

The cover features a bald eagle in profile, looking right, with its wings partially spread. The eagle is set against a dark blue background. A white grid pattern, resembling a wireframe or mesh, curves from the bottom right towards the center. The eagle's feathers are detailed with shades of brown, orange, and white. The eagle's head is white, and its beak is a sharp, yellowish-brown. The overall composition is dynamic, with the eagle's form and the grid pattern creating a sense of movement and depth.

ISSN 2236-501X

Águia

Revista Científica
da FENORD

V. 05, 2015

2015. v. 05. ISSN 2236-501-X

ÁGUIA

REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia: Rev. Científica da FENORD	Teófilo Otoni	v. 05	264 p.	Julho/2015
----------------------------------	---------------	-------	--------	------------

Águia Revista Científica da FENORD

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Rua Teodolindo Pereira, 111

CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil

Telefone: 33 3522 2745 – www.fenord.edu.br

aguia@fenord.edu.br

Revisão gramatical: Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli
Geraldo Barbosa do Nascimento

Revisão bibliográfica: Maria José Pereira Cordeiro

PEDE-SE PERMUTA
PIDEJE CANJE
MAN BITTET UM AUSTAUSCH
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMAND L'ÉCHANG
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia: Revista Científica da FENORD / Fundação Educacional
Nordeste Mineiro. v. 1 (2011-). – Teófilo Otoni : FENORD, 2015.

Periodicidade: semestral

ISSN 2236-501X

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2015. v. 5 ISSN 2236-501X

ÁGUIA
REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia: Rev. Científica da FENORD	Teófilo Otoni	v. 05	264 p.	Julho/2015
----------------------------------	---------------	-------	--------	------------

Águia Revista Científica da FENORD

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

COORDENADORA DO NIC

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Alisson Silva Martins (FENORD)

Prof. Me. Giuliano Fernandes (UNIFEMM)

Prof. Me. Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli (FENORD)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Me. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Me. Hálisson Rodrigo Lopes (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Me. Maria Thereza Nóbrega Pereira Teixeira (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UFMG)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (PUC-SP)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UFMG)

Prof. Me. Weber Bezerra Novais (FENORD)

EDITORIAL

E então chegamos ao quinto número da *Águia: Revista Científica da FENORD*. E até aqui vencemos alguns desafios, como a garantia da periodicidade, da qualidade das publicações e sobretudo, a manutenção de um espaço dialógico que envolve tanto as diferentes áreas do direito, como também das ciências humanas e sociais.

Enquanto projeto institucional, a criação de um suporte de circulação materializa uma demanda acadêmica: não se pode estimular pesquisa, sem criar espaço de socialização dos resultados. Não se pode estimular os docentes ao aprimoramento constante por meio da pesquisa e da produção de conhecimento, sem que se crie condições efetivas de circulação das suas produções acadêmicas.

Se vencemos desafios é preciso entender que outros se colocam à frente e que estamos firmes no propósito de buscar a qualidade nos artigos publicados e investir em uma comunidade responsável e consciente da necessidade de se empreender esforços que possam promover o desenvolvimento regional e nacional.

A você leitor está entregue o quinto número da revista *Águia: a Revista Científica da FENORD*, na qual são apresentados artigos atuais que trazem importantes objetos de estudo, como “A transmissibilidade da Obrigação alimentar”, “Trabalho Ilícito X Trabalho Proibido” e outros mais. Acreditamos que todas pesquisas aqui apresentadas se constituem importantes contribuições dos nossos autores às questões emergentes da nossa sociedade.

Boa leitura!

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

Editora Chefe do Conselho Editorial

Sumário

ANÁLISE JURÍDICA DO ARTIGO 7º, I DA CF E SUA EFICÁCIA	8
--	---

DANIEL SCAPELLATO PEREIRA RODRIGUES
THANIGGIA PETZOLD FONSECA

ATRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
--	----

ANA LUIZA ALVES VIANA
HESSEN HANDER DE LIMA

BREVE ESTUDO SOBRE ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	39
---	----

FLÁVIO HENRIQUE SALOMÃO

ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL E A SÚMULA 438 DO STJ	73
---	----

GYLLIARD MATOS FANTECELLE
MARCIANO ROGÉRIO DA SILVA

ESTÉTICA E CRÍTICA DA IDEOLOGIA EM T. ADORNO	99
--	----

MARCO ANTÔNIO POUBEL

O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.	126
--	-----

ANDRÉ LUIZ PERUHYPE MAGALHÃES
GERALDO FELIPE MEDEIROS CRUZ

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	167
--	-----

LORENA COLARES
JOSÉ OSVALDO S. GOMES

RELIGIÃO E DIREITO: ANÁLISE DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA
NO DIREITO ISLÂMICO.....197

WEBER BEZERRA NOVAIS

SÚMULA 231 DO STJ E SUA (IN)APLICABILIDADE NA
DOSIMETRIA PENAL218

LETÍCIA CAIXETA LIMA BOSSI

GYLLIARD MATOS FANTECELLE

TRABALHO ILÍCITO X TRABALHO PROIBIDO249

DANIEL SCAPELLATO PEREIRA RODRIGUES

THANIGGIA PETZOLD FONSECA

ANÁLISE JURÍDICA DO ARTIGO 7º, I DA CF E SUA EFICÁCIA

Daniel Scapellato Pereira Rodrigues¹

Thaniggia Petzold Fonseca²

RESUMO: O artigo tem como pretensão estudar o dilema existente acerca da eficácia da norma contida no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, trazendo à baila os posicionamentos doutrinários atuais acerca da sua aplicabilidade no tocante à despedida arbitrária do empregado, analisando como se deve dar a proteção do trabalhador quanto a esta demissão, uma vez que ainda não existe no ordenamento jurídico uma legislação complementar que trate do assunto de forma detalhada.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição Federal de 1988. Despedida Arbitrária, Aplicabilidade do art. 7º, I da CF. Proteção do trabalhador.

ABSTRACT

The article intends to study the existing dilemma about the effectiveness of the rule in art. 7, I, of the 1988 Federal Constitution , giving the current doctrinal positions on their applicability in relation to arbitrary dismissal of the employee , analyzing how to give the

¹ Mestrando em Ciências da Religião, especialista em Direito do Trabalho, professor de Direito do Trabalho e Direito Processual Civil do IESI/FENORD

²Mestrando em Ciências da Religião, especialista em Direito do Consumidor, professora de Direito Empresarial e professora orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do IESI/FENORD.

protection of the employee on this dismissal , since it still does not exist in law further legislation that deals with the subject in detail.

KEYWORDS

1988 Federal Constitution, arbitrary dismissal, applicability.

1 INTRODUÇÃO

A eficácia da norma contida no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) atualmente passa por questionamentos, eis que o mesmo confere aos trabalhos uma proteção contra a despedida arbitrária, fazendo alusão à necessidade da edição de uma lei complementar a fim de que regule tais demissões, todavia, até a presente data, referida lei não foi editada, surgindo a indagação quanto aos efeitos deste dispositivo, se o mesmo teria uma aplicabilidade imediata, independente da lei complementar, ou se, pelo contrário, teria uma eficácia limitada.

Para tanto, é preciso apontar alguns conceitos essenciais para o entendimento do corrente texto, estabelecendo distinções. As palavras escolhidas para inicial conceituação são as que compõem o artigo 7º, I da CF/88:

“Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;” (Grifo nosso). (BRASIL, 1988).

A própria lei traz o início da diferenciação, porém, esta é completada pela doutrina. Em termos práticos, quando a demissão se dá sem justa causa ou de forma arbitrária aplica-se os mesmos direitos

e verbas rescisórias, demonstrando o desinteresse do legislador em diferenciar de forma a defender o trabalhador que sofreu uma lesão maior.

2 CONCEITO DE DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA E DESPEDIDA ARBITRÁRIA

A despedida sem justa causa tem um motivo, porém, esta ocasião motivadora não é suficiente para ensejar uma despedida por justa causa. Um exemplo seria a demissão por extinção da empresa, certo é que caso o empregador decida fechar o negócio e extinguir sua empresa de forma que não precise mais de empregados, terá ele que despedir todos seus trabalhadores. Nesse exemplo, estamos diante de um motivo socialmente justo para a rescisão do contrato de trabalho.

A despedida sem justa causa tem um motivo, porém, este não pode se enquadrar em motivos justos para a rescisão, como por exemplo, o artigo 482 da CLT, a saber:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;

- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar (BRASIL, 1943).

Em sendo assim, quando o empregador tiver para si um motivo para extinguir o contrato de forma unilateral e, não estando esse motivo previsto legalmente como um motivo justo, a despedida será sem justa causa, entretanto, se tal fato estiver descrito no artigo 482 da CLT, a despedida será por justa causa. Resumindo, toda despedida motivada fora das previsões legais para despedida por justa causa, é sem justa causa.

Por arbitrário tem-se um ato sem fundamento, sem bases, algo interno e de íntima vontade. Legalmente o conceito de despedida arbitrária encontra-se no artigo 165 caput da CLT ao dizer:

Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (BRASIL, 1943).

Portanto, tem-se por arbitrário aquela despedida que não se basear em motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros.

É uma conceituação negativa, não sendo, portanto, possível extrair do texto legal sua total compreensão. A doutrina completa o conceito apresentado na CLT dizendo que tal modalidade de rescisão é basicamente imotivada. Não há uma razão certa para justificar a dispensa. Há tão somente a denúncia vazia do contrato. Muitas vezes é feita mediante abuso do poder de despedir.

Quem melhor nos explica é Leonardo Vieira Wandelli:

Toda despedida arbitrária, entendida como aquela que não se funda em motivo econômico financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. Entretanto, aceita essa distinção, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico, se refere a despedidas sem justa causa. Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa (WANDELLI, 2004, p. 322).

Essa é uma das formas de extinção do contrato de trabalho que o legislador constituinte quis limitar. Defende ainda alguns doutrinadores que a modalidade de rescisão em questão é plenamente proibida pela Constituição Federal.

Caso o trabalhador seja despedido sem justa causa, deve ele ser indenizado na forma cabível e aplicável na legislação vigente e atual. Entretanto, sendo o obreiro despedido de forma arbitrária, a indenização recebida seria exatamente igual! Há, portanto a concretização de uma injustiça silenciosa. A única forma de fazer justiça social neste caso seria indenizar o trabalhador de forma

diferenciada, despedida arbitrária não é igual a sem justa causa no conceito e não deveria ser também na forma de indenizar.

3 EFICÁCIA DO ART. 7º I DA CF

Vimos que o texto base para a proteção contra despedida arbitrária é o artigo 7º, I da CF/88, entretanto, inicialmente destacamos um questionamento quanto sua aplicabilidade: Por si só, o diploma em estudo tem poder para limitar a resilição imotivada? De acordo com a doutrina majoritária e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a resposta é não, vez que mesmo com a previsão no texto constitucional de que haverá tal limitação, tem-se admitido no mundo jurídico, seja em sentenças, acórdãos, doutrinas, ou em qualquer outro clássico meio de estudo do Direito do Trabalho que até que sobrevenha lei complementar para regulamentar a despedida arbitrária e sem justa causa, é plenamente possível a dispensa imotivada dos trabalhadores.

Temos, portanto, uma norma que por si mesma não produz toda a função para qual foi criada: a de limitar a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Conclui-se então que a sua eficácia é condicionada à edição de nova lei que venha complementar e regulamentar a previsão já existente em texto anterior. A essa eficácia, dá-se o nome de Eficácia Limitada.

Por normas de Eficácia Limitada temos:

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º § 3º), não têm o

condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida (LENZA, 2011, p. 202).

Há quem defenda basicamente o caráter programático do dispositivo em questão, não gerando assim, nenhum efeito imediato. *Data vênia*, tal entendimento é um verdadeiro retrocesso jurídico. Não é concebível hoje que o texto da Constituição seja mero conjunto de palavras sem um fundo de razão que não produza efeitos no mundo real.

Lado outro, a melhor doutrina considera que mesmo as normas constitucionais de eficácia limitada têm um mínimo de eficácia: a de condicionar a legislação futuro no sentido de proibir, sob pena de ser considerada inconstitucional, a norma infraconstitucional de ir contra a letra da CF. Explicando com exemplo: Lei que dê por regra a dispensa sem justa causa é inconstitucional, vez que a proteção prevista no próprio texto da CF/88 prevê a limitação da dispensa arbitrária. Em sendo assim, mesmo não incidindo diretamente sobre a vida material, as normas de Eficácia Limitada produzem um efeito chamado por Mauricio Godinho Delgado de “efeito esterilizante negativo sobre normas antagônicas” (DELGADO, 2014. p. 138). Ainda, o referido doutrinador nos ensina:

“[...] é que eles têm aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais de sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigente, invalidando tais normas antagônicas.” (DELGADO, 2014. p. 138).

Há ainda uma nova vertente doutrinária que defende a aplicabilidade imediata do art. 7º, I da CF/88 tendo por base o art. 5º §1º da Carta Magna que diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

Depara-se então com um grande problema, vez que, se considerarmos somente o art. 7º, I, da Constituição Federal encontramos uma norma sem eficácia imediata e com alto grau de programaticidade, porém, ao lermos o referido diploma legal em conjunto com o art.5, §1º da CF descobrimos que é inconcebível a existência de qualquer dispositivo constitucional definidor de direitos fundamentais que seja estéril, sem capacidade de incidir sobre a vida real e de reger as relações concretas. Daniella Ribeiro Pinho nos ensina que:

“Afirmar que o direito brasileiro, em razão de ainda inexistir a lei complementar em referência, admite a denúncia vazia do contrato de trabalho, é fazer letra morta da Constituição [...]” (PINHO, 2011).

Temos então para parte da doutrina que a eficácia do art. 7º, I, da Constituição independe de lei complementar para impor barreira à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Aqui, o objetivo da lei complementar é tão somente regulamentar de qual forma se dará essa proteção, porém, a limitação ao direito de despedir se dá pelo texto da Constituição, e não pelo texto da lei infraconstitucional. Temos então, a aplicabilidade imediata do texto legal por força da combinação do art. 5º,§1º e 7º, I, ambos da CF/88. O Direito do Trabalho, em especial a norma insculpida no art.7º, I da CF é uma norma definidora de direito fundamental, portanto, merece por força do art.5º,§ 1º aplicabilidade imediata.

Feitas considerações iniciais, qual seria a aplicabilidade do art. 7º, I, da Constituição Federal? Tem-se entendido hoje que o artigo em questão possui eficácia limitada. Contudo, a leitura mais acertada dos artigos da Constituição Federal nos leva a considerar como mais correta a teoria que leva em consideração o art. 5º, §1º, da CF/88, defendendo assim a aplicabilidade imediata da proteção contra despedida arbitrária. O texto constitucional, mesmo com a previsão de regulamentação por lei complementar, não pode ser estéril, se assim for, quebra o preceito da própria Constituição!

4 PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA COMO MEDIDA DE PROMOÇÃO DE IGUALDADE SOCIAL

O trabalhador, por ser a parte mais frágil da relação empregatícia, necessita de especial proteção por parte do direito. Assim, surgem diversos princípios norteadores que informam tal proteção, como por exemplo, o Princípio da Proteção ao Hipossuficiente. Informa tal princípio que o empregado como parte mais fraca, é necessitado de proteção legal.

Assim, as normas justralhistas se convergem no sentido de amparar o trabalhador, porém, em diversas vezes a lacuna da lei o prejudica, é o caso do Artigo 7º, I da CF/88. O trabalhador se vê fragilizado, enquanto o empregador possui o direito máximo e quase que ilimitado de despedir, o trabalhador estará vivendo em uma incerteza.

Lado outro, engessar a relação de emprego de forma alguma seria a melhor solução. Assim, para defender o trabalhador, posiciona a doutrina:

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória. (MAIOR, 2004).

Sendo assim, o legislativo ou União devem mais brevemente possível completar a lacuna aqui apresentada de forma a proteger o trabalho contra a despedida arbitrária e sem justa causa.

5 CONCLUSÃO

O que se pode observar através das linhas anteriores é que o legislador constituinte fez surgir uma fumaça de proteção do direito do trabalhador contra a despedida arbitrária, todavia, até o presente momento o que se tem é apenas um início desta custódia.

O trabalhador, como figura vulnerável, não pode ficar à mercê do legislador e aguardando a regulamentação do art. 7º, I, da

Constituição Federal. Ele não pode continuar sendo sujeito de despedidas arbitrárias, vendo os seus direitos trabalhistas sendo lesados.

Por tal razão, como fora detidamente detalhado nos tópicos acima, os dizeres do art. 7º, I, da CF/88, muito embora faça referência à necessidade da criação de uma Lei Complementar, deve ter aplicação imediata, não podendo ser alegada essa omissão legislativa em detrimento dos direitos do empregado.

Como visto, a própria Carta Magna, em outros dispositivos, garante a possibilidade de implementação direta do art. 7º, I, da CF, na medida em que a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária nada mais é do que uma garantia fundamental, devendo, portanto, ser assegurada a todos desde o momento em que foi constituída, sendo a regulamentação por Lei Complementar uma mera formalidade que não pode servir de embaraços.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de março de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 de março de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>>. Acesso em 28 de março de 2015.

PINHO, Daniella Ribeiro de. O direito à proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária e sem justa causa: aplicabilidade imediata. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3007, 25 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/revita/texto/20069>>. Acesso em: 28 de março de 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. São Paulo: LTR. 2004.

ATRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Luiza Alves Viana¹
Hessen Handeri de Lima²

RESUMO: Este artigo pretende identificar, analisar e definir os limites da transmissão da obrigação alimentar no nosso ordenamento jurídico, ante a morte de seu prestador e conseqüente partilha de seus bens.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Herança. Partilha. Lei Civil.

ABSTRACT: This article aims to identify, analyze and define the limits of the alimony, spousal support, maintenance, palimony, “galimony”, child support and parental support obligation transmission, in our legal system, after his/her provider death and consequent sharing of his/her common inheritance.

KEYWORDS: Alimony, spousal support, maintenance, palimony, “galimony”, child support, parental support. Inheritance. Sharing Inheritance. Civil Law.

¹Acadêmica do curso de Direito IESI/FENORD, graduada em 2014

²Especialista em Direito Público, professora de Estágio Supervisionado do IESI/FENORD

1 INTRODUÇÃO

Na vigência do Código Civil de 1916, o art. 402, dispunha que “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor” que, em decorrência de sua natureza personalíssima, deveria cessar com o óbito do alimentante ou do alimentando. Mas, se houvesse atrasados respondiam por eles os sucessores, porque não constituíam mais pensão, entrando na classe das dívidas que oneravam a herança.

Com a inovação trazida pela Lei nº 6.515/77 (Lei do divórcio) iniciou muitas discussões, especificamente por conta do seu art. 23 que tem a seguinte redação: “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”, na mesma forma do art. 1.796 do Código Civil de 1916, ou seja, remetia a obrigação até o limite da herança. Em razão desta redação, alguns entendiam que esta regra se aplicava apenas aos cônjuges, mas prevaleceu o entendimento de que aplicava-se também aos alimentos devidos em razão do parentesco.

Não obstante, o atual Código Civil dispõe no art. 1.700: “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”. Porém, sua interpretação literal pode causar perplexidade, injustiças e desequilíbrio entre as partes. Assim, para se resguardar a harmonia do sistema deverá haver limites na transmissibilidade da obrigação.

Este limite é entendido na hipótese da ocorrência do óbito do devedor e o mesmo deixar herança, caso em que os alimentos só persistirão até a partilha dela, uma vez que, esta é a solução mais coerente e justa. Destarte, com a partilha do quinhão, os bens do espólio farão parte do patrimônio particular dos herdeiros, circunstância que não subsistirá razão para que os herdeiros arquem com a obrigação alimentar, seja pelo fato de não mais existir espólio, ou mesmo porque o credor de alimentos seja herdeiro do devedor. E caso no decorrer do

inventário, se o alimentando houver se beneficiado pela pensão paga pelo espólio do *de cuius*, ao final haverá o abatimento do valor por ele recebido.

2 DOS ALIMENTOS

2.1 O CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS

Alimentos são tudo aquilo necessário para manutenção da pessoa humana, que esteja de alguma forma incapaz de provê o seu próprio sustento. Nesse liame, os doutrinadores, Farias e Rosenvald aduzem que,

por óbvio, incluem nos alimentos tanto as despesas *ordinárias*, como os gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, quanto as despesas *extraordinárias*, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos... Somente não estão alcançados os gastos supérfluos ou luxuosos e aqueles decorrentes de vícios pessoais (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 761).

Quanto à natureza jurídica, cumpre salientar que Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, preceituam que se trata de direito da personalidade, tendo em vista que, tal instituto visa à proteção da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, ensinam,

no tocante à sua natureza jurídica, convém pontuar que, se os alimentos se prestam à manutenção digna da pessoa humana, é de se concluir que a sua natureza é de *direito da personalidade*, pois se destinam a assegurar a integridade física, psíquica e intelectual de uma pessoa humana (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 761).

Com isso, percebe-se que o significado de alimentos é bem amplo, abrangendo não só os gastos com alimentação, mas também os gastos referentes ao vestuário, à educação, à habitação, aos materiais escolares etc.

2.2 PRESSUPOSTOS DOS ALIMENTOS

Atribui-se três requisitos para a concessão dos Alimentos que, quando preenchidos, nasce para o alimentante a obrigação de pagá-los.

Assim, segundo Fábio Ulhoa Coelho, três requisitos devem estar preenchidos para que os alimentos sejam devidos. Necessariamente aqui aduzidos:

a) alimentante e alimentado são parentes, estavam casados, ou conviviam em união estável, ou em uma relação homoafetiva; b) o alimentado não dispõe de patrimônio ou renda que lhe permita viver de acordo com a sua condição social; c) o alimentante tem patrimônio ou renda que lhe possibilita pagar os alimentos sem desfalque injustificado ao seu padrão de vida (CC, art. 1695) (COELHO, 2013, p. 215).

Ainda para o referido autor,

Os alimentos não se destinam à formação ou majoração do patrimônio do alimentado (RT, 830/323), mas unicamente ao atendimento das necessidades que ele não pode custear com seus próprios meios (COELHO, 2013, p. 215).

No mesmo norte, Dimas Messias de Carvalho expõe,

o art. 1.695 do Código Civil preceitua que são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclama, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento, complementando no art. 1.694, § 1º, que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa reclamada; daí se conclui que, além das fontes legais, são indispensáveis, para a obrigação alimentar, a comprovada necessidade de quem pede, a possibilidade de quem paga e a proporcionalidade de sua fixação (CARVALHO, 2009, p. 401– 402).

