administrativo, substituindo a escolha do administrador pelo membro do judiciário, se revela como afronta ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Judiciário estaria se colocando acima dos demais poderes, ferindo o artigo 2º da CRFB/88.

Assim, diante do exposto ao longo da presente pesquisa, depreende-se que os atos da Administração Pública são controláveis pelo Poder Judiciário, até mesmo os discricionários, a fim de impedir abusos e arbitrariedades por parte dos agentes administrativos, desde que não adentre no mérito, sob pena de afronta à separação de poderes.

Portanto, cabe ao Judiciário controlar qualquer ato administrativo que, sob a justificativa de discricionariedade, extrapole os limites dela, causando algum dano ou ato lesivo ao interesse público.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Brasília, 29 de junho de 1965.

CALADO, Maria dos Remedios. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9517>. Acesso em 16 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle do ato administrativo e a jurisprudência do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-controle-do-ato-administrativo-e-a-jurisprudencia-do-stf-e-do-stj>>. Acesso em 25 abr. 2019.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. *O controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33660/o-controle-judicial-do-merito-dos-atos-administrativos-discricionarios>>. Acesso em 20 mar. 2019.

NETO, Tarcisio Vieira de Carvalho. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p121.pdf>. Acesso em 16 mar. 2019.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paonelli. O Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro, p. 83-116, 2015.

ROSA, Mateus Ferreira. *Controle da Administração Pública, controle judicial e ação popular*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,controle-da-administracao-publica-controle-judicial-e-acao-popular,47350.html>>. Acesso em 16 abr. 2019.

SILVA, Rômulo Coelho Da. *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo07_-_r%c3%b4mulo_coelho_da_silva.pdf>. Acesso em 16 abr. 2018.

TEIXEIRA, Ingrid De Carvalho. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Monografia (Bacharelado Em Direito) - Universidade Federal Do Paraná. Curitiba, 2003.

VEIL, Paulo. *Controle judicial dos atos administrativos*. Disponível em: <<https://pauloveil.jusbrasil.com.br/artigos/124629890/control-e-judicial-dos-atos-administrativos>>. Acesso em 16 abr. 2019.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares; RABELO, Cesar Leandro De Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara De Almeida Rabelo. *O controle judicial dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9544&revista_caderno=4>. Acesso em 16 abr. 2019.

Desafios do Direito no Século XXI é uma produção coletiva de professores e acadêmicos do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

A partir de uma perspectiva interdisciplinar, a obra contempla as mais variadas discussões do Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Direito Financeiro, Direito Empresarial, Direito de Família, Ética e Direito Previdenciário.

ISBN 978-65-86467-01-7



9 786586 467017