A regra geral assegura que os alimentos devem ser proporcionais à condição social do alimentado. No exemplo de Fábio Ulhoa Coelho,

Se Antonio e Benedita, marido e mulher, tinham três filhos, Carlos, Darcy e Evaristo, e sempre mantiveram, com o produto de seu trabalho, a família com determinado padrão de vida - residindo em bairros centrais, dispendo de motorista particular, viajando ao exterior todo ano, vestindo roupas boas, usufruindo de serviços médico-hospitalares de alta qualidade etc. -, os filhos estão obrigados a sustentá-los se eles, na velhice, não conseguirem mais gerar o dinheiro suficiente para tanto. Carlos, Darcy e Evaristo estão obrigados a manter o mesmo padrão de vida que Antonio e Benedita lhes

havia proporcionado, quando lhes competia prover o sustento da família (COELHO, 2013, p. 215).

No caso do exemplo supracitado, os personagens Carlos, Darcy e Evaristo, em regra estão obrigados a manter o mesmo padrão de vida que seus pais Antonio e Benedita mantinham a família. Contudo, se isto acarretar-lhes desfalque injustificado a tal ponto, de um deles deixarem de pagar um bom médico aos seus filhos, o mesmo estará desobrigado a manter o padrão de vida de seus pais.

Por outro lado, o alimentante não está obrigado a sacrificar-se injustamente para dar ao alimentado os alimentos compatíveis com sua condição social.

Cumprido ressaltar que, a relação de parentesco, necessária para concessão da obrigação alimentar, abrange não só aqueles que descendem de um mesmo tronco ancestral, mas, também, a relação decorrida em razão do casamento, da união estável, da relação homoafetiva, da socioafetiva e da adoção, podendo reclamar alimentos aqueles que estiverem impossibilitados de conseguir sua própria manutenção, seja por idade avançada ou qualquer outro motivo relevante.

Então, conclui-se que se o alimentado não der causa a suas necessidades, terá o direito aos alimentos proporcionais a sua condição social, desde que o alimentante possa arcar com o mesmo, sem ficar injustificadamente prejudicado.

2.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DOS ALIMENTOS

Muito embora o enfoque deste trabalho seja trazer à baila a ponderação da transmissão alimentar, vale citar quem estará sujeito a

compor o polo passivo e ativo da obrigação alimentar para maiores elucidações sobre o tema em comento.

Posto isto, enuncia o Código Civil de 2002.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (BRASIL, 2002).

Em uma análise superficial, chegaríamos à conclusão de que os alimentos só seriam devidos entre cônjuges, companheiros e conviventes (união homoafetiva), após as dissoluções das mesmas. Entretanto, esta não é a melhor interpretação, posto que a interpretação do dispositivo acima também se estende aos parentes.

Sendo assim, os polos ativo e passivo da obrigação alimentar irão variar dentre cônjuges e companheiros, após o divórcio, em favor de filhos maiores e capazes, em favor do ascendente-idoso, em favor do nascituro (os chamados alimentos gravídicos), na filiação socioafetiva e entre irmãos. Sempre respeitando a necessidade de quem requer os alimentos e a possibilidade de quem irá arcar com eles, vez que os alimentos não visam à majoração do patrimônio do alimentado.

2.4 DEVER E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Cabe apresentar ainda, a distinção entre obrigação alimentar e dever alimentar. Assim, quanto à obrigação alimentar, trata-se de

imposição aos pais biológicos ou mesmo afetivos, aqui, estará presente a presunção de necessidade alimentícia quanto ao alimentando.

Noutro sentido, o dever alimentar seria mais amplo, pois abarcaria a obrigação existente entre parentes, cônjuges, companheiro homoafetivos e heterossexuais.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald preceitua que,

Em linguagem clara, a obrigação alimentícia ou obrigação de sustento (de manutenção) consiste na fixação de alimentos com base no poder alimentar imposto, de maneira irrestrita, aos pais (biológicos ou afetivos). Normalmente, como se funda no poder familiar, é ilimitada. A outro giro, o *dever alimentar*, ou *de prestar* alimentos, é obrigação recíproca entre cônjuges, companheiros, parceiros homo afetivos e entre os demais parentes (que não sejam pai e filho), em linha reta ou colateral, exprimindo a solidariedade familiar existente entre eles (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 784).

Ocorre que, a obrigação alimentícia referente ao poder familiar (pais biológicos e afetivos), depara-se com a presunção das várias necessidades do filho menor. Porém, ainda que o menor tenha recursos econômicos, os alimentos são devidos, salvo se os pais não tiverem recursos financeiros nem mesmo para se manter, como na hipótese de não se encontrarem exercendo atividade laboral.

Quanto ao dever alimentar, ainda aduzem que,

Já o dever alimentício decorrente do casamento, da união estável, da união homoafetiva ou dos demais vínculos parentais exige que o alimentante (o credor) demonstre, cabalmente, a sua necessidade, não havendo qualquer presunção. O interessado deve fazer prova da sua permanente necessidade para que faça jus à

colaboração material para a sua própria subsistência (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 784 – 785).

Afirmam também que,

Em resumo: a obrigação de sustento dos filhos cessa com a maioridade civil, ao passo que o dever de prestar alimentos pode durar a vida inteira, entre parentes (inclusive entre pais e filhos capazes plenamente que não tenham como se manter), cônjuges, companheiros e parceiros homoafetivos. Distinguem-se, pois, quanto à estrutura e função. Há um elucidativo exemplo: pais têm, por um lado, a obrigação de sustentar os filhos menores, independente de possuírem renda própria, e, de outra banda, lhes toca o dever de alimentar esses mesmos filhos, após a maioridade civil, demonstrada a necessidade, por exemplo, de continuar os estudos. A primeira é fruto do poder familiar, a segunda, do parentesco (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 785).

Portanto, a diferenciação da terminologia está que, na obrigação alimentícia (poder familiar) há presunção de real necessidade de alimentar. Já no dever alimentício, impreterivelmente, o alimentante deverá demonstrar a sua necessidade e conseqüentemente a capacidade do devedor.

3 DA TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Na vigência do Código Civil de 1916, o artigo 402 tratava sobre a não transmissibilidade da obrigação alimentar, dentro de uma dimensão patrimonialista, dispondo que “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”. Assim sendo, tal

obrigação deveria cessar com o óbito do alimentante ou do alimentando. Entretanto, caso existissem parcelas em atraso, respondiam por elas os sucessores, porque não constituíam mais pensão, entrando na classe das dívidas que oneravam a herança.

Posteriormente, a Lei nº 6.515/77 (Lei do divórcio), em seu artigo 23, veio a prever que: “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art.1.796 do Código Civil de 1916”. Assim, inovava, apontando a transmissão da obrigação, até o limite da herança. Neste ponto, alguns entendiam que esta regra se aplicava apenas aos cônjuges, mas prevaleceu a corrente da generalidade, pela qual seria aplicável também aos alimentos devidos em relação de parentesco.

Contudo, com a entrada em vigor do atual Código Civil, foi enunciada a transmissão da obrigação alimentar, aos herdeiros do devedor (art. 1.700, CC). Não obstante, o artigo supracitado não faz referência ao que dispunha o art. 1.716 do Código de 1916, que por sua vez trazia em seu bojo a redação de que os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança, como fez o já mencionado art. 23 da Lei 6515/77. Todavia, apenas indica as pessoas obrigadas à prestação de alimentos.

No entanto, o Direito de Família deve ser interpretado conjuntamente com o direito sucessório, unindo seus princípios, dentre eles os artigos 1.792; 1.997 e 1.821, todos do Código Civil de 2002 os quais, respectivamente, mencionam que: os herdeiros não devem responder por encargos superiores à força da herança; a herança responderá pelas dívidas do falecido e os herdeiros, ultimada a partilha, apenas até a proporção que lhes coube na herança; e que os credores só pedirão o pagamento das dívidas nos limites das forças da herança.

Destarte, se interpretarmos o art. 1.700 “ao pé da letra” iremos ferir a característica personalíssima da obrigação alimentar, pois

haveria interpretações de que os herdeiros responderiam com seus patrimônios particulares pelo encargo de outrem.

Dimas Messias de Carvalho preconiza que,

os alimentos devidos pelo falecido transmitem-se aos seus herdeiros, desde que existam bens suportáveis pela herança e até os seus limites, sob pena, p.ex., da segunda mulher herdeira do marido, ter que continuar pagando alimentos à primeira mulher a quem o falecido devia, mesmo não recebendo bens suficientes (CARVALHO, 2009, p. 419).

Assim sendo, não haverá transmissão se não houver bens para compor a herança e, conseqüentemente não terá herdeiros. Com efeito, diante da ausência de herdeiros não haverá possibilidade de requerer a continuação do pagamento de alimentos por este instituto.

Apesar disto, nada impede que, se o pensionado for parente dos herdeiros e mesmo após a partilha, sobrevier-lhe necessidade para sua manutenção, poderá requerer os alimentos em face daqueles aos quais a lei incumbe arcar com os mesmos. Contudo, vale ressaltar que a obrigação não transfere propriamente aos herdeiros, mas sim aos bens da herança que suportarão este encargo.

É importante lembrar que para que haja a transmissão da obrigação alimentícia, não é necessário que o direito a alimentos tenha sido reconhecido judicialmente, uma vez que o *de cuius* poderia estar pagando a pensão voluntariamente. Assim sendo, nada obsta o ingresso de ação de alimentos contra o espólio, que será responsável pelo mesmo. Com efeito, a obrigação alimentar transmitida recairá sobre os frutos dos bens transmitidos.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também ressaltam que a responsabilidade pela obrigação alimentar recairá

unicamente sobre os frutos dos bens transmitidos e, caso esses bens não os produza (não sejam bens frutíferos), restará, portanto, inexigível o cumprimento da obrigação, que antes vinculava o *de cujos* (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 770).

Acrescente-se que nada mais comedido que a posição que sustenta que somente haverá transmissão da obrigação ao alimentando que não seja herdeiro do espólio deixado pelo falecido, uma vez que terá participação nele, por direito ao quinhão hereditário.

Nesta toada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald exemplificam:

Seria o caso de um irmão que, além de herdeiro, estaria recebendo alimentos do espólio, em detrimento dos demais irmãos se restringiriam à qualidade de herdeiros. Assim, o art. 1.700 da Lei Civil “só pode ter aplicação se o alimentando não é, por sua vez, herdeiro do devedor da pensão” (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 770).

Em contrapartida, os mesmos autores alertam que, tendo em vista o disposto no art. 1.700 do CC/2002, não seria justo que o alimentando ficasse sem receber sua pensão alimentícia no decorrer do inventário, pois comprometeria sua condição de subsistência. Nesta hipótese, com a manutenção da prestação, haverá uma “antecipação da tutela”, cujos valores serão deduzidos do seu quinhão, quando a partilha se ultimar.

No mesmo sentido, Dimas Messias de Carvalho:

Enquanto não for encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o espólio tem a obrigação de prestar os alimentos devidos pelo falecido àquele a quem devia, mesmo vencidos após a sua morte. O alimentando e presumível herdeiro não pode ficar sem

condições de subsistência no decorrer do processo (CARVALHO, 2009, p. 422).

Fábio Ulhoa Coelho diz que,

a rigor, quis dizer a lei, no dispositivo em questão, que o espólio continuará a pagar os alimentos devidos pelo *de cujus* até a partilha, computando-se os valores recebidos como antecipação da quota cabível ao alimentado. É assim que a jurisprudência vinha decidindo antes da entrada em vigor do Código Reale (RT,839/317), e continuou a decidir (Cahali, 2004:246/260). Em nenhuma hipótese, portanto, os alimentos poderão ser pagos além das forças da herança, na parte proporcional ao quinhão do alimentado (cf. OLIVEIRA, 2004 APUD COELHO, 2013, p. 227).

Portanto, o credor de alimentos não pode ficar sem receber sua manutenção até o fim do inventário, assim, o espólio continuará a pagar as prestações vencidas e não pagas, inclusive as vincendas até a partilha.

Maria Helena Diniz cita interessante pronunciamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, aclarando que,

não se examina, aqui, a questão de se saber se essa obrigação persiste uma vez findo o inventário e pagas as quotas devidas aos herdeiros; porém, enquanto isso não acontece, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro do *de cujus*, com direito à sua quota, não pode ficar sem condições de subsistência durante o processo de inventário dos bens deixados (AGUIAR, citado por DINIZ, 2008, p. 569).

Por oportuno, cumpre mencionar que os débitos alimentícios vencidos até o óbito do devedor, são considerados como dívida e, desde que haja herança, devem os herdeiros arcar com o seu pagamento até os seus limites.

Todavia, Dimas Messias de Carvalho alerta que,

o espólio responde pelos débitos de natureza alimentar vencidos até a data do óbito, como qualquer dívida pretérita do devedor que se transmite a seus herdeiros, sem que isto signifique a transferência da própria obrigação, posto que não pode figurar na condição de alimentante, não é devedor de obrigação alimentar (CARVALHO, 2009, p. 420).

Há inclusive que se observar que o art. 1.700, não faz qualquer referência a que tipo de alimentos se transmite aos herdeiros do falecido. Assim, para Maria Helena Diniz (2008), qualquer espécie de alimento decorrente de direito de família é passível de transmissão.

Por fim, se o credor de alimentos falecer, a obrigação alimentar também falece, se extingue. Caso seus herdeiros necessitarem de alimentos, os pleitearão, no exercício de direito próprio a quem estiver obrigado; logo não poderão requerer a manutenção da prestação, como sucessores do falecido.

4 CONCLUSÃO

O Código de 1916, tido como patrimonialista, dispunha pela intransmissibilidade da obrigação alimentar, ou seja, a obrigação alimentar não extinguiria só com a morte do credor de alimentos, mas

também com a morte do devedor, circunstância em que vigorava o princípio personalíssimo, em sua plenitude.

Entretanto, a Lei 6.515/77 (Lei do divórcio) especificamente no seu art. 23, veio a prever a transmissibilidade da obrigação alimentar dentro do limite da herança. Assim sendo, por estar contida na Lei do Divórcio, alguns entendiam que aplicava apenas aos cônjuges, porém, esta não era a maioria, uma vez que a corrente majoritária entendia que se aplicava também aos alimentos, em razão do parentesco.

Com advento do Código Civil 2002, no art. 1.700, o legislador enuncia a transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor.

Destarte, em virtude da Lei, concluímos pela transmissibilidade da obrigação alimentar, porém, diante da obscuridade do artigo supracitado, para que haja a transmissão, devem ser impostos limites.

Assim sendo, precisamos analisar cada caso concreto. Então, se o alimentante for herdeiro e o mesmo necessitar de alimentos, no decorrer do inventário, o espólio terá que arcar com o mesmo. Contudo, tudo aquilo que o herdeiro receber durante o inventário computará como antecipação da quota cabível ele.

Noutro giro, no caso de cônjuge ou companheiro, independentemente dos bens auferirem frutos, haverá a transmissão da obrigação alimentar, uma vez que a obrigação decorre do dever de mútua assistência.

Contudo, sendo o alimentante herdeiro ou não, a transmissão da obrigação alimentar só ocorrerá até a partilha dos bens, momento em que o espólio tornará patrimônio particular de cada herdeiro, uma vez que o patrimônio particular não responde por dívida de terceiro.

Ante o exposto, concluímos pugnando pela transmissibilidade da obrigação alimentar limitada, ou seja, que a mesma perdue somente até a partilha dos bens deixados pelo *de cujus* devedor; e em assim

sendo, será abatido no seu quinhão hereditário os valores recebidos antecipadamente, sob pena de, ao final da partilha, receber duplamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 de jan.de 2014.

BRASIL. **Lei nº11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso: em 03 de jan. de 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e

respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 03 de jan. de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2014.

BRASIL. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 06 de abr. de 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 4. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família:** direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões:** inventário e partilha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

COLUSSI, Aline Frey. **Alimentos e maioridade do alimentado**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/aline__colussi.pdf>. Acesso em: 09 de Jul. de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos devidos por parentes: Limites e extensão da obrigação alimentar**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1926>>. Acesso em: 17 de jul. de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos sem culpa**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_alimentos_sem_culpa.pdf>. Acesso em: 24 de jun. de 2014.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

FARIA, Clarisse. **Transmissibilidade da obrigação passiva alimentar: uma interpretação do art. 1.700 do Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/38/36>. Acesso em: 01 de jul. de 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FIGUEIREDO, Antônio Borges de. **Espólio: a obrigação de prestar alimentos do espólio**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22916239_ESPOLIO_A_OBRIGA>

CAO DE PRESTAR ALIMENTOS DO ESPOLIO.aspx>. Acesso em: 20 de Jun. de 2014.

PEREIRA, Gischkow Sérgio. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANT´ANA, Adelson. **Direito de família**: direito à alimentação. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/vermenu.asp?id_curso=1148>. Acesso em: 15 de jan. de 2014.

SANTANA, Jehnyphen Samira G. de; GARCIA, Pedro Henrique Andrade Vieira, **Obrigação alimentar**: conceito, natureza jurídica, requisitos e características. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/obrigacao-alimentar-conceito-natureza-juridica-requisitos-e-caracteristicas/39343/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BREVE ESTUDO SOBRE ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Flávio Henrique Salomão¹

RESUMO: Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública passou a despertar maiores interesses no cidadão e nos estudiosos do Direito, notadamente do Direito Administrativo. Mas ainda há certa confusão quando querem se referir ao Poder Público. Assim, elaboramos, de forma sintetizada, um estudo sobre Estado, Governo e Administração Pública buscando dirimir eventuais dúvidas quanto a essas três figuras e enfocando a última, já que é com esta que o cidadão tem contato no dia a dia, pois é ela quem atua em nome do Governo, e é ela quem presta os serviços públicos, buscando atingir o fim desejado pelo Estado.

ABSTRACT: With the advent of the Federal Constitution of 1988, the Public Administration began to arouse greater interest in citizen and law scholars, notably of Administrative Law. But there is still some confusion when they want to refer to the Government. So, we developed, synthesized form, a study of State Government and public administration, seeking to resolve any doubts about these three figures and focusing on the last, as it is with this that the citizen has contact on a daily basis, because it is she who acts on behalf of the Government, and she's the one who provides public services, seeking to reach the order desired by the State.

¹ Especialista em Direito Administrativo e em Direito Público. Professor de Direito Administrativo e Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público.

PALAVRAS-CHAVE

Estado – Governo – Administração Pública – Poderes Administrativos
– Princípios Administrativos

KEYWORDS

State – Government – Public Administration – Administrative Powers
– Administrative Principles

1 INTRODUÇÃO

Conhecer os meandros do Poder Público torna-se uma necessidade dos cidadãos, pois estes, cada dia mais, têm interesse em saber o que se passa nos bastidores dos centros de decisões. Percebe-se que há muita desinformação acerca das figuras que compõem essa estrutura estatal detentora desse poder. O cidadão, ao receber notícias passadas pelos meios de comunicação, nem sempre tem a exata noção do que está ocorrendo, seja porque quem passou a notícia desconhece as terminologias empregadas na esfera jurídico-administrativa, seja porque o próprio cidadão não consegue assimilar essa terminologia. Como entender, por exemplo, quando se faz uma crítica a determinado Governo, e essa crítica é feita à pessoa do Governante? É dele toda a culpa? Ou, no sentido contrário, quando se elogia? É somente dele o mérito? Muito embora esse entendimento seja comum, vamos ver que temos como distinguir e separar os atos desse Governante dos demais atos. E mais, se esse é um ato de Estado, de Governo ou da Administração Pública.

Nesse Estado democrático de Direito, onde o indivíduo cada dia mais se vê partícipe ou afetado pelas decisões do Poder Público, deve

esse cidadão saber a quem se dirigir. Desta maneira, ao conhecer essas figuras, o próprio cidadão, e também o estudioso do Direito, saberá referir-se a elas com propriedade, de maneira acertada, sem titubear.

Salutar, então, fazer o estudo acerca dessa estrutura, para conhecermos as responsabilidades de cada um. Certo é que são integradas as figuras de Estado, Governo e Administração, mas não as mesmas coisas. Ou seja, cada uma tem suas competências que, de certa maneira, se complementam. Assim, não há como conceber Estado sem Governo, nem sem Administração; o contrário também é lógico.

2 ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como dito, essas três figuras atuam de maneira integrada, e se completam. Mas é comum confundi-las. Apresentamos, então, breve estudo sobre elas.

2.1 ESTADO

Foi Nicolau Maquiavel (1469–1527) quem, no Século XVI, escreveu a célebre obra *O Príncipe*, onde se adota, pela primeira vez, a expressão *status* com o sentido atual de Estado.

Nas formas de Estado, encontramos primeiramente a Confederação, depois a Federação e, finalmente, o Estado Unitário: Confederação é uma reunião de Estados soberanos que se unem por um tratado internacional, que os obriga a submeterem-se a determinadas exigências; na Federação o Estado perde sua soberania, porque esta fica

delegada a um ente central, geralmente denominado de União, como é o caso do Brasil; Estado Unitário é aquele que somente possui um centro de decisão política com os respectivos Poderes, recaindo sobre eles todos os atributos da soberania, sem qualquer delegação interna. (ANDRADA, 1998, p. 53)

2.1.1 Origem do Estado

O homem, ainda que forma rudimentar, sempre viveu em sociedade, pois, como disse Aristóteles (384-322 a.C), “o homem é um ser gregário”. Por sua própria condição, e para sua sobrevivência, ele necessita de uma organização. Essa organização, por sua vez, necessita de poder. Assim, o homem cria o Estado. Foi Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) quem enfrentou um dilema:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pelo qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça a todos senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente (ROUSSEAU, 2007, p 26).

Os seres humanos acham vantajoso viver em comunidade, mas seus desejos, ao contrário do que ocorre com as abelhas em uma colmeia, são enormemente individuais – surgindo daí a dificuldade da vida social e a necessidade de governo (RUSSELL, 1957).

Várias são as teorias que tentam, cada uma à sua maneira, explicar a origem do Estado. Aqui, para não estendermos, citamos três

delas: teoria da origem familiar; teoria da origem contratual e teoria da origem violenta do Estado.

2.1.1.1 Teoria da Origem Familiar

Para alguns antigos teóricos, a origem do Estado está no seio familiar e o Estado é a ampliação da família. Para Fustel de Coulanges (1830-1889), a família é o primeiro agrupamento que fez as vezes do Estado.

Não há dúvidas de que a sociedade em geral deriva da família, por isto se diz que a família é a célula da sociedade. Mas, sociedade humana e sociedade política não são sinônimas, pois, exatamente quando o homem emancipa-se de sua família pela maioria ou por outros meios, como o casamento, por exemplo, é que ele efetivamente entra na sociedade política.

2.1.1.2 Teoria da Origem Contratual

Segundo Thomas Hobbes (1588-1679), havia duas categorias de Estados: real e racional. O Estado que se forma por imposição da força, é o Estado real, enquanto que o Estado racional provém da razão, segundo a fórmula contratual. Em sua obra *Leviatã*, Hobbes construiu uma teoria segundo a qual o Estado teve como origem o contrato celebrado entre os indivíduos enquanto estes se encontravam no estado da natureza. O autor comparou o Estado civil, em razão de seu poder e força, ao monstruoso peixe bíblico descrito no capítulo 41 do Livro de

Jó, onde, entre outras passagens, diz: “Ele do alto tudo vê; é rei sobre todos os filhos da soberba”. Para Hobbes, nessa analogia, aquele grande Leviatã a que chamamos *civitas* ou Estado, nada mais é que:

[...] um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pelos quais, ligados ao trono da soberania, todas as juntas e membros são levados a cumprir seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força; a *salus populi* (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte (HOBBS, 2004, p. 9) (Tradução nossa).

Conforme o autor, o pacto entre os homens seria expresso, através da seguinte cláusula: “autorizo e transfiro a este homem ou assembleia de homens, meu direito de governar-me a mim mesmo, com a condição de que vós transferireis a ele vosso direito, e autorizareis todos seus atos da mesma maneira” (HOBBS, 2004, p. 120). Assim, com este pacto estaria criado o Estado, ou *civitas*.

Tal como Hobbes, Locke e Rousseau são considerados como pertencentes a esta categoria, tanto é assim que Rousseau (2007, p. 42), em sua obra afirmou que o “Estado é convencional, é resultado da

vontade geral que é a soma da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos”.

2.1.1.3 Teoria da Origem Violenta

Também conhecida como Teoria da Força, era defendida por aqueles que admitiam que o Estado, ou nasce da convenção, ou da violência dos mais fortes. Esta teoria afirma que a organização política resultou do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos.

Foi Hobbes quem também fez sua principal sistematização nos tempos modernos. A maioria dos sociólogos defensores desta teoria vê na sociedade o produto da luta pela vida; nos governantes a sobrevivência dos mais aptos; na estrutura jurídica dos Estados a organização da concorrência.

Assim, são estas as três teorias mais usuais que tentam justificar a origem deste que nos abriga, como um de seus elementos.

2.1.2 Conceito de Estado

Conceituar e fazer com que esse conceito seja aceito e adotado, nem sempre é possível, pois, de conformidade com Maluf (2013), não há nem pode haver uma definição que seja geralmente aceita. As definições são pontos de vista de cada doutrina, de cada autor. Encontrar um conceito de Estado que possa satisfazer a todas as correntes doutrinárias, é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos

aspectos e, mais, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores (DALLARI, 2002, p. 115).

Na antiguidade romana, a palavra *estado* denotava situação ou condição de uma coisa ou pessoa.

Para Carvalho, assim, eram utilizados: a) *status civitatis*, para classificar os indivíduos em romanos e estrangeiros, segundo sua posição na sociedade política; b) *status libertatis*, para classificá-los em livres, libertos ou escravos, atendendo o grau de autonomia pessoal; e c) *status familiae*, para classificá-los em *sui juris* e *alieni juris*, capazes ou incapazes de exercer seus direitos (CARVALHO, 2002, p. 17).

Para Meirelles, o conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado: do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de poder de mando originário; sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de mando e de coerção; sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana (MEIRELLES, 2009)

O Estado é, ao mesmo tempo, um complexo político e um complexo jurídico. O Estado é a sede do poder político. Alguns o identificam como o próprio poder, para outros é um instrumento do poder, há ainda quem o mencione como forma de poder (DALLARI, 2002).

Segundo os internacionalistas G. E. do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly (2002, p. 82), Estado “É um agrupamento humano estabelecido permanentemente em um território determinado e sob um governo independente”.

Estado é, portanto, “Ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo localizado em determinado território” (DALLARI, 2002, p. 118).

2.1.3 Poderes do Estado

Aristóteles, ainda na Antiguidade, já pensava em uma separação dos poderes. Ele sustentava que um governo deveria estar composto por uma assembleia deliberante (a que legisla), o mando (o soberano) e a justiça (juizes). Mas, na Inglaterra, no Século XVII, foi que, pela primeira vez ocorreu sua aplicação.

Sem dúvidas, quem melhor formulou a teoria da separação dos poderes foi Montesquieu (1689-1755). Seu legado, com a obra *O espírito das leis* (1748), sobretudo no Capítulo XI, onde trata sobre a Teoria da separação dos poderes, é de suma importância para o estudo aqui desenvolvido.

É sabido que o poder do Estado é uno, indivisível; o que se divide são suas funções. Parece equivocado dizer que ele dispõe de três poderes, como faz crer a clássica divisão feita por Montesquieu. Mais correto seria dizer que ele dispõe de três funções: executiva, legislativa e judiciária.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil diz que: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Então, conforme dispõe a citação constitucional acima, os Poderes são o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Estes, por sua vez, exercem as seguintes funções:

- a) O **Poder Legislativo** – são suas funções **típicas** elaborar leis e fiscalizar os atos do Poder Executivo;
- b) O **Poder Judiciário** – são suas funções **típicas** proteger a Constituição e exercer a jurisdição, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto. Em um Estado de Direito, como o Brasil, todos se submetem

igualmente à força da lei, e compete ao Judiciário fazer observar a lei no caso concreto.

c) O Poder Executivo – são suas funções típicas executar as leis e encaminhar projetos de novas leis conforme a necessidade do Estado e do povo.

Nos países presidencialistas, como o caso do Brasil, o Poder Executivo é representado, no plano nacional, por seu Presidente, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelo art. 84 da Constituição Federal. Mas há outros níveis de governo como o estadual e o municipal, onde as competências do governador e dos Prefeitos Municipais são atribuídas por suas respectivas constituições e leis orgânicas.

Carvalho (2008, p. 167) diz que Montesquieu formulou ainda a técnica do equilíbrio dos três Poderes, distinguindo a faculdade de estatuir da faculdade de impedir, em razão da dinâmica dos Poderes, antecipando assim a noção da técnica dos freios e contrapesos (*checks and balances*): o veto utilizado pelo Poder Executivo no Brasil é um exemplo da faculdade de impedir ou frear proposta legislativa.

2.1.4 Elementos do Estado

Dizer o que é necessário para seu reconhecimento, e como se dá o reconhecimento do Estado, é matéria ainda controversa. A maioria da doutrina é concorde em dizer que para que seja merecedor de reconhecimento pelos outros, o Estado deve conter os seguintes elementos: povo, território e governo soberano. Mas há quem diga que existe um quarto elemento a ser considerado: a finalidade.

Aqui apontaremos esses três elementos mais presentes nas

doutrinas e, também, este quarto, embora não seja ele muito apresentado como tal.

2.1.4.1 Povo

É o conjunto de indivíduos que circulam sobre a base física do Estado em caráter permanente, subordinando-se ao governo independente. São tanto os nacionais quanto os estrangeiros, inclusive com distinções legais entre uns e outros, entretanto, com direitos fundamentais igualmente assegurados, conforme dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se **aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (g. n.) (BRASIL, 1988).

Se quanto aos direitos civis de brasileiros e estrangeiros residentes há um tratamento mais igualitário, o mesmo não podemos dizer quanto aos outros direitos, como o político, por exemplo, pois a mesma Constituição Federal dispõe em seu art. 14, § 2º, que “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros”, e também quanto aos direitos públicos, como, *e. g.*, tratando-se de acesso a cargos públicos, pois ainda que nossa Constituição tenha previsão em seu art. 37, inciso I, que “os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros e estrangeiros na forma da lei”, ainda não há a lei que regulamenta este dispositivo.

Também, dentro dessa massa humana, há aqueles que mesmo sendo brasileiros, mas naturalizados, sofrem restrições constitucionais, pois a própria Constituição Federal dispõe, em seu art. 12, inciso II, § 2º, que: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”. Assim, no mesmo art. 12, inciso II, § 3º, está disposto:

- § 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:
- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
 - II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
 - III - de Presidente do Senado Federal;
 - IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
 - V - da carreira diplomática;
 - VI - de oficial das Forças Armadas.
 - VII - de Ministro de Estado da Defesa

Então, pelo exposto acima, ainda que se possa dizer que todos são iguais perante a lei, essa diferença é posta pela própria lei, neste caso, pela lei maior, que é a Constituição.

2.1.4.2 Território

Segundo Dallari (2002, p. 86),

A noção de território, como componente necessário do Estado somente apareceu com o Estado Moderno, entretanto, à semelhança do que ocorreu com a soberania, isso não quer dizer que os Estados anteriores não tivessem território.

Território é o espaço delimitado onde se estão os demais elementos – povo e governo – e onde o Estado exerce, válida e de maneira permanente, sua jurisdição, sua soberania e domínio exclusivo. Segundo Kelsen (1881-1973) “é a base física, o âmbito geográfico da Nação, onde ocorre a validade de sua ordem jurídica” (KELSEN, *apud* CARVALHO, 2002, p. 46). Compreende o solo, o subsolo, as ilhas marítimas, fluviais e lacustres, a plataforma continental, o mar territorial, o espaço aéreo e as águas interiores e litorais.

2.1.4.3 Governo Soberano

É mais comum denominar-se Governo este terceiro elemento, embora alguns doutrinadores prefiram denominá-lo de Governo Soberano. É certo que se subdivide em:

- a) Governo – É a autoridade que exerce, de forma efetiva e estável, o poder político sobre a população no território do Estado, observando os parâmetros legais; e
- b) Soberania – É o poder que, no plano interno, está legalmente acima de todos os outros, e na esfera internacional, encontra-se em condições de igualdade com os demais Estados, não se subordinando a nenhum deles, naquilo que pode ser denominado de “anarquia internacional”.

2.2 GOVERNO

Não é difícil de confundir-se Governo com Administração, pois,

para o leigo, parecem ser a mesma coisa. No entanto, têm diferenças, como aprendemos com os ensinamentos de Meirelles (2009, p. 65) que diz que:

Governo, em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; e em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos.

São várias as formas de Governo: chama-se forma de governo o conjunto de instituições políticas por meio das quais um Estado organiza-se com o fim de exercer seu poder sobre a sociedade. Os governos podem ser monárquicos, republicanos ou anárquicos.

Aristóteles (1960) diz que as formas de Governo são subdivididas em dois grupos: o de *formas puras* (governo para o bem geral) e o de *formas impuras* ou viciadas (governo para o bem individual ou de um grupo). Os de formas puras são: Monarquia (governo de um só), Aristocracia (governo de vários) e Democracia (governo do povo); os de formas impuras são: Tirania (uma corrupção da Monarquia), Oligarquia (corrupção da Aristocracia) e Demagogia (corrupção da Democracia)

Em sua obra A Política, livro III, cap. V, § 1, Aristóteles faz uma síntese de toda sua concepção em relação às formas de governo:

Visto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, visto que o governo é a autoridade suprema nos Estados, e que forçosamente esta autoridade suprema deve repousar nas mãos de um só, ou vários, ou de uma multidão, segue-se que desde que um só, ou vários, ou a multidão, usem da autoridade com vistas ao interesse geral, a constituição é pura e são forçosamente; ao contrário, se se governa com vista ao

interesse particular, isto é, ao interesse de um só, ou de vários, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida; porque de duas cousas uma: é preciso declarar que os cidadãos não participam do interesse geral, ou dele participam (ARISTÓTELES, 1960, p. 111).

De esclarecer que Governo tem vontade política e atua de forma autônoma; ocorre que a vontade do governo se materializa através da Administração Pública. Também, Governo é objeto de estudo de Direito Constitucional e Administração Pública é objeto de Direito Administrativo.

Foi Marienhoff quem fez esclarecedora distinção:

[...] hoje se entende por governo a alta direção, a impulsão que parte do centro para ativar os negócios no sentido de uma boa política e do interesse geral. A ação complementar do “governo”, subordinada ao mesmo, é “administração”. [...] Esmein equiparava a sociedade política a uma máquina. O governo seria o motor. Os funcionários da Administração, seriam os órgãos de transmissão e as peças da máquina” (1977, p. 63, Tradução nossa).

É assim, o Governo, que é essa alta direção, necessita de uma estrutura composta de órgãos públicos e de agentes públicos para fazer chegar até os cidadãos seus objetivos, sua vontade política, seus planos de governo. Essa estrutura necessária é denominada de Administração Pública.

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há consenso entre os autores no sentido de que a expressão “Administração Pública” é de certo modo duvidosa, exprimindo mais de um sentido. Uma das razões para isso é a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução. Exatamente por isso é que, para melhor precisar o sentido da expressão, devemos dividi-lo sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro (CARVALHO FILHO, 2013).

Corroborando, Marienhoff assim disse:

A noção conceitual de Administração, considerada esta como uma das funções essenciais do Estado, é controvertida no terreno doutrinário. As opiniões são diversas. Não somente se requer caracterizar a Administração frente a outras funções estatais essenciais – legislação e justiça -, como também, corresponde optar pelo ponto de vista em que será considerada: o objetivo, substancial ou material, ou o ponto de vista subjetivo ou orgânico (MARIENHOFF, 1977, p. 42, Trad. Nossa).

Nos ensinamentos de Di Pietro (2009), aprendemos que, em sentido amplo, a Administração pública abarca, em sentido objetivo, os órgãos governamentais (Governo), e os órgãos administrativos (Administração Pública em sentido estrito e próprio), e, em sentido objetivo, a função política e administrativa.

2.3.1 Conceito de Administração Pública

É da excelente obra de Diógenes Gasparini que extraímos o significado de “administração”. Segundo o autor:

Dada a etimologia do vocábulo “administração” (*manus, mandare*, cuja raiz é *man*) é lhe natural a ideia de comando, orientação, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se se entender sua origem ligada a *minor, minus*, cuja raiz é *min*. De qualquer modo, a palavra encerra a ideia geral de relação hierárquica e de um comportamento eminentemente dinâmico (GASPARINI, 2006, p. 44).

No tocante à Administração Pública, não há como estudar esse assunto sem passar pelos ensinamentos de Marcello Caetano, que diz:

Administração Pública, em sentido material, é o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados (CAETANO, 2008, p. 5).

Segundo o escólio de Di Pietro, o conceito de Administração Pública se divide em dois sentidos:

Em **sentido objetivo, material ou funcional**, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. **Em sentido subjetivo, formal ou orgânico**, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (DI PIETRO, 2009, p. 54).

Visto esse rol de conceitos, conclui-se que a Administração Pública é aquela estrutura necessária ao Governo para levar adiante suas pretensões para atendimento às demandas de uma coletividade ou de seus próprios interesses. E essa estrutura é composta de órgãos públicos e entidades públicas que, por sua vez, dispõem de agentes públicos para a consecução de seus objetivos.

Tratando sobre a atuação material da Administração Pública, Cassagne disse que:

A atuação da Administração se realiza através de atos ou fatos que traduzem o exercício ou realização de atividades de diversa quanto a sua essência ou substância material. Por sua própria natureza, a Administração Pública desenvolve uma atividade material e objetivamente administrativa, de alcance individual e concreta, tendente a satisfazer, de forma imediata, as necessidades do bem comum ou de interesse público, cuja concreção resulta indispensável em toda comunidade juridicamente organizada. Tal é sua atividade predominante. (CASSAGNE, 2002, p. 11, Trad. Nossa)

É Pessoa quem esclarece que uma maneira de se vislumbrar a variada atividade estatal, em especial a administrativa, é dividi-la em

atividades-meio, ou instrumentais, e atividades-fim, sendo que estas últimas são aquelas que justificam a própria existência do Estado, e que as atividades-meio servem somente a seu aparato ou instrumentalização, e exemplifica:

Entre as atividades-fim do Estado poderíamos elencar: as atividades de controle social; as atividades de gestão administrativa; as atividades de controle social e econômico; atividades de relacionamento com outros Estados, muito constantes em nossos dias. Tais atividades, num plano jurídico, podem corresponder a alguma das funções clássicas do Estado, de caráter legislativo, administrativo e jurisdicional.

Entre as atividades-meio poderíamos citar: a captação de recursos financeiros, através da instituição e cobrança de tributos e contribuições, captação de empréstimos ou venda do seu patrimônio; a gestão dos recursos financeiros; o recrutamento de agentes públicos, através de eleições (agentes políticos) ou concursos públicos (caso dos servidores públicos); aquisição de meios materiais necessários, tais como a compra de bens e serviços, a construção de prédios para as repartições públicas, etc.

No que diz respeito às atividades administrativas do Estado, objeto próprio da disciplina do Direito Administrativo, as mesmas podem apresentar os dois aspectos acima apontados, ou seja, podem ser atividades-meio (v.g., organização administrativa, admissão de servidores, compra de material de expediente) ou atividades-fim, como a prestação de serviços públicos e a imposição administrativa de limitações à liberdade e à propriedade (poder de polícia) (PESSOA, 2003, p. 83-84).

Em uma visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparato do Estado preordenado à realização de seus serviços, objetivando a satisfação das necessidades coletivas. A Administração Pública não pratica atos de governo; pratica somente atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos. Mas, para atuar, ela necessita de poderes, que são os poderes administrativos.

2.3.2 Poderes Administrativos

Como é próprio de quem atua em nome de outro, a Administração Pública, para atuar, necessita de poderes. Assim, os poderes dos quais é dotada a Administração Pública são aqueles necessários e proporcionais às funções à mesma determinada. Em outras palavras, a Administração Pública é dotada de poderes que se constituem em instrumentos de trabalho. Os poderes administrativos surgem com a Administração Pública e se apresentam de conformidade com as demandas dos serviços públicos, o interesse público e os fins os quais deve atingir.

Esses poderes aparecem de várias maneiras. A mais ampla classificação diz que são: a) quanto à margem para a prática de seus atos ou tomada de decisões: *poder vinculado* e *poder discricionário*; b) quando visa a Administração a colocar uma ordem ou uma sanção a quem a ela se vincule: *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; quando visa criar uma norma ou a regulamentar algo: *poder normativo* ou *regulamentar*; e quando visa restringir os direitos e interesses individuais em proveito dos interesses públicos: *poder de polícia*.

Como diz Marienhoff (1977, p. 37) não há que confundir-se “poder”, que é atributo estatal, com “potestades”, que, no que diz respeito a seu exercício, podem ser prerrogativas inerentes a uma função, *v. g.*, da função correspondente à Administração Pública, pois esta, certamente, tem diversas potestades: a regulamentar, a imperativa, a sancionadora, etc..

2.3.3 Princípios Básicos da Administração Pública

Também denominados de princípios *norteadores*, são aqueles que apontam uma direção ou objetivo para a Administração Pública. São como uma bússola para a Administração e seus agentes públicos.

A conduta da Administração Pública e de seus agentes tem que ser idônea, reta, proba. Assim, a Lei nº 8.429/92, que trata sobre a improbidade administrativa, diz, em seu art. 11, que é ato de improbidade atentar contra os princípios básicos da Administração Pública. Por sua vez, a Constituição Federal, em seu art. 37, traz que:

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

Desta maneira são, conforme o dispositivo constitucional acima, princípios básicos da Administração Pública os seguintes: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Mas, estes são os princípios explícitos; entretanto, outros princípios também regem a

Administração Pública, e são chamados de princípios implícitos. Sobre este assunto Meirelles disse que:

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: *legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público*. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, *caput*, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.01.1999 (MEIRELLES, 2009, p. 88).

Faremos uma breve exposição sobre aqueles princípios expressos no precitado art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

2.3.3.1 Legalidade

A ação dos agentes e órgãos públicos há de pautar-se exclusivamente dentro dos limites definidos pela lei. O particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza. Quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não é proibido, é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade algum a ser obedecido. É ela criada pela

Constituição e pelas leis como instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Sendo assim, cumprirá melhor seu papel quanto mais vinculada é à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. (BASTOS, 2002, p. 42-43)

Segundo Dromi, o princípio da legalidade é a coluna vertebral da atuação administrativa e por ele pode concebê-lo como externo ao procedimento, constituindo simultaneamente a condição essencial para sua existência, e implica necessariamente que: a) toda atuação administração deve sustentar-se em normas jurídicas, qualquer que seja sua fonte; b) deve haver uma hierarquia normativa, a fim de preservar o normal desenvolvimento da ordem jurídica; c) deve manter uma igualdade jurídica sem conceder prerrogativas ou privilégios a uns e negar arbitrariamente direitos a outros; d) todo ato da Administração deve encontrar sua justificação em preceitos legais e fatos, condutas e circunstâncias que o causem. Deve haver uma relação lógica e proporcional entre o conseqüente e os antecedentes, entre o objeto e o fim; e) subordinação do ordenamento jurídico à ordem política fundamental plasmada na Constituição (DROMI, 2009, p. 1111-1112).

Marienthoff diz que:

Este princípio impõe à Administração uma espécie de regra psicológica: a obrigação de levar em conta, em sua ação, o interesse público; é esta a finalidade essencial de toda atividade administrativa. O desconhecimento ou abandono deste dever pode viciar o respectivo ato, incorrendo, por exemplo, em “desvio de poder”, que é uma das formas que se concretiza a “ilegitimidade” (MARIENHOFF, 1977, p. 70, Trad. nossa).

Em resumo, a legalidade impõe à Administração Pública uma forma de atuar onde não há liberdade como existe numa atividade

particular. É necessário que antes de atuar haja previsão legal e seus atos serão de conformidade com essa previsão. E é desta maneira para que se possa ter um controle sobre esses atos administrativos, pois, se não tivesse essa “amarra” legal, se tivesse liberdade o administrador público, seria difícil fazer esse controle.

2.3.3.2 Impessoalidade

É vedada a prática de atos que objetivem “preferir” ou “preferir” alguém. Não é admissível que a Administração dispense tratamento diferenciado às pessoas que estão na mesma condição. É o mesmo que a finalidade, ou seja, deve a Administração Pública, a todo tempo, buscar atingir o fim público, o interesse público, que é a própria razão de ser do Serviço Público. É este o ensinamento de Meirelles:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (artigo 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal (MEIRELLES, 2009, p. 93).

Com o magistério de Medauar, aprendemos que:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações produzidas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismos, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de

polícia. Busca, deste modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos se finalizam ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais (MEDAUAR, 2003, p. 138).

Pessoa disse que “Encontramos referência expressa a este princípio no art. 37, *caput*, da Constituição, se permitindo, desde logo, perceber sua íntima relação com outros princípios igualmente albergados no texto constitucional, tais como os da igualdade e moralidade administrativa” (PESSOA, 2003, p. 95).

Este princípio demonstra que o agente público nada mais é que um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente público, mas da entidade pública em nome do qual atuou (MORAES, 2002, p. 100).

2.3.3.3 Moralidade

Conceituar moralidade é tarefa das mais difíceis. Vários são os autores que tentaram, poucos são os que conseguiram. É bem certo que cada indivíduo deve ter uma noção do que seja algo moral e o que seja imoral. Esta é a moral do sentido comum. Se é desta maneira com a moral comum, mais ainda com a moral administrativa ou pública. Sobre o conceito de moral, Marienhoff assim disse:

O Conceito de “*moral*” inclui o de “bons costumes” e o de “boa fé”. São conceitos correlativos e

interdependentes. A conduta reta, consonante à ordem jurídica, os procederes e intenções acordes com as máximas exigências da dignidade, hão de constituir a essência de todo ato administrativo. Este rege qualquer que seja a índole do ato, seja ele unilateral ou bilateral, constitui um imperativo para a Administração Pública e para o administrado. A “*astúcia*” - que nem sempre chega a constituir um vício da *vontade*—e o indevido aproveitamento do mero erro material ou mecânico, por exemplo, devem ser substituídos definitivamente pelas atitudes generosas, pelo critério amplo próprio do estadista e pela lealdade recíproca das partes (MARIENHOFF, 1977, p. 525, Trad. Nossa).

A moralidade administrativa é um dos pressupostos de validade dos atos da Administração Pública. Como os atos administrativos têm efeitos no mundo jurídico, essa moralidade é a que é extraída do ordenamento jurídico, pois não basta que os atos sejam somente legais, é necessário que sejam também morais, do contrário, serão viciados. Marienhoff (1977) é enfático ao dizer que a moralidade é um elemento essencial do ato administrativo.

Quem traz uma noção límpida sobre a moralidade é Alexandre de Moraes, e, segundo ele:

Pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (MORAES, 2002, p. 101).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIII, assim dispõe:

LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus da sucumbência. (g. n.).

Para regulamentar este dispositivo, foi criada a Ação Popular através da Lei nº 4.717/1965. Tal ação é um grande instrumento à disposição dos cidadãos no exercício do controle externo dos atos da Administração Pública.

2.3.3.4 Publicidade

Os atos administrativos, em geral, são públicos e, para que possam surtir efeitos jurídicos, têm que ter publicidade. Não se admite que os atos sejam praticados às ocultas. José Afonso da Silva (2009, p. 669), disse que “o Poder Público, por ser público, deve atuar com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.

As exceções são quanto aos atos que requeiram sigilo, como, p. ex., nas investigações e em casos de segurança nacional. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LX, relativiza esse princípio ao dizer que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. No inciso X do mesmo artigo, restringe, uma vez mais, tal princípio, quando diz que “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”.

Este princípio, então, impõe que os atos administrativos devem ser conhecidos pelo público para que possa surtir efeitos jurídicos e para que qualquer um possa se manifestar acerca daquele ato.

2.3.3.5 Eficiência

Sob a Reforma Administrativa implantada pela Emenda Constitucional nº 19, em 4 de junho de 1998, surgiu o **princípio da eficiência**. Assim, a Constituição Federal passou a ter, em seu artigo 37, *caput*, uma nova redação, acrescentando-se tal princípio. A partir dessa reforma, a Administração Pública brasileira deixa de ser burocrática para tornar-se gerencial. Há quem entenda que não era necessário trazer como novo princípio, uma vez que já não era permitido que a Administração fosse ineficiente.

Este novo princípio impõe novas formas de administrar, fazendo com que a Administração Pública atue em busca de resultados que sejam favoráveis à consecução de consecução de seus objetivos.

O princípio da eficiência, de acordo com Gasparini (2006) impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.

Vale ressaltar que mesmo antes de ser consagrada como princípio, a eficiência já era um dever da Administração Pública, pois não se pode conceber uma atuação do Poder Público que não seja buscando atingir os fins públicos com a mais perfeita qualidade.

3 CONCLUSÃO

Buscou-se, com este trabalho, fazer um breve estudo sobre Estado, Governo e Administração, bem como seus princípios. É que o cidadão hoje está mais atento à *res pública*, e não aceita mais aquele Estado concebido por Maquiavel, onde autoridade - *O Príncipe* - está acima de tudo, permitindo ao soberano exercer seu poder sem as amarras do direito e da moral. O Estado também não pode ser somente como aquele imaginado por Hobbes - *O Leviatã* - que do alto tudo vê. É claro que o soberano deve exercer seu poder, mas de maneira controlada, e o Estado deve estar lá em cima, mas mirando as necessidades de seu povo. Segundo Rousseau, soberana é a vontade geral, e esta é a expressão global dos interesses e dos sentimentos da sociedade. Não podemos mais conviver com um Estado inerte, alheio aos interesses de sua coletividade. O Estado tem que tornar-se ultramoderno, ágil, eficiente e eficaz, pois seu povo moderniza-se e quer respostas rápidas a seus anseios. Consequentemente, o cidadão não aceita mais essa paquidermia do Estado brasileiro. E, o que é o Estado para o cidadão senão aquela estrutura criada para atendê-lo? Essa estrutura nada mais é que a Administração Pública. É através da Administração Pública que o Estado materializa suas vontades. Por sua vez, é através da Administração Pública que o cidadão tem contato como Estado. E, o que é a Administração Pública para esse cidadão senão aquela que presta serviços públicos e pratica seus atos voltados para uma coletividade? Então, esse cidadão quer que essa Administração seja tudo aquilo que ele espera do Estado. Mas, o que pode o cidadão esperar da Administração Pública? Deve ele esperar que os atos administrativos sejam editados e praticados com o objetivo de um atendimento ao interesse público, pois, ao governante não se

confere o poder público para seu interesse particular, mas para o bem geral. Só pode, portanto, ordenar o que seja proveitoso para o bem comum.

O cidadão está sufocado, e manda um recado: Não há mais espaço para a incompetência na Administração Pública! Quem sabe essas manifestações que grassam pelo Brasil possam surtir efeitos sensíveis na Administração Pública, trazendo mais qualidade e eficiência em seus serviços.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Bonifácio de. **Ciência política**: ciência do poder. São Paulo: LTr, 1998.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Atena, 1960.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05_fev_2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05_fev_2015.

_____ **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm> Acesso em: 13_mar_2015.

_____ **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo e emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 15_mar_2015.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático.** 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo.** 7. ed. actual. Buenos Aires; AbeledoPerrot, 2002. Disponível

em<<http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>>Acesso em:
15_mai_2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 12. ed., act. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Escala, 2007.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O contrato social ou Princípios do direito político**. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2007.

RUSSELL, Bertrand. **O poder: Uma nova análise social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

SILVA, G. E. do Nascimento e, ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL E A SÚMULA 438 DO STJ

Gylliard Matos Fantecelle¹

Marciano Rogério da Silva²

RESUMO: Aborda de forma sistemática as “Espécies de Prescrição Penal” constantes do Código Penal Brasileiro e seus efeitos práticos no âmbito processual penal. Analisa a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça e sua importância no estudo das prescrições penais.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo penal. Extinção da punibilidade. Prescrições Penais. Súmula 438 do STJ.

ABSTRACT

Talks systematically about the "Criminal Prescription Species" listed in the Brazilian Penal Code and those practical effects in the criminal justice context. Analyzes the scoresheet 438 of the Superior Court of Justice and its importance in the study of criminal prescriptions.

¹ Mestre pela UNIDA/UFES – Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Ciências Criminais pelo LFG/UNAMA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE. Professor titular em Direito Penal e Processual Penal nas Faculdades de Direito da DOCTUM e FENORD. Professor no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE. Membro do IBCCRIM. Advogado.

² Mestre pela UNIDA/UFES – Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Nordeste Mineiro (2007) - FENORD. Professor titular em Direito Penal na Fundação Educacional do Nordeste Mineiro - FENORD. Professor no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE.

Keywords: Criminal. Criminal proceedings. Extinction of punishment. Criminal requirements. Precedent 438 of the STJ.

1 INTRODUÇÃO

O tema prescrição penal possui relevante influência no âmbito do processo penal brasileiro, pois a despeito de outras matérias, pode levar a extinção dos autos sem maiores delongas.

Talvez por isso, ao longo dos anos e através de algumas alterações legislativas, chegou-se a um número significativo de “Espécies de Prescrição Penal”, pois uma das garantias processuais de qualquer cidadão é ser processado dentro de um período de duração razoável (art.5º, LXXVIII, CF/88), ou seja, dentro de um processo que tenha prazo para começar e terminar.

O reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição está ligado à dignidade da pessoa humana que, dentre vários direitos fundamentais, possui o de não ser processada *ad infinitum* ou perpetuamente. Afinal de contas, a simples existência de um processo que não termina pode caracterizar um constrangimento ilegal sanável via *habeas corpus* (art. 648, VII, CPP).

Ainda nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça, visando regulamentar uma das espécies de prescrição penal criou a Súmula 438, cujo verbete foi duramente criticado pela comunidade acadêmica, pois

ao que tudo indica, caminhou na contramão aos princípios da celeridade e da efetividade.

De qualquer forma, o tema ligado às “Espécies de Prescrição Penal” merece maior atenção dos operadores das ciências jurídicas, sobretudo, porque existe uma confusão generalizada acerca do assunto. Ademais, temos ainda crimes imprescritíveis (art.5º, XLII e XLIV, CF/88) que também merecem análise apurada.

O presente estudo, por sua vez, objetiva esclarecer a existência das várias “Espécies de Prescrição Penal”, e a aplicabilidade da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça.

O singelo trabalho não tem o escopo de esgotar o assunto, mas apenas de lançar luzes para uma caminhada mais profunda e segura sobre o tema no futuro.

2 CONCEITO

Para facilitar a compreensão do assunto, é sempre bom relembrar o conceito de prescrição penal e seus dispositivos legais.

Nos dizeres de JESUS (2008, p. 21), a "prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo", isto é, o

Estado perde o direito de ver satisfeitos o principal objetivo do processo.

Ainda segundo o magistério de JESUS (2006), na prescrição, a pretensão do Estado é extinta diretamente. Em face disso, o direito de ação é atingido por consequência. Na decadência, ao contrário, em primeiro lugar é extinto o direito de ação e, por via indireta, é atingida a punibilidade.

Assim, a prescrição se caracteriza pela a perda do direito de punir do Estado pelo transcurso do tempo. De acordo com o artigo 61 do Código de Processo Penal em vigor (Dec. Lei 3.689/41), a prescrição deverá ser determinada de ofício, pelo juiz, ou por provocação das partes em qualquer fase do processo.

3 NATUREZA PROCESSUAL

Muito se debate acerca da natureza jurídica da prescrição penal. A Doutrina majoritária entende ser um instituto de direito material; uma segunda corrente entende possuir cunho processual; enquanto que um terceiro posicionamento defende a ideia de caráter misto (FAYET JÚNIOR, 2007). Os defensores da primeira corrente têm um forte argumento, ao dizer que normas sobre prescrição penal não podem retroagir, evidenciando assim seu caráter material.

Outro aspecto importante é quanto aos efeitos da prescrição no âmbito do processo penal. Seria uma preliminar, uma questão prejudicial ou matéria de mérito, perguntam alguns. E mais, o Juiz julga o mérito ao reconhecer a prescrição? O processo será extinto com análise de mérito ou não?

Atualmente, por força do novo art.397, inciso IV, do Código de Processo Penal (Dec. Lei 3.689/41), acredita-se que a prescrição seja matéria de defesa indireta, passível de ser suscitada no mérito, tendo em vista que sua presença pode levar à absolvição sumária pela extinção da punibilidade, fazendo assim coisa julgada formal e material (CAPEZ, 2007).

De qualquer forma, o tema é muito polêmico e divergente na doutrina e jurisprudência.

4 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL

Estabelecido o conceito e a natureza da prescrição penal, fica fácil entender suas espécies e sua aplicação no contexto do processo penal.

As espécies de prescrição na legislação brasileira se dividem em *Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP)* e *Prescrição da*

Pretensão Executória (PPE), incidindo como diferenciador entre ambas a sucessão do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva (PPE) ocorrerá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A prescrição da pretensão executória, ocorrerá após o trânsito em julgado, e, consoante artigo 110 *caput*, do Código Penal, regula-se pela pena aplicada, observando-se os prazos elencados no artigo 109, aumentando-os em um terço caso o condenado seja reincidente.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2010), a prescrição da pretensão punitiva (PPE) ainda se subdivide em quatro: I) Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita; II) Prescrição Superveniente ou Intercorrente; III) Prescrição Retroativa; e IV) Prescrição Antecipada ou Virtual.

4.1 PRESCRIÇÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA (PPPD)

A Prescrição Punitiva propriamente dita (PPPD), ou prescrição pela pena em abstrato, encontra amparo legal no artigo 109 do Código Penal. É a mais conhecida de todas as espécies. Só poderá ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e irá reger-se pela pena máxima cominada ao delito, de acordo com a tabela prevista no dispositivo legal supra.

Nas palavras de Damásio de Jesus,

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples ou qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa de liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente (JESUS, 2006, p. 720).

Nesta subespécie, basta a mera verificação (simples comparação) da pena *in abstracto* com os incisos do artigo 109 do Código Penal, para descobrir o tempo da prescrição.

Como exemplo, suponha que o agente tenha praticado o crime de furto simples (art. 155, caput, do CP), cuja pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa. A prescrição, neste caso, regular-se-á pela máxima abstrata, ou seja, 4 anos. Assim, comparando-se ao artigo 109, inciso IV, do Código Penal (mais de 2 a 4 anos, inclusive, a prescrição ocorre em 8 anos), o prazo prescricional será de 8 anos para o caso concreto.

Verificado o prazo prescricional, basta analisar se entre a consumação do fato e o recebimento da denúncia, por exemplo, já não se passou o tempo prescricional. Ou mesmo se entre o recebimento da denúncia e o atual estado do processo também já não aconteceu a prescrição. Tudo com base na pena em abstracto.

Lembrando que o início da contagem do prazo pode variar entre as modalidades de crime (art.111 do Código Penal) e que a prescrição

é contada nos termos do artigo 10 do Código Penal, ou seja, conta-se o dia do começo e exclui o dia do fim, computando-se os meses e anos pelo calendário comum.

4.2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA (PR)

Em relação à *Prescrição Retroativa (PR)*, esta é uma espécie de prescrição da pretensão punitiva. Ela se dá após a sentença criminal condenatória, com base na pena em concreto. Os prazos serão os mesmos do Artigo 109 do Código Penal. Enquanto a superveniente é contada da sentença condenatória até seu posterior trânsito em julgado, a retroativa é contada para trás: da sentença condenatória volta-se até a data em que foi recebida a inicial acusatória.

Encontra-se disciplinada no artigo 110, §1º, do Código Penal, sendo regida pela pena concretizada na sentença e contada retrospectivamente até a data do recebimento da denúncia, como causa de interrupção anterior. Todavia, só pode ser realizada após o trânsito em julgado para a acusação, ou após ser julgado improcedente seu recurso.

Como exemplo, suponha que o agente tenha sido condenado a 1(um) ano pelo crime de furto simples (art. 155, caput, do CP), cuja pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa. A prescrição, neste caso,

regular-se-á pela pena fixada na sentença final (em concreto), ou seja, 1 ano. Assim, o prazo prescricional será de 4 anos para o caso concreto.

Logo, se entre a data do recebimento da denúncia e o trânsito em julgado para a acusação já tiverem transcorrido 4 anos, pode-se afirmar que a punibilidade estará extinta pela prescrição retroativa. Lembrando que o Ministério Público é intimado pessoalmente da sentença e não pela publicação na imprensa oficial, como bem reforça o autor SILVEIRA (2010).

Se por ventura, eventual recurso mudar a pena base final, seja aumentando ou diminuindo, tem-se que essa mudança também será levada em conta para se calcular a prescrição na modalidade retroativa.

É importante ressaltar que (CAMPOS JÚNIOR, 2010), para os delitos praticados antes da vigência da Lei nº 12.234/2010, que alterou o artigo 110, § 2º, do Código Penal, é possível a prescrição retroativa abranger o período anterior do recebimento da denúncia ou da queixa, isto é, haver a prescrição da pretensão punitiva contados do recebimento da inicial até a data dos fatos (termo inicial). Entretanto, para as infrações penais posteriores a sua vigência só se admite a prescrição retroativa até o recebimento da inicial.

4.3 PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE (PS)

Outra subespécie de prescrição da pretensão punitiva é a *Prescrição Superveniente (PS)*. Essa modalidade diz respeito ao prazo que o Judiciário possui para julgar eventual recurso e é calculada com base na pena em concreto.

Publicada a sentença condenatória (art.389 do Código de Processo Penal), ou mesmo o acórdão condenatório recorrido no caso de sentença absolutória³, e havendo trânsito em julgado para a acusação (ou seja, não podendo a pena ser mais aumentada porque não houve, por exemplo, recurso do promotor, ou, se houve, foi julgado improcedente – Súmula 146 do STF), caso venha a existir eventual recurso da defesa, o Poder Judiciário terá então um prazo para julgar o recurso interposto.

É como se após a publicação da decisão condenatória (caráter superveniente) o Estado tivesse um tempo razoável para julgar o recurso (caráter intercorrente).

³ Segundo a 1ª Turma do STF, em julgado do dia 03.03.2015, A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Reputava que a interrupção da prescrição só ocorreria com a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível (CP, art. 117, IV). Pontuava que o acórdão somente se tornaria recorrível com a sua confecção. Observava que a publicação do aresto teria ocorrido cinco meses depois da sessão de julgamento. **RHC 125078/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 3.3.2015.**

Segundo o artigo 117, inciso IV, do Código Penal, “O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Sentenças anulatórias, de absolvição ou acórdão confirmatório da sentença condenatória não têm o condão de interromper a prescrição, tendo em vista a redação literal do artigo que exige “decisão” condenatória.

Por sua vez, o artigo 110 do Código Penal, diz que “A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”.

Como exemplo, suponha que o agente tenha sido condenado a 1(um) ano pelo crime de furto simples (art. 155, caput, do CP), cuja pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa. A prescrição, neste caso, regular-se-á pela pena fixada na sentença final (em concreto), ou seja, 1 ano. Assim, comparando-se ao artigo 109, inciso V, do Código Penal (se o máximo da pena é igual a um ano), o prazo prescricional será de 4 anos para o caso concreto.

Ou seja, o primeiro tribunal recorrido terá 4 (quatro) anos para julgar o recurso interposto exclusivamente pela defesa, ou mesmo o recurso manejado pela acusação (se julgado improcedente). Agora, é preciso deixar bem claro que seja no recurso da defesa ou acusação, nada impede que seja computada ainda a prescrição pela pena em abstrato.

De qualquer forma, mesmo que a acusação venha a recorrer, e consiga, por exemplo, reformar a sentença absolutória e condenar o réu, ou mesmo aumentar a pena fixada em sentença condenatória, haverá também a partir da publicação desse novo acórdão condenatório o início da prescrição para os próximos recursos. Trata-se de orientação prevalente na Jurisprudência (STF, HC nº 64.303-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, 12.12.1986).

Destarte, a prescrição superveniente se compreende entre o lapso da sentença condenatória recorrível e o posterior trânsito em julgado do processo, que se efetuará nas Instâncias superiores (NUCCI, 2012). Neste aspecto, e levando em conta o art.117, inc.IV, do Código Penal, tem-se que a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis são marcos regulatórios para a contagem e interrupção dessa modalidade de prescrição.

A questão tormentosa aqui é saber se vários acórdãos condenatórios recorríveis interrompem sucessivamente o prazo prescricional. A resposta é sim, pois valerá o último acórdão recorrido para fins de interrupção (CAMPOS JÚNIOR, 2010). Apenas não se aceita o acórdão de embargos infringentes que confirma a sentença condenatória para tal finalidade, vez que o primeiro acórdão que manteve a sentença, ainda que não unânime, já teria o condão de interromper a prescrição (art.117, IV, do Código Penal).

Logo, com base na publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, somente haverá a interrupção uma única

vez, o qual ocorrer primeiro. As demais causas de interrupção previstas no artigo 117 do Código Penal, embora importantes, não serão apreciadas nesse momento, pois se trata de matérias específicas e que fugiria ao objetivo principal deste estudo.

Atualmente, a doutrina também vem chamando de *Prescrição Intercorrente (PI)*, a contagem de prazo que se inicia após a suspensão do processo em virtude de alguma questão prejudicial, tais como nos processos contra parlamentares (art. 53, §§ 3º a 5º, da CF), citação por edital (art. 366 do CPP e Súmula 415 do STJ), carta rogatória (art. 386 do CPP) e parcelamento do débito tributário (art. 83, § 2º, da Lei nº 9430/96), dentre outras circunstâncias (TÁVORA, 2011).

Nesses casos, fugindo à regra geral, a prescrição será pela pena máxima em abstrato e não em concreto, razão pela qual existe uma distinção entre prescrição *intercorrente e superveniente*, embora nem todos os autores façam essa ressalva ou tenham se atentado para isso.

4.4 PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA (PE)

Já a *Prescrição Executória (PE)* é aquela que ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo por base a pena aplicada na sentença da qual não se cabe mais recurso, que deverá

ser adequada aos prazos estabelecidos no art. 109 do Código Penal (NAGIMA, 2014).

É como se o Estado tivesse agora um prazo para executar a sentença condenatória. Ou seja, existe um prazo para se submeter o condenado à sentença e obrigá-lo ao cumprimento da sua pena final. Se o réu for reincidente, o prazo prescricional deve ser aumentado de um terço (NAGIMA, 2014).

Caso já tenha ocorrido o trânsito em julgado, a prescrição da pretensão executória irá se pautar pela pena estabelecida na sentença (Artigo 110, *caput*, Código Penal), não mais havendo razão em verificá-la pela pena máxima cominada ao delito.

Lembrando que se, eventualmente, ocorrer a prescrição da pretensão executória, a única benesse que o indivíduo gozará será a de não cumprir a pena imposta (efeito primário da sentença). Todavia, continuará sofrendo os efeitos secundários como perder a primariedade ou mesmo o valor da fiança, bem como sofrer uma execução da sentença condenatória no âmbito civil (SILVEIRA, 2010).

Por seu turno, o grande problema é saber o marco inicial da prescrição executória. O trânsito em julgado da condenação é requisito para que se aplique a prescrição da pretensão executória, entretanto, não é considerado marco inicial de seu prazo.

A resposta para essa indagação passa pelo artigo 112 do Código Penal. Apesar de somente poder se verificar após o trânsito em julgado da sentença para ambas as partes, a prescrição, incrivelmente,

começará a ocorrer do dia em que transitou em julgado para a “acusação”. Mesmo porque, a intimação por exemplo do promotor além de pessoal pode acontecer em momento distinto da defesa.

Frise-se que durante o período de prova do *sursis* não corre a prescrição, pois se trata de uma suspensão na execução da pena, onde não há inércia do Estado, e sim uma benesse em favor do condenado (JESUS, 2008). O mesmo se aplica ao livramento condicional que faz suspender a prescrição (art.112, I, Código Penal).

Todavia, caso seja revogado o livramento condicional por crime cometido durante o período de prova, a prescrição executória será calculada pelo tempo restante da pena, aplicando-se a tabela do artigo 109, conforme disciplina do art.113, ambos do Código Penal. Caso seja revogado por crime anterior ao benefício, soma-se o tempo cumprido e o tempo restante para calcular a prescrição (art.88 do Código Penal).

Imagine a seguinte situação: O condenado tem que cumprir 06 anos de livramento condicional. Cumprindo 2 anos, caso venha a praticar algum crime durante o período de prova, restarão 4 anos a serem cumpridos. Logo, a pena prescreve em 08 anos nos termos do artigo 109, V, do Código Penal. Agora, se o crime foi anterior ao benefício, computa-se o tempo de prova, logo, restará apenas 2 anos e a prescrição acontecerá em 4 anos (art.88 do Código Penal).

Ainda, o artigo 112 do Código Penal, em seu inciso II, disciplina “que a prescrição da pretensão executória começa a correr

do dia em que se interrompe a execução”, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena, como naqueles casos de doença mental superveniente, e internação em hospital de custódia, onde o tempo de internação será computado.

Também aqui se aplica o artigo 113 do Código penal, assim, se o condenado tinha uma pena de 4 anos, cumpre apenas 1 ano e foge, a prescrição executória, que começará a correr do dia em que o sentenciado fugiu, se regulará somente pelos 3 anos restantes.

Noutro giro, nos termos do artigo 117, incisos V e VII, do Código Penal, o que interrompe a prescrição executória é o “início efetivo” (ou continuação) do cumprimento da pena, ou mesmo a reincidência. Caso o sentenciado venha a fugir após iniciado o cumprimento, dá-se à prescrição executória um novo marco inicial para sua contagem, que dessa vez se regulará pelo restante da pena ainda não cumprida (artigo 113 CP).

Vale ressaltar a regra exarada no artigo 119 do Código Penal, onde, "no caso de concurso de crimes", a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente (CUNHA, 2013).

A grande questão encontra-se na possibilidade ou não, de se aplicar a detração para fim de se chegar ao prazo prescricional da pretensão executória. O entendimento atual é que não se aplica, pois caso fosse essa a intenção do legislador, o artigo 110, do Código Penal, teria dito expressamente. De qualquer forma, o tema comporta diversas correntes e seria tema para um outro artigo (CUNHA, 2013).

Voltando ao temo em estudo, cabe registrar ainda que de acordo com o artigo 109, parágrafo único, do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos atinentes às privativas de liberdade.

Se a multa for a única espécie de sanção cominada no tipo, ou então for unicamente aplicada na sentença condenatória, diz o Código Penal em seu artigo 114, inciso I, que a mesma prescreverá em 02 anos. Nesse caso a análise da prescrição da multa é feita antes do trânsito em julgado. Entretanto, se estivermos diante da prescrição executória da multa (após o trânsito em julgado da sentença), essa se consumará em 05 anos, consoante legislação tributária (FAYET JUNIOR, 2007).

4.5 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU VIRTUAL (PV)

Finalmente, operadas as distinções acima, podemos entender a *Prescrição Antecipada ou Virtual (PV)* e a aplicação da Súmula 438 do STJ.

Prescrição virtual, também denominada em *perspectiva, retroativa, antecipada ou projetada*, é aquela que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa (GOMES, 2010).

De outro modo, diz-se prescrição virtual à prescrição da pretensão punitiva que é reconhecida antecipadamente e em perspectiva, tomando como base uma pena provavelmente fixada, que no caso de condenação futura, estaria fulminada pela prescrição retroativa (Idem, 2010).

Prescrição Virtual (PV) é aquela em que o magistrado, ao analisar o processo concreto e a circunstâncias benéficas ao réu, observa *antecipadamente* que, a penalidade máxima a qual cominará na dosimetria da penal, terá prazo prescricional que dará espaço à *prescrição retroativa*.

Para evitar o uso desnecessário do maquinário estatal e, também, evitar um constrangimento ao acusado, desde logo já decreta a prescrição, tendo em *perspectiva* o inevitável deslinde da ação.

Por exemplo, no caso de um processo por crime de *furto simples*, com penas entre 1 e 4 anos de reclusão (art.155, caput, do CP), sendo o acusado primário e com bons antecedentes criminais, e ainda, sendo o bem furtado de pequena monta, pode-se afirmar que a pena irá tender para o mínimo legal, ou seja, 01 ano de reclusão, com prescrição retroativa em 4 anos.

Assim, se entre o atual estado do processo e a análise virtual acima já houver ultrapassado por exemplo o prazo de 4 anos sem uma sentença final, não haveria utilidade ou necessidade de se prosseguir com o feito, pois do ponto de vista prático, ainda que o réu seja condenado, haverá a extinção da punibilidade pela pena em

perspectiva. Afinal de contas, entre o recebimento da denúncia e o atual estado do processo já transcorreram 04 anos.

Os defensores dessa corrente afirmam ser uma verdadeira e legítima medida de economia processual e de desafogamento dos processos penais no âmbito o Poder Judiciário (NAGIMA, 2014). Isto porque, através de uma decisão com análise do mérito, seria possível extinguir o processo e evitar uma instrução criminal desnecessária com elevados gastos para a “Máquina Judiciária”.

Aqueles que rechaçam esta criação jurídica, contudo, baseiam-se na ausência de dispositivo legal que a albergue e que sua aplicação seria uma forma de se burlar o princípio da indisponibilidade da ação penal, o que em última análise, pode trazer muita insegurança e excessos por parte de alguns magistrados preguiçosos (SILVEIRA, 2010). Além do mais, a vítima possui o direito de saber quem foi verdadeiramente o autor da infração penal, através de uma sentença condenatória ou absolutória.

Não podemos nos esquecer, ainda, que durante a fase de instrução processual pode surgir uma elementar nova não narrada na denúncia, como por exemplo uma qualificadora, que em tese, ensejará aditamento e alteração da pena máxima e do prazo prescricional.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, objetivando pacificar o assunto, proferiu em novembro de 2009, decisão repelindo o uso da *prescrição antecipada ou virtual* (RE 602527 QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009).

Após o pronunciamento do Pretório Excelso, o STJ, em abril de 2010, editou a Súmula 438, também contrária à aplicação da *prescrição antecipada ou virtual*, com o seguinte verbete: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Destarte, sumulou-se o entendimento de que a *Prescrição Virtual (PV)* não é bem vinda em nosso ordenamento jurídico, apesar dos seus efeitos positivos.

Todavia, em que pesem as Cortes Superiores de nosso País não entenderem ser possível sua aplicação, a verdade é que na prática o instituto da *Prescrição Virtual (PV)* é de uso comum e corriqueiro, pois ninguém deseja atuar em um processo que do ponto de vista prático já está prescrito. Seria perda de tempo e dinheiro!!!

Na mesma linha, Luiz Flávio Gomes (2010), assevera que “a jurisprudência dos Tribunais superiores nunca aceitou essa modalidade de prescrição. Todavia, a primeira instância da justiça criminal brasileira (sabidamente) sempre a reconheceu e a aplicou”. Ainda segundo o autor, “a inutilidade do uso da máquina judiciária nesse caso, por falta de justa causa, é patente e o trancamento da ação penal está (mais do que) justificado” (GOMES, 2010).

Em verdade, salvo melhor juízo, trata-se de um costume processual *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu no âmbito do processo penal, que vem sendo aplicado sistematicamente e que

difícilmente será afastado. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art.4º, caput, assevera que em caso de lacuna, o interprete pode recorrer ao costume.

Lembrando que a aplicação da *Prescrição Virtual (PV)* só teria incidência naqueles casos evidentes e cristalinos, onde não houvessem dúvidas, sobre nenhuma qualificadora, agravante ou majorante e que a condenação criminal fosse certa.

Ademais, não podemos esquecer o direito fundamental à razoável duração do processo, que também é argumento plausível para defender-se o reconhecimento antecipado da prescrição com base na pena final. Afinal de contas, o processo não pode ser um fim em si mesmo, e o juiz enquanto operador do direito, deve sempre buscar o fim social e o bem comum em suas decisões.

Por fim, vale lembrar que a Emenda Constitucional nº 45/04, consagrou em nossa Carta Magna, o direito de todos a uma razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art.5º, LXXVIII, CF/88). Trata-se de uma garantia fundamental de eficácia plena e imediata, que em última análise, serve de suporte legal para a prescrição antecipada ou virtual em todos os processos criminais.

5 CONCLUSÃO

Lavando em conta as espécies de prescrição penal, bem como a incidência da Súmula 438 do STJ, percebe-se que o tema comporta inúmeras reflexões e desafios. Trata-se de um assunto ainda não devidamente explorado.

De qualquer forma, pela análise dos argumentos trazidos, verifica-se que existe uma distinção evidente entre *prescrição punitiva propriamente dita*, *prescrição superveniente ou intercorrente*, *prescrição retroativa* e *prescrição antecipada ou virtual*.

Não obstante a nomenclatura parecida, a verdade é que cada espécie de prescrição possui o seu âmbito de incidência dentro do processo penal, com marcos regulatórios definidos no Código Penal Brasileiro, sendo que os efeitos práticos podem ser diversos.

Por seu turno, a *Prescrição virtual (PV)* também não pode ser desconsiderada, pois possui da mesma forma disciplina e efeitos práticos importantes. Por assim dizer, tornou-se um costume forense (com efeitos positivos) difícil de ser combatido, e que não se pode fechar os olhos para ele, fingindo que não existe.

Em que pesem os argumentos em favor da Súmula 438 do STJ, a verdade é que a mesma não encontra respaldo na prática forense e merece ser cancelada, a rigor dos princípios da celeridade, economia processual e efetividade (art.5º, LXXVIII, CF/88).

Não é sensato iniciar ou manter uma ação penal quando, verificando-se que a pena permanecerá inalterável, ocorreu a prescrição (qualquer que seja a modalidade), pois neste caso a parte prejudicada poderá inclusive interpor *habeas corpus*, com pedido liminar, para trancamento da ação penal por falta de justa causa e ausência de interesse de agir.

Destarte, cabe ao Juiz garantir que a prescrição seja efetivamente reconhecida, retirando dos autos entraves desnecessários ou ingerências meramente procrastinatórias, que não terão resultados práticos, salvo atrasar o processo mais ainda e gerar falsas expectativas na vítima.

Afinal de contas, o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento que deve servir como meio de proteção efetiva dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos (inclusive o acusado) contra os abusos do Estado e os excessos na duração do processo. Pois como diria Rui Barbosa⁴, “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

⁴ Frase do célebre discurso “Oração aos Moços”, para paraninfar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo. Impedido de comparecer, por problemas de saúde, o texto foi lido pelo professor Reinaldo Porchat. Uma das mais brilhantes reflexões produzidas pelo jurista sobre o papel do magistrado e a missão do advogado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

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

_____. Código (1941). **Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

_____. Código (1940). **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.438 de 28 de abril de 2010**. Diário Judiciário Eletrônico, Brasília, 13 de maio de 2010. V. 218, p.706.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.146 de 13 de dezembro de 1963**. Imprensa Nacional, Brasília, 1964. Seção 1, p.82.

CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. et al. **Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010**. APMP, São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.

_____. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Prescrição Penal, Temas Atuais e Controvertidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito penal: parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVEIRA, Yuri Munhoz. **Da prescrição penal**. Monografia jurídica em Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente/SP: Toledo, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

Links consultados:

FEDERAL, Supremo Tribunal. *Pesquisa jurisprudencial. Prescrição penal – Acórdão em RHC 125078/SP, HC nº HC nº 64.303-SP e RE 602527 QO/RS - Site do STF. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.*

GOMES, Luiz Flávio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente – Blog.LFG, 11/05/2010. Disponível em <www.lfg.com.br>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. Prescrição da pretensão punitiva no Código Penal - *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3891, 25fev.2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/26636>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

ESTÉTICA E CRÍTICA DA IDEOLOGIA EM T. ADORNO

Marco Antônio Poubel¹

RESUMO: O presente artigo aborda elementos da estética adorniana que subsidiam uma das mais originais críticas da ideologia escritas na contemporaneidade. A cultura de massa difunde produtos amplamente engajados no processo de dominação ideológica, caracterizando-se mais pela submissão à organização social capitalista que por uma suposta autonomia frente à mesma.]

PALAVRAS-CHAVE

Ideologia, Teoria Crítica, Capitalismo, Cultura de Massa, Indústria Cultural

ABSTRACT: This article discusses elements of Adorno's aesthetics that support one of the most original criticism of ideology written nowadays. Mass culture spreads widely engaged products in the ideological domination process, characterized more by submission to capitalist social organization for a supposed autonomy from to it.

KEYWORDS

Ideology, Critical Theory, Capitalism, Mass Culture, Cultural Industry

¹ Mestre em Filosofia, professor de Filosofia e Antropologia do IESI/FENORD.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura analisar alguns elementos da crítica à ideologia a partir do pensamento de Theodor Adorno. A relevância da contribuição do autor para o tema é bastante rica – embora não tão conhecida, principalmente em função dos conceitos que aqui subsidiam essa crítica, como o de *Indústria Cultural*, que propõe uma leitura da ideologia contemporânea e sua crítica a partir de um fenômeno estético.

São muitas as possíveis abordagens da questão da ideologia no conjunto de suas obras, mesmo restringindo sua problematização ao âmbito estético, podem se referir: *a)* ao modo pelo qual a arte oferece um modelo alternativo ao da ideologia na medida em que esta reforça o caráter de violência existente na relação entre o universal e o particular, tanto a nível epistemológico, onde a universalidade do pensamento exige a coisa que é pensada de suas especificidades qualitativas, quanto no nível da existência empírica, onde a totalidade social oprime o indivíduo em todas as esferas de sua existência; *b)* aos problemas relativos ao engajamento da arte com a política, onde os elementos críticos próprios da arte são suprimidos por elementos ideológicos heterônomos à sua própria constituição interna; *c)* à recepção ideológica dos objetos artísticos, onde o indivíduo destitui a obra de arte de seu conteúdo crítico, assimilando-a a partir de “esquemas” pré-formados pelos padrões da indústria cultural, ou

outros sistemas ideológicos que condicionam a percepção de produtos e fenômenos estéticos.

Existem ainda muitos outros temas passíveis de serem abordados a partir da relação entre arte e ideologia, conceitos em si mesmos plurívocos no pensamento adorniano. Não obstante, ao que pese a resistência de seu pensamento a qualquer tipo de sistematização, entendemos que essa diversidade de temas, leituras e abordagens em relação à arte e à ideologia é passível de ser compreendida, em seu conjunto, a partir de um conceito que permanece central tanto à teoria da ideologia, quanto à teoria da arte em Adorno, que é o conceito de *autonomia estética*.

Utilizar este conceito como um fio condutor para a análise crítica da arte, da ideologia e da relação entre ambas, só é possível na medida em que o seu significado se reporte inicialmente à *autonomia dos produtos do espírito humano*, sejam eles de ordem estética, tal qual encontrada no conceito de *arte autônoma*, ou mais propriamente epistemológica, tal qual concebido na *teoria marxiana da alienação*, apropriada por Adorno no intuito de analisar o problema da ideologia no assim chamado *capitalismo tardio*².

² Termo utilizado por Adorno e Horkheimer para descrever o capitalismo monopolista, como uma etapa “tardia” que sucedeu o capitalismo liberal frustrando suas possibilidades de superação tal como apontadas por Marx.

movimento histórico da sociedade (...) A sua própria separação, a constituição da esfera espiritual e sua transcendência, manifestam-se, entre outros aspectos, como resultado da divisão do trabalho (ADORNO, 1969, p. 190).

Adorno certamente se vale da crítica marxiana ao caráter fetichista pelo qual a mercadoria se manifesta na sociedade capitalista, sendo percebidos pelas pessoas como algo autônomo, independente e determinante delas mesmas. Adorno abstrai o conceito de *falsa consciência* que, nesse processo, possui uma determinação objetiva (divisão social do trabalho no sistema capitalista), e passa a empregá-lo como fio condutor capaz de abordar a teoria da ideologia desde seus primórdios.

A crítica da ideologia, que serviu desde Marx para “recordar ao espírito sua fragilidade”, ou seja, seu condicionamento e sua dimensão ilusória inevitavelmente determinados por uma dinâmica social, agora deve tornar-se autoconsciente, ela mesma, acerca de sua fragilidade enquanto produto espiritual. “A consciência”, diz Adorno (1969, p. 15), “só sobreviverá na medida em que assumir em si mesma, o momento de crítica da ideologia”. Em Marx, a ideologia surge como um fenômeno derivado do processo de *alienação* onde os produtos espirituais aparecem como que autônomos, independentes das relações humanas que lhes dão origem e perenidade. O momento de falsidade da ideologia, do mesmo modo, é precisamente aquele onde os produtos

espirituais parecem dotados de substância, de *ser em si* autolegitimado e auto justificado, negando seu necessário vínculo à estrutura social que lhes deu origem.

Pois consiste em ideologia não apenas as ideias desenvolvidas de forma pretensamente “autônoma” com relação à esfera total da realidade social, onde a distorção da realidade apareça como sua consequência imediata. Participa também do conceito de ideologia, o conjunto de ideias que carecem de consciência crítica acerca de seus próprios fundamentos, a saber, os meios de produção material em dado momento histórico. (MINISTÉRIO, 2014 p. 25).

Certamente Adorno reconhece como momento de falsidade da ideologia a referida *pretensão à autonomia* de seus enunciados espirituais em relação à realidade empírica da qual são originados, tal qual denunciada na teoria marxiana da alienação. O que Adorno acrescenta a essa máxima, já presente na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, é não apenas o momento de falsidade, como também o momento de verdade da ideologia, que está paradoxalmente ligado à sua autonomia em relação à realidade. Em relação à ideologia, “até seu momento de verdade está vinculado a essa autonomia, própria de uma consciência que é mais do que a simples marca deixada pelo que é e que trata de impregná-la” (ADORNO, 1969, p. 201).

Mas como Adorno chega a essa máxima de que a autonomia em relação à realidade é, ao mesmo tempo, índice do teor de falsidade e

pré-requisito do conteúdo de verdade da ideologia?

Essa conclusão a princípio paradoxal, expressa menos uma ruptura absoluta com o conceito marxiano de ideologia, do que uma revisão histórica do conceito e sua crítica. Adorno leva até as últimas consequências o conceito de determinação histórica inaugurado por Marx, submetendo também a ideologia e sua crítica a uma revisão histórica. Por quais mudanças estruturais passou a ideologia na passagem do capitalismo liberal (sobre o qual falava Marx) para o capitalismo tardio, onde “a assinatura da ideologia caracteriza-se mais pela ausência dessa autonomia e não pela simulação de uma pretensa autonomia”(ADORNO, 1969, p. 201)?

A ideologia no capitalismo tardio se caracteriza pela resignação do potencial liberador da sociedade burguesa frente às atuais forças de manutenção do *status quo* que, seja pelos produtos veiculados na comunicação para as massas, seja pela ascensão da razão positivista na esfera intelectual, contribui para a adequação do pensamento ao mundo tal qual ele é. Por esse raciocínio, o conceito tradicional de ideologia perde aqui seu objeto, uma vez que a falsidade da ideologia se reporta agora não mais àquele processo onde as ideias procuravam negar sua determinação na realidade empírica, mas sim, ao processo onde as ideias cada vez mais tendem a simplesmente reafirmar essa mesma realidade, como se não houvesse outra possível.

A ideologia enquanto *falsa consciência*, transforma-se qualitativamente no contexto de uma realidade onde os mecanismos de

controle e comunicação social possuem abrangência e poder sem precedentes sobre a consciência dos indivíduos, colaborando para a manutenção de uma ordem social injusta, que atende aos interesses de manutenção do poder da classe dirigente⁴. Se Marx demonstrou como a ideologia colaborava para a manutenção do poder da classe dominante através da legitimação e justificação de seus produtos espirituais relativos à organização social, tais como o Estado, o Direito etc.; no capitalismo tardio, Adorno demonstra como esse processo se dá pela aparência de inevitabilidade que reveste a própria existência; se em Marx a inverdade da ideologia se reporta a um pensamento constituído *a partir* da pretensa autonomia das ideias frente à realidade, em Adorno, a ideologia se caracteriza, em termos substantivos⁵, à perda dessa autonomia por parte dos produtos espirituais frente à realidade; se em Marx a ideologia ocultava o real funcionamento da sociedade apontando para uma transcendência ilusória, em Adorno, a ideologia oculta o real funcionamento da sociedade tornando o pensamento demasiado próximo a ela mesma, na medida em que já não possui distanciamento crítico capaz de refleti-la. O pensamento já não pode mais criticar o funcionamento da sociedade, mas tão somente mimetizá-lo, até o ponto em que a diferença entre ideologia e realidade

⁴ Classe dirigente é uma “adaptação” do conceito de classe dominante que reforça a onipresença dos mecanismos de controle social que caracterizam um “mundo administrado”.

⁵ Nem toda adjetivação de “ideológico(a)” empregada por Adorno se reporta a essa forma de ideologia que ele aponta como típica do capitalismo tardio.

desaparece:

Na verdade, ao afirmar que a diferença entre ideologia e realidade desapareceu, Adorno procura lembrar que, na contemporaneidade, a ideologia transparece e afirma-se enquanto tal na própria efetividade, sem que isso modifique o engajamento dos sujeitos em seu campo. Ele insiste na existência de certa relação de duplicação entre ideologia e realidade, a fim de lembrar que ‘a ideologia não é mais uma capa, mas a ameaçadora aceitação do mundo’ (SAFATLE, 2008 p. 96).

Se o Marx de *A ideologia alemã* apontava para a ideologia como construto teórico do idealismo hegeliano e neohegeliano, o Marx de *O Capital*, demonstrando como aquela “inversão” inerente ao processo de alienação no campo das ideias agora é transposto para a mercadoria, é quem autoriza Adorno a perceber como o conceito de ideologia se aplica não somente à construção de ideias ou enunciados, mas também a outros produtos da divisão social do trabalho, como a mercadoria. Em Marx, a mercadoria é já passível de ser compreendida como portadora de certo “funcionamento teleológico” que se manifesta em sua aparência imediata, onde a contradição social se sedimenta no próprio objeto.

O misterioso da forma mercadoria consiste, portanto, simplesmente no fato de que ela reflete aos homens as características sociais do seu próprio trabalho como características objetivas dos próprios produtos de trabalho, como propriedades naturais sociais dessas

coisas e, por isso também reflete a relação social dos produtores com o trabalho total como uma relação social existente fora deles, entre objetos (...) Não é mais nada que determinada relação social entre o próprios homens que para eles aqui assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. Por isso, para encontrar uma analogia temos de nos deslocar à região nebulosa do mundo da religião. Aqui os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, figuras autônomas, que mantêm relações entre si e com os homens (MARX, 1983, p. 71).

O que Adorno parece inaugurar em relação a este problema, é a concentração dos esforços na crítica, não da mercadoria em geral, mas de um tipo privilegiado de mercadoria que é a cultural. Ao que pese todo esforço de Marx em refutar qualquer noção de realidade livre de determinações históricas, é Hegel quem oferece a Adorno subsídios teóricos referentes a uma crítica da ideologia que não apenas se dirija contra ideias autônomas, mas que deve necessariamente partir de ideias autônomas. Nesse sentido, Adorno não pretende negar absolutamente as proposições de Marx que insiste na determinação material dos produtos espirituais; ele apenas pretende demonstrar a ideia de que o pensamento verdadeiro precisa de *relativa* autonomia frente à realidade histórica que lhe deu origem.

O que Marx procurou denunciar na ideologia foi uma pretensa e sempre aparente autonomia *absoluta* dos produtos espirituais frente à realidade, sem nunca, no entanto, demonstrar que o pensamento – até

pela sua própria diferença qualitativa em relação à empiria – deve ser destituído de *relativa* autonomia frente a mesma empiria que pretende criticar. O que o pensamento não deve perder é a autoconsciência crítica da sua necessária determinação histórica, o que implica, por assim dizer, se reconhecer como necessariamente “ligado” a uma dada realidade histórica. Tornar-se consciente desta “ligação”, deste “aprisionamento”, como aponta o próprio Adorno, nunca significou em Marx reduzir-se a ele. Seriam, em última instância, os elementos críticos – e se se fala em crítica pressupõe-se relativa autonomia em relação ao objeto criticado – que assegurariam ao pensamento o seu poder de transformar as próprias bases materiais da sociedade, pelas quais ele se reconhece como determinado, precisamente por se afirmar como algo distinto dela mesma.

Embora, nas palavras do próprio Adorno (1969, p. 201), “com a crise da sociedade burguesa também o conceito tradicional de ideologia parece ter perdido seu objeto”, o autor não quer com isso afirmar que a pretensa autonomia absoluta de determinadas formulações ideacionais deixa de ser falsa enquanto tal; Adorno pretende, na verdade, demonstrar que tais formulações já resultam como que insuficientes enquanto crítica da ideologia, na medida em que são incapazes de abarcar tal crítica na complexidade em que seu objeto (a ideologia) se manifesta no capitalismo tardio. Assim o filósofo frankfurtiano procurará defender a (sempre relativa) autonomia do pensamento como pré-condição de sua verdade frente a

uma realidade social cuja ideologia tende “suprimir” qualquer perspectiva que aponte para sua superação.

Se esta herança da ideologia for entendida como totalidade dos produtos espirituais que hoje enchem, em grande parte, a consciência dos homens, então essa totalidade manifestar-se-á, sobretudo, como um conjunto de objetos confeccionados para atrair as massas em sua condição de consumidores e, se é possível, para *adaptar* e *fixar* o seu estado de consciência, e não tanto como espírito autônomo inconsciente das próprias implicações societárias (ADORNO, 1969, p. 202).

As implicações que esse novo tipo de ideologia traz à esfera da consciência é menos o de simplesmente falseá-la do que, na medida do possível, controlá-la, torná-la dócil e adequada à (injusta) ordem estabelecida que beneficia a classe dominante que procura perpetuá-la. Continuando este raciocínio desenvolvido em *Beitrag zur Ideologienlehre*, Adorno caminha para a fundamentação daquela que será, por excelência, sua definição de ideologia no capitalismo tardio:

Mas ninguém pode fugir à experiência de uma transformação decisiva, que já se produziu no caso específico dos produtos espirituais. E se é lícito mencionar a arte como cismógrafo mais idôneo da história, não é possível duvidar de um enfraquecimento, que contrasta muitíssimo com o período heróico da arte moderna, por volta de 1910. Não é possível, sem renunciar a ver as coisas em seu contexto social, reduzir esse enfraquecimento, que não poupa outras áreas culturais, como a da filosofia, a certa debilidade das energias criadoras, ou à nociva civilização técnica (ADORNO, 1969 p 200).

A perda do caráter de transcendência do pensamento o impele cada vez mais a se identificar com o a realidade social e o seu modo de organização, trazendo consequências diretas para a esfera da produção espiritual. Essa “debilidade das forças criadoras” só pode ser superada pelos produtos espirituais que gozam de relativa autonomia capaz de refletir sobre a realidade que lhes deu origem. Embora “criação” possa se referir à totalidade do vasto campo da produção espiritual humana, evoca de maneira mais contundente - e aqui nada ocasional - a esfera da arte.

3 IDEOLOGIA E VALOR NA IDÚSTRIA CULTURAL

Marx desenvolve os conceitos de “valor de uso” e “valor de troca” como implícitos à forma da mercadoria, onde o último tende a suprimir o primeiro em detrimento de suas qualidades específicas enquanto objeto. O objeto particular é cada vez mais esvaziado de suas particularidades para uma mensuração segundo um único princípio de valor capaz de tornar equivalentes objetos qualitativamente diferentes. Esse princípio de câmbio que termina por suprimir a diferença qualitativa dos objetos, é apropriado por Adorno afim de descrever um princípio constitutivo da mercadoria cultural, que é o de ser-para-o-

outro. O princípio constitutivo da mercadoria cultural seria assim sempre extrínseco a si mesmo, na medida em que se relaciona com a relação venal dos demais objetos presentes na sociedade capitalista. Também na esfera da recepção, a mercadoria cultural somente é apropriada na medida em que ela *é-para-outra-coisa*, ou seja, em que ela se relaciona com valores heterônomos, como senso de pertencimento a determinados grupos ou camadas sociais etc., abstraindo-se nessa relação aquelas que seriam as qualidades específicas desse tipo de produto. No âmbito estético, essa lógica venal da indústria cultural só pode ser confrontada por um tipo particular de produto espiritual, que é a obra de cuja autonomia se radicalizou no modernismo artístico. Na medida em que os princípios constitutivos da obra de arte autônoma voltam-se para si mesmos, oferecem um parâmetro crítico ao demonstrar que nem tudo existe para a troca, onde os elementos da obra de arte existem de maneira harmônica e não coercitiva tal qual na totalidade da esfera social. A falta de utilidade e de finalidade social da arte autônoma — em última instância garantidoras de sua qualidade específica na sociedade burguesa — perverte-se, na mercadoria cultural, em um tipo de valor que absorve a falta de finalidade da arte burguesa e passa a ser utilizado em vistas de fins específicos, sejam eles econômicos, ideológicos etc. Se na concepção marxiana da mercadoria, esta deve possuir, *ao mesmo tempo*, valor de uso e valor de troca, na indústria cultural:

o valor de uso da arte, seu ser, é considerado como um fetiche, e o fetiche, a avaliação social que é erroneamente entendida como hierarquia das obras de arte — torna-se seu único valor de uso, a única qualidade que elas desfrutam. É assim que o caráter mercantil da arte se desfaz ao se realizar completamente. (DE 148).

Apesar de não ser algo imediatamente útil, a obra de arte autônoma (que, inserida nas relações de mercado é também mercadoria) não existe como algo desprovido de *valor de uso*. E isto porque, mesmo na acepção marxiana deste conceito, e de modo mais evidente na apropriação que Adorno fez do mesmo, *valor de uso* não designa simplesmente utilidade, como também *as qualidades específicas do objeto-mercadoria*. Se a arte autônoma que, desse modo, “confunde-se com a mercadoria absoluta”⁶ (TE 34), por um lado não possui uma utilidade imediata, ela possui, por outro lado, uma especificidade dentro da sociedade burguesa, que se liga — precisa e contraditoriamente — à sua inutilidade e falta de finalidade para os fins determinados pelo mercado. Na medida em que a indústria cultural rompe com este valor de uso específico submetendo-se às leis do mercado, “o caráter mercantil da arte se desfaz ao se realizar completamente”.

⁶ Adorno se apropriou do conceito marxiano de mercadoria absoluta para descrever a arte moderna que, mesmo como mercadoria, desde Baudelaire, permaneceu irredutível a um valor socialmente utilitário. Em *O capital* (1996 p. 257), Marx se refere à função do dinheiro como meio de pagamento enquanto “a existência autônoma do valor de troca, mercadoria absoluta”.

Se as obras de arte são efetivamente a mercadoria absoluta como aquele produto social que rejeitou, para a sociedade, toda a aparência do Ser — aparência que habitualmente as mercadorias mantêm com dificuldade —, a relação de produção determinante, a forma da mercadoria, insere-se então tanto nas obras de arte como a força social produtiva e o antagonismo entre as duas. A mercadoria absoluta seria desembaraçada da ideologia, que é inerente à forma de mercadoria, que pretende ser um para-outro, enquanto que, ironicamente, é apenas um para-si, que existe para os que dele dispõem. Sem dúvida, semelhante inversão da ideologia é, em verdade, uma inversão do conteúdo estético, e não imediatamente uma mudança da posição da arte relativamente à sociedade (TE 265).

É nessa medida que “nas mercadorias culturais consome-se o seu “ser-para-outro abstrato”, caracterizando a ideologia levada a cabo pelo valor de troca, onde tudo é cambiável e, em detrimento de suas qualidades específicas, equivalente.

O conteúdo de verdade das obras de arte, que é também a sua verdade social, tem, porém, como condição o seu caráter fetichista. O princípio do ser-para-outro, aparentemente o contrário do feiticismo, é o princípio da troca no qual se disfarça a dominação (TE 255).

Embora a ideologia reproduzida pela indústria cultural não se identifique com o modelo discursivo de ideologia de *A ideologia alemã*, onde o caráter de falsidade desta era sempre relativo à manutenção de uma ordem social injusta e se daria pela discrepância

entre o discurso formal de justiça e sua não-efetividade na realidade empírica, ela acarreta também, como acima exposto, aquele *princípio de supressão da contradição* que Marx procurou denunciar como ideológico no idealismo hegeliano. De diferentes modos, portanto, esses dois tipos de ideologia terminariam por colaborar para a manutenção do *status quo*. É a partir de tais proposições que Adorno nos permite conceber as preocupações filosóficas concernentes à obra de arte autônoma arte em relação ao processo de fetichismo da mercadoria onde

... os objetos se tornam bens de consumo no mercado, existindo para nada e para ninguém em particular, eles podem ser racionalizados — falando-se ideologicamente — como existindo inteiramente e gloriosamente para si mesmos (EAGLETON, 1993, p. 9).

Esse “para si” que caracteriza a produção dos objetos comuns, e também a produção da própria arte enquanto produto do espírito humano, é o que lhes confere o caráter de relativa autonomia na sociedade burguesa. Contudo, essa autonomia é profundamente ambígua: se por um lado ela constitui o elemento central da ideologia burguesa, por outro, ela fornece na estética o gérmen para a oposição crítica ao utilitarismo burguês: “A aporia da cultura modernista está nessa tentativa triste e doente de virar a autonomia contra a autonomia.” (EAGLETON, 1993, p. 10).

Se a sociedade burguesa permitiu que a arte se desenvolvesse de forma cada vez mais autônoma, essa mesma autonomia será o pré-requisito para que a arte possa se opor à ideologia de mercado da sociedade burguesa, através de uma racionalidade *sui generis* que não pode ser aferida pelos critérios da lógica científica, política, moral, etc. e passará a criticar a própria relação de valor de troca da sociedade capitalista.

As obras de arte contemporâneas, em sua exigência de autonomia, criticam essa relação venal das coisas na sociedade capitalista. É como se elas dissessem que nem tudo no mundo vale na medida em que se conforma a uma função preestabelecida. Ela parece nos dizer que seu significado pode ser construído a partir dela mesma, da relação que nós estabelecemos na singularidade da experiência de sua contemplação, sem que precisemos colocá-la como meio para um outro tipo de prazer (FREITAS, 2003, p. 46).

Nesse antagonismo está a dinâmica e o direito a existência da obra de arte, na medida em que sua autonomia lhe outorga o poder de se afirmar negativamente diante da realidade empírica “mesmo antes que elas assumam um partido qualquer, o processo que elas promovem contra o que lhes é exterior, o mero subsistente.” (TE 145). Somente enquanto resultado de uma força produtiva autônoma, livre da prescrição heterônoma que subjugava as demais forças de produção da sociedade, é que a arte confronta esta última. Sua contribuição para a sociedade está justamente na mediação em que os elementos empíricos

estão velados pelo sentido intra-estético da obra de arte, cuja “forma age como um ímã que organiza os elementos da empiria de um modo que os torna estranhos ao contexto da sua existência extra-estética *e só assim* eles podem assenhorear-se da sua essência extra-estética.” (TE 145).

É nesse contexto que se propõe a abordagem da questão da identidade e da autonomia estética da mercadoria cultural a partir da teoria da *Industria Cultural*, cujos produtos reproduzem em sua lógica interna o princípio de identificação coerciva da totalidade social. Este problema nos permite desde já situar o palco das discussões acerca da questão da ideologia no capitalismo tardio, também identificada à lógica mercantil de ser-para-o-outro presente na totalidade social e reproduzida pela mercadoria cultural a partir da quase “absolutização” do seu caráter fetichista, onde o valor de uso da obra tende a ser suprimido pelo seu valor de troca.

4 CONCLUSÃO

A arte moderna, também como mercadoria inserida no sistema de produção capitalista, passa por um processo de fetichização que lhe garante um tipo particular de autonomia como *ser em si espiritual*, que funciona como crítica imanente ao espírito identificatório tal qual ele se apresenta na *racionalidade instrumental* e no *princípio de troca*

vigentes no capitalismo tardio. Busca-se aqui compreender como a racionalidade *sui generis* da obra de arte autônoma consegue estabelecer uma identidade não-violentadora dos seus momentos particulares em sua unidade formal.

Ao negar o princípio identificatório do espírito com qualquer universalidade heteronômica pré-estabelecida, a arte moderna denunciará pela substancialidade de seus elementos dispersos e múltiplos a violência que a abstração conceitual os inflige. O sujeito entra numa relação de alteridade com a esfera espiritual autônoma da obra e se depara com os elementos particulares removidos do cotidiano, reconfigurados em outra esfera que a das relações de poder vigente na sociedade.

REFERÊNCIAS:

ADORNO, Theodor. **Aesthetic Theory**. Minneapolis: University of Minnesota press, 1997.

_____. **Dialética Negativa**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. **La Ideologia como lenguaje**. Madrid: Taurus, 1971.

_____. **Lecciones de Sociologia.** Buenos Aires: Proteo, 1969.

_____. **Filosofia da Nova Música.** Trad. Magda França. São Paulo: Perspectiva, 1974.

_____. **Minima Moralia.** Trad. Luiz Eduardo Bicca. São Paulo: Ática, 1993.

_____. **O ensaio como forma.** In: Theodor W. Adorno. Tradução de Flávio R. Kothe et al. São Paulo: Ática, 1986, p. 167-177.

_____. **Palavras e sinais: modelos críticos.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. **Teoria Estética.** Trad. A. Mourão. Lisboa: Martins Fontes, 1982.

ADORNO, T. W. HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento.** Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

_____. *Ideologia.* In: Temas Básicos de Sociología. São Paulo: Cultrix, 1973.

_____. **La Ideologia.** In: *Leciones de Sociologia.* Buenos Aires: Proteu, 1969.

ANDRADE, Francisco Antônio de. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel: sociedade civil segundo Marx.* **Síntese: Revista de Filosofia,** Belo Horizonte, v. 26, n. 86, p. 265-277, 1999.

ARANTES, Priscila. *Arte e Crítica Social em Adorno.* **Princípios: Revista teórica política e de informação,** n. 40, Fev – Abr. 1996, p. 78 – 81.

BERMAN, Marshal. **Tudo que é sólido desmancha no ar:** a aventura da modernidade. Trad. Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CARCANHOLO, Marcelo Dias. A importância da categoria valor de uso na teoria de Marx. **Pesquisa e Debate,** São Paulo, v. 9. n. 2, p. 17-43, 1998.

COOCK, Deborah. Adorno, ideology and ideology critique. **Philosophy & Social Criticism,** Londres, v. 27, n. 1, p. 1 – 20, 2001.

_____. *Critical Stratagems in Adorno and Habermas: Theories of Ideology and the Ideology of Theory.* **Historical Materialism,** v. 6, n. 1, p. 67-88, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **O Que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DUARTE, Rodrigo. A. P. **Adornos**: Nove ensaios sobre o filósofo frankfurtiano. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.

_____. *Seis nomes, um só Adorno*. In: *Artepensamento*, org. por Aduino Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

_____. **Dizer o que não se deixa dizer**. Chapecó: Argos, 2008.

_____. **Mimesis e Racionalidade**: a concepção de domínio da natureza em Theodor W. Adorno. São Paulo: Loyola, 1993.

DURÃO, F.; ZUIN, A.; VAZ, A (org.). **A Indústria Cultural Hoje**. São Paulo: Boitempo, 2008.

EAGLETON, Terry. **A Ideologia da Estética**. Tradução de Mauro Sá Rego Costa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

_____. **Ideologia**: uma Introdução. trad. Luis Carlos Borges e Suzana Vieira. São Paulo: Boitempo, 1997.

FREITAS, Verlaine. **Adorno e a arte Contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. **Para uma dialética da alteridade:** a constituição mimética do sujeito, da razão e do tempo em Theodor Adorno. Tese. Belo Horizonte: Fafich, 2001.

_____. **Unidade instável:** O conceito de forma da obra de arte na “Teoria estética” de Th. Adorno. Dissertação. Belo Horizonte: Fafich, 1996.

GONÇALVES, Márcia C. F. A Dialética entre Arte e Conceito na Fenomenologia do Espírito de Hegel. In: **Revista Eletrônica de Estudos Hegelianos**. Disponível em: < <http://www.hegelbrasil.org/rev03g.htm> >. Acesso em: em 03 mar 2011.

GOMBRICH, Ernst. **História da arte**. São Paulo: Círculo do Livro, 1972.

HAUG, Wolfgang F. **Crítica da estética da mercadoria**. Trad. Erlon José Paschoal. São Paulo: Unesp, 1996.

HEGEL. **Estética**. Lisboa: Guimarães, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Hegel**. 2. ed. Trad. Henrique C. L. Vaz, Orlando Vitorino, Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Victor Civita, 1980.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. Trad. Sebastião Uchôa Leite. São Paulo: Centauro, 2003.

JAY, Martin. **As idéias de Adorno**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Cultrix, 1988.

KONDER, Leandro. **A Questão da Ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

MARX, Karl. **O 18 brumário e cartas a Kugelmann**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **O Capital**. Regis Barbosa e Flavio Kothe. São Paulo: Abr. Cultural, 1983. V. 1.

_____. **O Capital**. São Paulo: Nova Cultura, 1996. V. 1.

_____. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Trad. de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Obras escolhidas**. Trad. de Álvaro Pina. Lisboa: Edições Avante, 1982. V. 1.

MEW. Marx; Engels; Werke. Berlim, Dietz, 1959 e anos seguintes.

MINISTÉRIO, Marco. **O Paradoxo da Autonomia**. São Paulo. Novas Edições Acadêmicas, 2014.

NOBRE, Marcos. **A Dialética negativa de Theodor W. Adorno: a ontologia do estado falso**. São Paulo: Iluminuras, 1998.

PEDROSO, Gustavo J. T. **A Realidade como ideologia: sobre o problema da ideologia na obra de Theodor Adorno**. 2007. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e Falência da Crítica**. São Paulo: Boitempo, 2008.

SERRA, J.M. Paulo. **Alienação**. Covilhã: LusoSofia, 2008.

STANGOS, Nikos (org.). **Conceitos da Arte Moderna**. Trad. Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

VASCONCELLOS, Caio Eduardo Teixeira. **O Moloch do Presente: Adorno e a crítica à sociologia**. Dissertação. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VEGA, Mario Alejandro Molano. Aparência estética y reconciliación: arte y política em Adorno. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 34, pp. 81-90, dez. 2009.

WOOD, Allen W. Alienation. In: Edward Craig (Org.). **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1998, pp. 178-181. V. 1.

ZIZEK, Slavoj (org.). **Um mapa da ideologia**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

André Luiz Peruhype Magalhães¹

Geraldo Felipe Medeiros Cruz²

RESUMO: O presente trabalho é um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre os contratos administrativos e sua possibilidade de ser um título executivo extrajudicial no processo de execução, uma vez que, como será demonstrado, possui os requisitos de título executivo, como dita o códex de processo civil. Por suas características e objetos, a doutrina não tem se posicionado de forma clara acerca desta possibilidade, sendo assim foi realizada uma pesquisa nas mais diversas fontes e principalmente, em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que contribuíram muito como fonte de pesquisa para este trabalho, logo há de se observar que a lei também prevê que são títulos os documentos públicos, e um contrato administrativo tem essa característica de ser um contrato público, ou seja, um documento público, logo se conclui que o contrato administrativo é título executivo extrajudicial, hábil a propositura da execução por qualquer das partes, o poder público no inadimplemento do particular, ou o particular em face ao poder público.

¹ Mestre em Direito e Instituições Políticas, professor de Direito Tributário e Teoria Geral do Processo.

² Graduado em Direito pelo IESI/FENORD.

Palavras-chave: Administração. Contrato administrativo. Título Executivo. Jurisprudência.

ABSTRACT: The present work was a study in doctrine and jurisprudence on administrative contracts and its ability to be an executive title in extra judicial execution process, and the requirements of this title possessor executive, said the codex as civil procedure, and even their features and objects, the doctrine is not positioned clearly about this possibility, so a search was conducted in various sources and especially in some of the Supreme Court judged that contributed much as a source of research for this work, soon to noted that the law also provides that securities are public documents, and an administrative contract has this characteristic of being a public contract, ie, a public document, soon to conclude this paper by stating that the administrative contract is executive-court title , skillful execution of the filing by either party default in the public power of the individual, or the individual in the face of public power.

Keywords: Administration. Administrative contract. Executive Title. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O tema é de vital importância no mundo jurídico por tratar de assunto muito relevante e ainda não pacificado. Como se verá, indaga-se se o contrato administrativo é título executivo? Assim, a Administração ou particular poderá ingressar diretamente com uma Ação de Execução ou faz-se necessário ingressar com uma Ação de

Conhecimento? Lembrando que neste haverá, por parte do magistrado, uma atividade de cognição, imprescindível a prolação de uma sentença, formadora de um título executivo judicial, o qual, posteriormente, em caso de não cumprimento da sentença, viabilizará uma execução, ou melhor, uma fase de cumprimento de sentença.

O grande problema do assunto em comento está na ausência de previsão expressa na legislação de que o contrato administrativo teria força executiva. Observa-se que em vários incisos do artigo 585 e seguintes do Código de Processo Civil, onde são regulamentados os títulos executivos, a legislação deixa aberta a interpretação. Ademais, várias doutrinas afirmam que a questão é pouco mencionada. Logo, é necessário recorrer a jurisprudência e fazer análise de julgados para que se verifique o posicionamento jurisprudencial.

Desta maneira, diante da falta de informações acerca do tema, tanto na doutrina quanto na legislação propriamente dita, tem-se a necessidade de estudo do assunto, sobretudo em relação a vital relevância para o profissional que atuar nas relações que envolvem as contratações públicas.

2 NOÇÕES GERAIS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, faz-se necessário o apontamento de algumas noções gerais sobre contratos administrativos.

2.1 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Nas breves palavras de Marçal Justem Filho “uma das dificuldades no estudo do contrato administrativo reside na pluralidade de figuras abrangidas, ou seja, a expressão contratos administrativos indica um gênero que comporta muitas espécies” (JUSTEM FILHO, 2009, p. 351).

A Expressão “contrato administrativo”, é conceituada de forma diferente pelos autores. Seguindo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contratos administrativos são “os ajustes que a administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos segundo o regime jurídico de direito público” (DI PIETRO, 2011, p. 254).

Por sua vez, José Dos Santos Carvalho Filho conceitua contrato administrativo da seguinte forma: “o ajuste firmado entre a

administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo Direito Público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 169).

Não se pode esquecer o teor do parágrafo único do artigo 2º da lei 8.666/1993, o qual dispõe que:

(...) Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (BRASIL, 1993).

Logo, contrato administrativo, em síntese, é o acordo entre a administração e um particular, regido por normas de direito público.

2. 2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato administrativo apresenta como primeira característica ter a natureza *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado. Nas palavras de Carvalho Filho a natureza *intuitu personae* se justifica:

(...) por que o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela administração isso sem prejuízo da sua responsabilidade legal e contratual (CARVALHO FILHO, 2009, p. 173).

Em segundo, a presença da administração pública como Poder Público também é característica dos contratos administrativos. A Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular. Essa supremacia vem expressa precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitantes, privilégio ou de prerrogativas.

Também é característica dos contratos administrativos a finalidade pública. Insta salientar que essa é uma característica presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado.

Obediência à forma prescrita em lei também é uma característica do contrato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que “para os contratos celebrados pela administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma, esta é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria administração, para fins de controle da legalidade” (DI PIETRO, 2011, p. 265).

O procedimento legal dos contratos administrativos também pode ser elencado como uma de suas características. Neste contexto, a

lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos. Esse procedimento pode variar de uma modalidade de contrato administrativo para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização - pela autoridade competente -, indicação de recursos orçamentários e licitação. Em exemplo, a própria Constituição Federal no art. 37, XXI exige licitação para os contratos de obras, compras, alienações serviços (BRASIL, 1988).

Por fim, o contrato administrativo, em regra, é um contrato de adesão. Assim sendo, “todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela administração, ou seja, a administração impõe todas as condições necessárias para pactuar com ela” (DI PIETRO, 2011, p. 270).

2.3 MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao Direito Público, compreendem-se a concessão de serviço público, a concessão de obra pública, a concessão de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as últimas na forma de parcerias público-privada) o contrato de prestação ou locação de serviços, o contrato de obra pública, o contrato de fornecimento, o contrato de empréstimo público e o contrato de função pública.

Assim, o contrato administrativo de obra pública e de prestação de serviços, regido pela lei 8.666/93, que em seu artigo 6º, I e II define obra pública como toda:

(...) construção, reforma, fabricação, recuperação, realizada por execução direta ou indireta e serviço como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da administração pública tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação manutenção, transporte locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais (BRASIL, 1993).

Já o contrato de fornecimento, é um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública adquire bens móveis e semoventes necessários a execução de obras ou serviços. Quanto ao conteúdo, não se distingue do contrato de compra e venda. Insta salientar que muitos doutrinadores não consideram o contrato de fornecimento como um contrato administrativo.

Por sua vez, o contrato de gestão que também é uma modalidade de contrato administrativo, tem sido utilizado como uma forma de ajustes entre a Administração Pública direta e entidades da Administração indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e que poderiam ser enquadradas, por suas características, como entidades paraestatais.

O consórcio administrativo é outra modalidade de contrato administrativo, e é definido como acordo de vontades entre duas ou

mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns. Essa modalidade de contrato acontece frequentemente entre Municípios para obtenção de objetivos comuns, tal como saúde.

Finalmente necessário abordar o contrato de terceirização. O tema da terceirização está presente, não porque seja uma nova modalidade de contrato administrativo, já que se trata de contratação que pode assumir várias formas, já analisadas – mas porque o vocábulo vem sendo utilizado com frequência no âmbito do direito administrativo e foi referido no art. 18§ 1º da lei de responsabilidade fiscal (BRASIL, 2000).

Nas lições de Di Pietro (2011, p. 290), “os contratos de concessão em suas vastas modalidades são contratos administrativos por excelência”. No que tange à concessão tem-se uma grande variedade de modalidades, as quais passam a ser abordadas a seguir.

2.3.1 Concessão: conceito e suas modalidades

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão. Desta maneira, é uma espécie de contrato administrativo através da qual transfere-se a execução de

serviço público para particulares, por prazo certo e determinado. Os prazos das concessões são maiores que os dos contratos administrativos em geral. Exemplos: 40; 50 e 60 anos. O Poder Público não poderá desfazer a concessão sem o pagamento de uma indenização, pois há um prazo certo e determinado. Assim, a concessão não é precária (não pode ser desfeita a qualquer momento).

Nas lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua em sua obra concessão assim.

(...) o contrato administrativo pelo qual a administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais (DI PIETRO, 2011, p. 273).

Existem várias modalidades de concessão.

Com efeito, há a concessão de serviço público que em sua forma tradicional, é disciplinada pela lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995). Nessa modalidade, a remuneração básica decorre da tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço. Logo pode-se conceituá-la como o contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante

tarifa paga pelo usuário do serviço ou outra forma de remuneração que advém da exploração deste.

Por sua vez, também há a concessão patrocinada. Essa, que constitui modalidades de concessão de serviço público, é instituída pela lei nº 11.079/04, como forma de parceria público privada. Nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária da concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado). Em síntese, é uma concessão de serviço público que se sujeita a um regime jurídico diferente da concessão de serviço público ordinária (BRASIL, 2004).

Há também a concessão administrativa, que tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública, seja a usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A concessão administrativa esta disciplinada também pela lei nº 11.079/04. Nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado. Conforme estabelece o art. 2º da lei 11.079/04, concessão administrativa é o contrato administrativo de prestação de serviços de que a administração pública sendo usuária direta ou indireta ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento de bens (BRASIL, 2004).

Concessão de obra pública, que também é uma modalidade de contrato administrativo, possui espécies disciplinadas pela lei 8.987/95 (BRASIL, 1995) ou pela lei 11.079/04 (BRASIL, 2004). Essa

concessão é um contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Por fim, tem-se ainda a concessão de uso de bem público como modalidade de contrato administrativo. Essa modalidade, com ou sem exploração do bem, é disciplinada por legislação esparsa. A concessão de uso de bem público é um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bens públicos, para que exerça conforme sua destinação.

2.4 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Cláusulas exorbitantes são cláusulas que, em regra, seriam consideradas ilícitas em contratos privados. Não obstante, são comuns em contratos administrativos. Essas cláusulas dão prerrogativas unilaterais à Administração, de maneira que esta fica em posição superior à parte contratante.

Entendido o que são cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, passa-se a enfocar algumas dessas cláusulas.

De início, há que se destacar a exigência de garantia. Por esta a Administração tem a faculdade de exigir garantia nos contratos de obra,

serviços e compras, conforme prevê o artigo 56, §1º da lei 8666/93. A garantia pode ser nas seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, fiança bancária (BRASIL, 93).

A alteração unilateral também se apresenta como cláusula exorbitante nos contratos administrativos. A alteração unilateral “visa possibilitar uma melhor adequação às finalidades de interesse público, mais especificamente, o art. 65, I, estabelece as possibilidades de alteração unilateral” (DI PIEDRO, 2011, p. 272). Vale dizer que existem vários requisitos para que haja uma alteração contratual unilateral, tais como: adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida; respeito à natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto, ou seja, não se admite a alteração de um contrato de venda para um contrato de permuta; respeito ao direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico financeiro inicialmente pactuado; com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo § 1º do art. 65 da lei 8666/93 (BRASIL, 1993).

Além da alteração contratual unilateral também pode a Administração proceder a uma rescisão contratual unilateral. Tal possibilidade está prevista no artigo 58, II combinado com os artigos 79 e 78, incisos I a XII e XVII da Lei 8666/93 (BRASIL, 1993). De sorte que, a contratação unilateral ocorrerá em casos de inadimplemento com culpa e inadimplemento sem culpa que abrangem

situações que caracterizem situação de insolvência da parte contratante, ou mesmo não havendo inadimplemento, a situação de insolvência aponte o comprometimento da execução do contrato. Ademais, razões de interesse público caso fortuito ou de força maior também podem ensejar a rescisão unilateral do contrato.

A fiscalização também se apresenta como uma cláusula exorbitante presente nos contratos administrativo. Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella DI Pietro, a fiscalização:

Trata-se de prerrogativa do poder público. Também prevista no art. 58 III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (DI PIETRO, 2011, p. 275).

Nos contratos administrativos celebrados pela Administração, tem ela a prerrogativa de aplicação de penalidades. Isso ocorrerá quando houver inexecução total ou parcial do contrato, sendo que a sanção aplicada será de natureza administrativa, conforme artigos 58 IV da lei 8666/93. Dentre as sanções indicadas tem-se:

Art. 87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (BRASIL, 1993).

Ainda no que tange às cláusulas exorbitantes, não se pode esquecer da anulação no âmbito da Administração Pública. Neste contexto, a Administração, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer controle de seus próprios atos, cabendo-lhe, o poder de anular aqueles que contrariam a lei, eis a prerrogativa da autotutela. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a anulação do contrato não exonera a Administração do dever de pagar o contratado pela parte do contrato já executada, sob pena de enriquecimento ilícito (RESP 876140)³.

Além das medidas executórias já analisadas, o artigo 80 da lei 8.666/1993 prevê ainda, como cláusula exorbitante, determinadas prerrogativas que tem por objeto assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que sua parada possa gerar prejuízo de interesse

³ <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200601772276>

público. Isso é o que se entende por cláusula exorbitante de retomada do objeto, presente nos contratos administrativos.

Por fim, insta salientar que no direito privado quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumpri-lo também, socorrendo da exceção do contrato não cumprido. Contudo, no direito administrativo, o princípio da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público impede que o particular interrompa a execução do contrato, quando a Administração não tenha cumprido com sua prestação contratual. Destarte, configurada está uma cláusula exorbitante de restrição do uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

2.5 RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A rescisão do contrato administrativo, segundo Jose Carvalho Filho, “se origina de um fato jurídico superveniente nascido de uma manifestação volitiva” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 208). Essa manifestação admite diversidade quando a pessoa do emitente e quanto ao modo em que é formalizada, por isso pode ser classificada em três grupos: a rescisão amigável, a rescisão judicial e a rescisão administrativa.

Com efeito, a rescisão amigável é a que decorre da manifestação bilateral dos contratantes. Logo, nessa hipótese não há

litígio entre as partes, mas sim interesses comuns, sobretudo da administração que, quanto ao desfazimento, terá discricionariedade em sua resolução.

Já a rescisão judicial ocorre quando a desconstituição do contrato administrativo provém de decisão emanada de autoridade investida de função jurisdicional. Essa é a modalidade normalmente adotada pelos particulares contratados pela Administração, quando ela, de algum modo, descumpra as obrigações pactuadas, pois o fato é verificado em ação judicial e a decisão decreta a rescisão e, quando requerido pelo interessado, condena aquele que deu causa ao pagamento da devida indenização.

Por sua vez, a rescisão administrativa definida no estatuto como a “demanda por ato unilateral e escrito da administração (art. 79, I). De fato nesse caso a desconstituição do contrato decorre da só manifestação unilateral da administração e não pode o contrato opor-se a ela” (BRASIL 1993).

Além da rescisão amigável, judicial e administrativa, há também a rescisão por arbitragem, a qual está prevista na Lei nº 9.307, de 1996 (BRASIL, 1996). Essa lei regulou o instituto da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Muitas pessoas têm se valido desse instrumento para fugir à reconhecida morosidade do Poder Judiciário.

2.6 EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A extinção do contrato administrativo se dá de várias formas

Com efeito, a primeira forma de extinção do contrato administrativo ocorre com cumprimento do objeto do contrato. Nessa esteira, “as partes conseguiram o que pactuaram e voltam, sem a menor dificuldade, as respectivas situações anteriores” (GASPARINI, 1992, p. 416).

Lado outro, há contratos que preveem que as obrigações deles decorrentes perdurem por determinado lapso de tempo. Findado o tempo, conseqüentemente, ocorre o término do contrato, isto é, o contrato se extingue.

Outra forma de extinção do contrato administrativo ocorre quando há a impossibilidade material ou jurídica de cumprimento dele. A impossibilidade material é quando o fato constitui óbice intransponível para a execução das obrigações ajustadas. É o caso do desaparecimento do objeto. Por sua vez, já a impossibilidade jurídica admite-se, em tese, o cumprimento da obrigação, mas não nas condições jurídicas decorrentes do contrato.

O contrato administrativo pode ainda ser extinto pela invalidação. Havendo vício de legalidade no contrato, deve ele sujeitar-se à invalidação, ou anulação, como denominam alguns autores.

Por fim pode se concluir neste tópico que nas diversas modalidades de contratos administrativos que existem, ambos são sempre emanados por ato de um agente público competente, que prevê obrigações para as partes.

3. NOÇÕES DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

3.1 CONCEITUAÇÃO

Segundo Carnelutti, o título executivo seria o documento representativo da existência do crédito exequendo, ou seja, seria uma prova legal da existência do crédito, já previsto em lei (*apud* NEVES, 2009, p. 780).

Título executivo, nas palavras de Elpídio Donizetti, “é o documento previsto na lei como tal e que representa uma obrigação certa, líquida, que uma vez inadimplida, possibilita o manejo de uma ação executiva” (DONIZETTI, 2011, p. 897).

E continua, já “os títulos executivos extrajudiciais representam relações jurídicas criadas independentemente da interferência da função jurisdicional do Estado, do processo de conhecimento; representam direitos acertados pelos particulares” (DONIZETE, 2011, 898).

Segundo Dinamarco (2004, p. 248), os títulos executivos extrajudiciais "são os atos da vida privada aos quais a lei processual agrega tal eficácia e assim também são as inscrições de dívida ativa".

Destarte, título executivo extrajudicial é nada mais nada menos, o documento que representa o acerto de direitos entre os particulares, e que sua forma, requisitos e previsão, nasce da vontade do legislador. Assim, o título executivo extrajudicial dispensa o processo de conhecimento e possibilita o imediato processo de execução, viabilizando a constrição do patrimônio do executado.

3.2 PREVISÃO LEGAL

O artigo 585 do Código de Processo Civil brasileiro elenca em seu conteúdo quais são os títulos executivos extrajudiciais.

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (BRASIL, 1973).

Do artigo citado, os incisos mais importantes para o presente trabalho são II e III. Falar-se-á brevemente sobre eles, principalmente sobre o inciso II do artigo 585 (BRASIL, 1973). Observa-se que o documento público para ser reconhecido como título executivo deve conter uma obrigação de dar coisa certa, de fazer ou não fazer, bem como que esse documento satisfaça os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Quanto ao inciso III, salienta-se que a Administração tem a faculdade de exigir garantia nos contratos de obra, serviços e compras. Essa previsão também está esculpida no artigo 56, §1º da lei 8666/93 (BRASIL, 1993). A propósito, essa garantia pode se manifestar nas seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Ressalta-se que escritura pública é espécie de documento público. De mais a mais, enquanto a escritura pública é ato privativo

do tabelião de notas, o documento público pode ser produzido por qualquer agente público no exercício de suas funções. Assim, pode-se colocar, neste último, o contrato administrativo, como se verá adiante.

3.3 REQUISITOS DE CERTEZA, LIQUIDEZ, E EXIGIBILIDADE

A doutrina não tem entendimento uníssono no que tange a definição dos três requisitos da obrigação contida no título executivo previstos no art. 586 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Para Cândido Rangel Dinamarco (2004), a certeza deve ser entendida como a necessária definição dos elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (natureza e individualização do objeto) do direito exequendo representado no título executivo.

A liquidez não é a determinação, mas a mera determinabilidade de fixação do *quantum debeat*, ou seja, o “quanto se deve” ou o “o que se deve”, não é necessário que o título indique com precisão o quantum que se deve, mas que contenha elementos que possibilite realizar a fixação do *quantum debeat*.

Assim pode-se entender que mesmo havendo a necessidade de cálculos matemáticos para chegar ao valor total do título, tal questão não afasta a qualidade de título executivo.

Por exigibilidade entende-se que inexistente impedimento à eficácia atual da obrigação, que, por sua vez, restou inadimplida, sem que haja termo, condição ou contraprestação.

3.4 ESCRITURA PÚBLICA E DOCUMENTO PÚBLICO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

A escritura pública é um documento elaborado em cartório, por agente que detém a função pública. A escritura pública é mais usada para levar a registro acordos entre particulares, como a compra e venda de um imóvel e empréstimos.⁴

Por sua vez, “são documentos públicos os escritos materialmente realizados por órgãos estatais, como o escrivão, o tabelião e funcionários públicos em geral” (DINAMARCO, 2004, p. 272).

Tanto a escritura pública quanto o documento público, conforme previsão do inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil brasileiro são considerados títulos executivos extrajudiciais, desde que presentes os requisitos do título executivo.

⁴ <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=2665>

Cumpra observar que o disposto no inciso II do artigo 585 do CPC não impõe a presença de testemunhas para que a escritura pública e o documento público sejam considerados títulos executivos, sendo necessária apenas a aposição da assinatura do devedor.

Nesse sentido, deve-se observar o seguinte julgado que trata de uma confissão de dívida por uma autoridade administrativa, veja:

PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DOCUMENTO PÚBLICO. CONFISSÃO DE DÍVIDA POR PARTE DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA/FUNASA COM BASE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APELO PROVIDO.1. Sentença que reconheceu que o Termo de Reconhecimento da dívida assinado pelo Coordenador Regional da FUNASA não autoriza o credor a valer-se da ação executiva, vez que não constitui título executivo extrajudicial.2. O ato administrativo consistente em Termo de Reconhecimento da dívida, firmado após devido processo administrativo, reveste-se da qualidade de título executivo, enquadrando-se com perfeição no conceito de "outro documento assinado pelo devedor", tendo em vista que trata-se de confissão de dívida emanada por agente de órgão público.3. O título apresentado é apto a subsidiar a execução. O CPC confere ao termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento a força de título executivo extrajudicial, dotado de liquidez e certeza. Estão presentes, no referido documento, todos os requisitos, quais sejam: certeza, liquidez e exigibilidade O inc. II do art. 585 do CPC. 3. Execução deve prosseguir obedecendo ao rito do art. 730

do CPC. CPCII585CPC730CPC4. Apelação provida (408874 AL 0007373-55.2006.4.05.8000, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Data de Julgamento: 30/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 22/04/2010 - Página: 244 - Ano: 2010).⁵

Por outro lado, quando a Administração pública é a parte que reconhece a dívida, esta deve ter legitimidade para praticar tal ato, sob pena de nulidade do documento, por vício na competência, senão veja o que diz a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TÍTULO EXECUTIVO. ART. 585, II, DO CPC. PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.585IICPC

1. Conforme dispõe o art. 585, II, do CPC, pode ser considerado título executivo extrajudicial qualquer "documento público assinado pelo devedor", devendo assim ser considerado aquele documento produzido por autoridade, ou em sua presença, com a respectiva chancela, desde que tenha competência para tanto.585IICPC

2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que "A Câmara Municipal, como ordenadora de despesas, tem competência para emitir título executivo extrajudicial em relação aos pagamentos de seus membros e de seus funcionários" (REsp 594.874/MA, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 19/12/2005, p. 322). 3. Recurso especial conhecido e improvido (599634 MA

⁵<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PROCESSO+ADMINISTRATIVO+T%C3%8DTULO+EXECUTIVO+EXTRAJUDICIAL&s=jurisprudencia>

2003/0185724-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 06/11/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.11.2006 p. 310)⁶

Por fim entende-se que documento público é título executivo extrajudicial e como restará demonstrado no próximo item, dentre ele se encontra o contrato administrativo.

4. O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Analisando o artigo 585 inciso II, do Código de Processo Civil pode-se chegar à seguinte conclusão: o contrato administrativo é um documento público porque emana de ato do Poder Público. Destarte, quando esse documento público – contrato administrativo – preenche os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, há que se admitir que restou configurado o título executivo extrajudicial.

Considerando a falta de informações doutrinárias acerca do tema, o trabalho busca guarida na jurisprudência.

⁶<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9184217/apelacao-civel-ac-408874-al-0007373-5520064058000-trf5>

Com efeito, existem alguns julgados que fundamentam que o contrato administrativo é um título executivo extrajudicial. Em sentido semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. O contrato administrativo é documento público. Basta a assinatura das partes (Lei 8.666/93, art. 61). Não há necessidade de testemunhas. Uma vez devidamente cumprido pelo contratado e acompanhado de demonstrativo do débito formaliza título executivo extrajudicial. Exegese do art. 585, II, c/c o art. 614, II, do CPC.

2. Se no contrato administrativo foi ajustada condição suspensiva, no sentido de o pagamento ocorrer quando consumado repasse de recursos da Caixa Econômica Federal ao Contratante, uma vez tendo o Governo Federal, por meio de Decreto, em ato de caráter geral, caracterizando fato do príncipe, cancelado todo repasse, atingindo reflexamente todo contrato, desapareceu, por ocorrência superveniente alheia à vontade das partes, aquela condição. Por conseguinte, venceu-se o débito, descabendo, conseqüentemente, o juízo de extinção por inexigibilidade do título.

3. Incidindo o art. 515, § 3.º, do CPC, nada obsta que o Tribunal julgue desde logo o mérito.

4. Apelação provida, e mérito julgado na forma do art. 515, § 3.º, do CPC, acolhendo em parte os embargos à execução. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Civil, Apelação Civil, nº 70010053312, 2005).

Observa-se, no julgado supracitado, que o ponto mais importante alegado pelo tribunal foi de que o contrato administrativo é documento público e que basta a assinatura das partes para se configurar o título executivo extrajudicial esculpido no art. 585, II do Código de Processo Civil. No mais, a lei 8.666/93 menciona os demais requisitos necessários à formalização do contrato administrativo, *in verbis*:

Art. 61 da Lei 8.666/93, Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei (BRASIL, 1993).

Em suma, para que o contrato administrativo seja considerado título executivo extrajudicial é prescindível testemunha, uma vez que o contrato tenha sido elaborado com obediência as formalidades legais – previstos no artigo supracitado –, preencha os requisitos de exigibilidade, liquidez e certeza, bem como que o contratado tenha cumprido com sua prestação e apresente demonstrativo do débito.

O Superior Tribunal de Justiça também possui precedente acerca do assunto, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 535CPC2. Os embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não podem ser considerados protelatórios (Súmula 98/STJ), o que justifica o afastamento, se postulado, da multa aplicada nos termos do art. 538 do CPC. 538CPC3. O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da persuasão racional. Destarte, inexistente cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova técnica. 131Código de Processo Civil 4. É defeso a esta Corte de Justiça reexaminar, em sede de recurso especial, a conclusão do Tribunal de origem no sentido da desnecessidade de realização de prova pericial, porquanto, nesse caso, seria preciso adentrar o conjunto fático-probatório, o que, no entanto, é vedado nesta via recursal, nos termos da Súmula 7/STJ.5. Trata-se de execução fundada no inadimplemento de contrato administrativo firmado entre as empresas recorrentes e a Companhia do Metropolitan do Distrito Federal - METRÔ/DF -, celebrado para o fornecimento de bens, serviços, documentação técnica e bilhetes, visando à implantação do sistema de controle de arrecadação e de passageiros do Metrô do Distrito Federal. A empresa pública pretende o cumprimento das pendências existentes no

contrato firmado entre os litigantes, assim como a conclusão dos serviços não executados pelas contratadas. Foi justamente com o objetivo de atender ao interesse público que ela optou pela manutenção do contrato, afastando a hipótese de rescisão e preferindo, assim, executá-lo judicialmente. Destarte, o título executivo a que se visa atribuir caráter extrajudicial é o próprio contrato administrativo.⁶ Somente constituem títulos executivos extrajudiciais aqueles definidos em lei, por força do princípio da tipicidade legal (*nullus titulus sine legis*).⁷ O inciso II do art. 585 do CPC, com redação dada pela Lei 8.953/94, incluiu entre os títulos executivos extrajudiciais as escrituras públicas ou outros documentos públicos, os documentos particulares e os instrumentos de transação, passando, assim, a contemplar as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, além das já conhecidas obrigações de pagar coisa certa e de entregar coisa fungível, previstas na redação anterior do referido dispositivo legal. II585CPC8.9538. O julgamento da controvérsia pressupõe a resolução de dois pontos fundamentais: (1º) definir se o contrato administrativo firmado entre os consórcios e a empresa pública enquadra-se em alguma das hipóteses do inciso II do art. 585 do CPC; (2º) verificar se o contrato em exame está revestido dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, previstos no art. 586 do CPC. Quanto ao primeiro aspecto, ressalte-se que esta Corte de Justiça, em algumas ocasiões, ao interpretar o disposto no art. 585, II, do CPC, tem reconhecido a natureza de documento público aos contratos administrativos, tendo em vista emanar de ato do Poder Público. Entende-se, portanto, que o contrato administrativo "caracteriza-se como documento público, porquanto oriundo de ato administrativo perfeito e revestido de todas as formalidades inerentes aos contratos públicos" (REsp 700.114/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.5.2007). Nesse sentido: REsp 487.913/MG, 1ª

Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.6.2003; REsp 882.747/MA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.11.2007). Quanto ao segundo aspecto, a Corte de origem, soberana no exame dos aspectos fáticos e probatórios da lide e das cláusulas contratuais e do edital de licitação, concluiu que o título executivo extrajudicial está revestido de certeza, liquidez e exigibilidade, na medida em que as obrigações estipuladas ao contratado estão devidamente especificadas no contrato administrativo e no ato convocatório do certame, e que os documentos acostados nos autos demonstram a liquidez e a exigibilidade do contrato administrativo. Portanto, não há como entender-se em sentido diverso no presente recurso especial, sob pena de se incorrer nas vedações insertas nas Súmulas 5 e 7/STJ.II585CPC586CPC585IICPC: REsp 487.913/MG9. As questões relativas ao efetivo cumprimento pelas empresas das obrigações estipuladas no contrato e à satisfação pela empresa pública de suas contraprestações podem ser analisadas na via dos embargos à execução, porquanto a cognição, nesse caso, é ampla. 10. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a regra de não-aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta, tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/93, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV). A propósito: AgRg no REsp 326.871/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 20.2.2008; RMS 15.154/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.12.2002. Além disso, não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido de que as empresas necessitariam pleitear judicialmente a suspensão do contrato, por inadimplemento da Administração Pública. Isso, porque, conforme bem delineado pela Ministra

Eliana Calmon no julgamento do REsp 910.802/RJ , "condicionar a suspensão da execução do contrato ao provimento judiciale (2ª Turma, DJe de 6.8.2008) 1, é fazer da lei letra morta". Entretanto, não há como aplicar a "exceção do contrato não-cumprido" na hipótese em exame, porquanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios informou que não há obrigações não-cumpridas pela empresa pública. Isso, porque: (a) houve "concordância da Administração em efetuar o pagamento dos serviços que ainda faltam faturar e executar, da correção monetária dos pagamentos em atraso e dos valores retidos"; (b) "a emissão do Certificado de Recebimento Definitivo somente ocorrerá após o recebimento efetivo do sistema, tal como determina o subitem 20.3 do edital (fl. 433 dos autos da execução)"; (c) não há direito à indenização pelos períodos de suspensão do contrato, na medida em que "os embargantes aderiram a todos os termos aditivos dos contratos sem demonstrar qualquer irresignação" (fls. 849/851). 11. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa aplicada em sede de embargos declaratórios. 8.666 REsp 326.871/PR REsp 910.802/RJ , "condicionar a suspensão da execução do contrato ao provimento judiciale (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RE 879046, 2009).

O caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça passou por dois prismas. Primeiro analisou a possibilidade de um contrato celebrado pelo Poder Público e um particular se enquadrar em alguma das hipóteses do inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil. Segundo verificou se o referido contrato preenchia os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Observa-se que a resposta a ambos os quesitos foi positiva, de maneira que o Superior Tribunal de Justiça

reconheceu que o contrato administrativo, se preenchidos todos os requisitos legais, pode ser considerado um título executivo extrajudicial.

O inciso II do art. 585 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 8.953/94, incluiu entre os títulos executivos extrajudiciais as escrituras públicas ou outros documentos públicos, os documentos particulares e os instrumentos de transação, passando, assim, a contemplar as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, além das já conhecidas obrigações de pagar coisa certa e de entregar coisa fungível, previstas na redação anterior do referido dispositivo legal.

Ressalta-se que no julgado há a presença de vários aspectos comuns aos contratos administrativos, tais como natureza de documento público e presença de uma obrigação para com o particular.

Pode-se perfilhar que a decisão supracitada pacificou ao menos momentaneamente o assunto, já que o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação, em última análise, das leis federais, ao fazer a exegese do inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil, reconheceu que os contratos administrativos estão insertos na expressão ‘documento público’.

Não obstante, o que pode suscitar dúvida, em cada caso, é saber analisar se a prestação que se pretende executar decorreu de uma obrigação de fazer, não fazer, dar coisa certa, entre outras, e, por fim, buscar apurar o quantum se deve, ou seja, a liquidez da obrigação.

O excerto acima transcrito é a decisão mais citada do Superior Tribunal de Justiça, eis que nela foi firmado o entendimento de que o contrato administrativo é espécie de documento público e que, presentes os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, o contrato administrativo, por analogia ao artigo 585, II do Código de Processo Civil, é um título executivo extrajudicial.

Entende ainda o Superior Tribunal de Justiça que a necessidade de se fazer cálculos matemáticos para se aferir o *quantum debeatur* – liquidez- do contrato administrativo não afasta o caráter de executoriedade do referido documento, senão veja:

PROCESSUAL CIVIL. TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS. DOCUMENTO PÚBLICO. CÁLCULOS ARITMÉTICOS. LIQUIDEZ DO TÍTULO. PRECEDENTES DESTA CORTE. De acordo com o disposto no art. 585, II, do CPC, consideram-se títulos executivos extrajudiciais: "a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores". A melhor interpretação para a expressão documento público é no sentido de que tal documento é aquele produzido por autoridade, ou em sua presença, com a respectiva chancela, desde que tenha competência para tanto. Destarte, o contrato de prestação de serviço firmado com a administração pública é documento público, hábil a embasar a competente ação de execução. Se o contrato juntado aos autos da ação executiva revela o valor e a forma de pagamento do serviço, corroborado por notas fiscais demonstrando sua realização, perde subsistência o argumento de incerteza e iliquidez do título. Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a simples

necessidade de realização de cálculos matemáticos para se chegar ao montante real da dívida não possui o condão de retirar a liquidez do título. Recurso Especial provido.585IICPC (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RE 487913, 2003).

O entendimento acima citado fortalece o entendimento de que o contrato administrativo pode ser considerado um título executivo extrajudicial hábil a propositura de processo executório, mesmo que necessário a prática de cálculos matemáticos para se apurar a liquidez da dívida.

Com base nos julgados do Superior Tribunal de Justiça pode-se perfilhar que os contratos administrativos, nas modalidades de fornecimento de bens, de obras e de prestação de serviços podem ser considerados como títulos executivos.

Vale dizer que o contrato administrativo é um ato administrativo, assim deve possuir todos os requisitos dos atos administrativos. Logo, havendo vícios que tornem o ato ineficaz ou inexistente, o documento não poderá ser considerado público e, por conseguinte, restará despido da qualidade de título executivo.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não é possível cobrar créditos devidos em virtude de inexecução de contratos administrativos, via processo de execução - por não constituir título executivo hábil ao feito. Assim sendo, em que pese os contratos administrativos serem títulos executivos extrajudiciais, a cobrança de futura indenização a ser ajuizada pela Administração em face do

particular contratado – em razão de inexecução contratual, não pode constituir título executivo extrajudicial. Esse crédito deve ser constituído em dívida ativa e desta se extrairá a Certidão de Dívida Ativa - CDA, que é título hábil para o procedimento de execução fiscal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos administrativos são muito diferentes dos contratos particulares como se pode ver no tópico noções gerais de contratos, são regidos por uma legislação específica que, em regra, é a lei 8.666/1993, mas podem ter outras leis, já que a capacidade de legislar sobre direito administrativo é concorrente, podemos ter leis municipais, estaduais e federais, enquanto os contratos normais são regidos pelo Direito Civil.

Conforme salientado nas noções de títulos executivos viu-se que a previsão legal para o tema se trata da expressão “documento público” prevista no artigo 585 do Código de Processo Civil, assim temos também a análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais de Justiça, em que se concluiu que o contrato administrativo é um documento público, já que se amolda na hipótese do inciso II, do artigo anteriormente mencionado.

Doutra banda, o contrato administrativo, mesmo que pendente a apuração do quanto deve ser pago (necessite de meros cálculos

matemáticos), ainda assim não perde o requisito de liquidez, ou seja, de obrigação líquida.

Desta maneira, por tudo que foi exposto, tem-se que os Contratos Administrativos são títulos executivos extrajudiciais, pois, com espeque, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, os mesmos se enquadram perfeitamente no conceito de documento público.

Por tudo isso, tem-se que, uma vez reunindo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade os Contratos Administrativos podem ser executados, pois são considerados títulos executivos extrajudiciais, enquadrado como espécie de documento público. Tal fato, permite a celeridade processual, haja vista que se evita os processos de conhecimento.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.9087, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público – Contratos Administrativos. Recurso Especial nº 876140. Recorrente: Estado de Sergipe.

Recorrido: Emlinge Serviços Gerais Comercio e Representação Ltda.
Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200601772276>. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Administrativo – Contrato – Empreitada – Preço Global**. Recurso Especial nº 879046. Recorrente Consórcio Isotech e Outro. Recorrido: Companhia do Metropolitan do Distrito Federal – METRO/DF. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?Numreg=200601090192>. Acesso em: 27 de nov. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. **Títulos executivos extrajudiciais. Documento público. Cálculos Aritméticos. Liquidez do Título. Precedentes desta corte**. Recurso Especial nº 487.913. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:
http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_487913_MG_08.04.2003.pdf. Acesso em: 27 de noV. de 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. V. 4.

DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas 2011.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Civil. **Licitação e contrato administrativo**. Apelação Civil, nº 70010053312. Recorrente: Município de Apareci Novo. Recorrido: Pavimentações e Construções Junges Ltda. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70010053312&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25>

B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3AAnull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 27 de nov. de 2012.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Lorena Colares¹

José Osvaldo S. Gomes²

RESUMO: A valorização dos Direitos Humanos trouxe à tona complexos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, que inclusive são veiculados pelos meios de comunicação constantemente. Demonstrou que os direitos e princípios que garantem a dignidade da pessoa humana não são respeitados na maioria dos estabelecimentos penais no Brasil, que juntamente com a superlotação carcerária, entre outros fatores, influenciam o aumento da criminalidade, impossibilita a reintegração do preso à sociedade e contribui com o alto índice de reincidência. Dessa forma, a solução dos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro não está em uma ação isolada, mas em um conjunto de possibilidades, que parte desde o investimento em políticas sociais, como educação, saúde, segurança, à fiel aplicação do estabelecido pelas normas de Direito Internacional no que tange aos Direitos Humanos, pela Lei de Execução Penal e pelo Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Humanos - Sistema Penitenciário Brasileiro – Lei de Execução Penal – Código Penal Brasileiro.

¹ Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Integrado - FENORD

² Especialista em Direito Público pela PUC – Minas, Mestrando em Gestão Integrada do Território na Universidade Vale do Rio Doce - G. Valadares MG - Professor de Direito Constitucional do IESI-FENORD

ABSTRACT: The valuation of Human Rights has brought out complex problems faced by the Brazilian prison system, which also are carried by the media constantly. Demonstrated that the rights and principles that guarantee human dignity are not respected in most prisons in Brazil, which together with prison overcrowding, among other factors, influence the increase in crime, prevents the reintegration of prisoners into society and contributes with the high recidivism rate. Thus, the problems faced by solution Brazilian prison system is not an isolated action, but on a set of possibilities, which starts at investment in social policies such as education, health, security, faithful application of the established standards international law with regard to Human Rights, the Penal Execution law and the Brazilian Penal Code.

Keywords: Human Rights - Brazilian Prison System - Criminal Law Enforcement - Brazilian Penal Code.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro amplia e reproduz as desigualdades sociais, é espaço para as mais variadas situações de violação dos direitos humanos e como instituição política vem mantendo seu caráter punitivo, porém pouco ressocializador, o que gera uma situação de insegurança na sociedade ao perceber o aumento da criminalidade.

O reflexo da desvalorização desses direitos é exatamente o contrário do proposto pela norma, já que a finalidade da pena é a

reprovação do mal produzido e a prevenção do crime, buscando, além disso, a ressocialização do condenado.

Não se nega que os indivíduos que cometeram alguma infração penal devem ser penalizados, punidos por seus atos. Porém, critica-se, em relação à pena de privação de liberdade, o modo como os condenados são abandonados dentro de estabelecimentos penais sem a mínima estrutura adequada, cujas condições são extremamente degradantes, vivendo em situação desumana.

O que acontece na realidade é o descaso e a falta de respeito às normas já estabelecidas e ao condenado. Por isso, é cabível e necessária a reflexão se, realmente, a dignidade da pessoa humana e os direitos garantidos pela norma não devem igualmente ser respeitados, pelo fato de se tratar de condenados à pena de privação de liberdade por crimes que efetiva ou supostamente foram cometidos.

Uma possível solução para parte dos problemas do sistema penitenciário brasileiro está na aplicação de penas alternativas para os crimes menos gravosos e com penas de curta duração. O que se quer, na realidade, é que sejam aplicadas as determinações legais já existentes, não deixando sem punição os criminosos, mas aplicar penas condizentes com a gravidade dos crimes.

Buscar-se-á analisar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana a partir da sua aplicabilidade ao sistema penitenciário brasileiro; a finalidade e a aplicação das penas, sob a ótica da Lei de Execução Penal.

A preocupação em torno dos direitos humanos se faz cada vez mais necessária, em busca da justiça e do bem estar social. Além de serem assegurados pela Constituição Federal, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral, entre inúmeros outros, são garantidos em diversos tratados internacionais. Esses direitos são comuns a todos os seres humanos, sem distinção de

raça, sexo, classe social, religião, etnia. São inerentes a qualquer pessoa, em qualquer situação.

2 BREVE VISÃO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, de uma forma geral, correspondem à somatória de valores, de atos e de normas que possibilitam a todas as pessoas uma vida digna.

Para MORAES (2013), em sua concepção atual, os direitos humanos fundamentais constituem o resultado da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e o direito natural

Ainda, para MORAES (2013), essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Foi durante o século XX que os direitos humanos ganharam maior importância e relevância, incorporando-se ao pensamento jurídico do século XXI.

Doutrinadores sustentam que o fundamento e a justificativa dos direitos humanos estariam ligados ao positivismo e ao jusnaturalismo.

Para OLIVEIRA (2011, p. 17),

O positivismo estaria representado na estruturação jurídica (previsão legal) dos direitos humanos. [...]

Já o jusnaturalismo entende que a pessoa humana é o fundamento absoluto dos direitos humanos,

independentemente do lugar em que esteja, devendo ser tratada de modo justo e solidário.

Para melhor compreensão, há que se mencionar três marcos históricos fundamentais sobre os direitos humanos: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da II Guerra Mundial.

À época do iluminismo foi valorizada a razão, o espírito crítico e a fé na ciência; a Revolução Francesa fez nascer os ideais representativos dos direitos humanos, quais sejam a igualdade, a liberdade e a fraternidade; por fim, com o final da II guerra Mundial, sedimentou-se a consciência da necessidade de não se permitir que seres humanos novamente sofressem aquelas atrocidades cometidas pelos nazistas.

Foram estes alguns marcos da história que contribuíram para a valorização da pessoa humana, inclusive no plano internacional. Nesse sentido, o Direito Internacional da Pessoa Humana é formado pela somatória da Constituição e dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa, dentre outros.

Visando à proteção da pessoa humana, independente de sua condição, nacionalidade ou lugar onde se encontra, não deve haver restrições entre o direito nacional e o direito internacional pactuado, deve-se então prevalecer aquele que for mais favorável.

O mesmo vale para a Soberania de cada Estado Internacional, como um princípio não absoluto dos Estados, pois deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos.

A soberania de cada Estado, por intermédio do direito internacional, permite que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos alcancem as normas constitucionais e infraconstitucionais dos entes internacionais que os assinam.

Esclarece GRECO (2011, p. 30):

Os governantes começaram a entender que o conceito de soberania não tem como se manter de forma rígida. A ingerência externa, muitas vezes, faz-se necessária, exercendo influência na legislação dos Estados (Soberanos). Para isso são criadas Organizações internacionais, a exemplo da Organização das Nações Unidas-ONU, bem como Tribunais Internacionais, cuja finalidade também é sancionar os Estados que não obedecem às suas determinações.

Através da Organização das Nações Unidas, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada após as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, os direitos humanos passaram a ser um assunto de interesse geral. “Os países não podem mais tratar as pessoas humanas de qualquer forma, pois podem sofrer uma responsabilização na esfera internacional” (OLIVEIRA, 2011, p. 33).

Ainda sobre os tratados, essa expressão pode ser utilizada para abranger as cartas, as convenções, os pactos e demais acordos internacionais, celebrados entre sujeitos de direito internacional.

O Brasil faz parte de vários documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, vinculados à Organização das Nações Unidas (ONU) que contêm princípios básicos de proteção. Nesse sentido, merecem destaque: A Carta das Nações Unidas, Declaração universal do Direitos Humanos, Convenção Sobre Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A Carta das Nações Unidas foi redigida e assinada na cidade de São Francisco, Califórnia, por 50 países representantes, tendo em vista a necessidade de um efetivo controle da paz mundial e segurança internacional, logo em seguida, em decorrência desta Carta a

Organização das Nações Unidas estava oficialmente criada. O art. 1º da referida Carta das Nações Unidas, prevê os objetivos das Nações (ONU, 1945);

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948 em Paris, “caracteriza-se como uma manifestação histórica contra as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, apontando o devido e necessário respeito aos direitos humanos, entendidos como universais” (OLIVEIRA 2011, p. 57). A Declaração é uma norma internacional cogente, obrigatória e

vinculante, que os Estados têm o compromisso de assegurar, uma vez que esta Declaração é especial e faz parte do direito internacional.

A tortura é utilizada pelo homem desde o início dos tempos, já foi utilizada inclusive como forma de obter confissão do réu. A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes foi adotada pela ONU em 1984, entrando em vigor internacionalmente em 1987, foi ratificada pelo Brasil em 1989. Feita para impedir as práticas de desrespeito à dignidade da pessoa humana, sobre as quais promete assegurar a proibição total da tortura e proteção contra tais atos e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante.

O art. 1º da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes define o que é tortura:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram (BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde, 1984).

Oliveira (2011, p. 74) afirma que,

[...] para garantir que pessoas não sejam submetidas a atos cruéis, desumanos ou degradantes, o art. 16 da Convenção estabelece que os Estados-partes deverão coibir atos dessa natureza, ainda que não considerados atos de tortura nos termos do art. 1º; enfatizando que os dispositivos deverão merecer interpretação ampla, de modo a não restringir outros de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88) como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, o que torna impossível a convivência com a tortura no Brasil.

Oliveira (2011, p. 37) afirma que,

A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (STF, HC 85.988/PA (MC) rel. Min. Celso de Mello).

Além disso, estabelece ainda o art. 5º, inciso III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A criação da Lei 9.455, de 07.04.1997 regulamenta o que é estabelecido no art. 4º da Convenção contra a tortura e define os crimes de tortura, tornando viável a proteção Constitucional.

3 A PENA E A PRISÃO

Definitivamente, o homem não nasceu para ser e ficar preso. A liberdade é uma característica fundamental, uma condição para o ser humano. Uma necessidade e um bem essencial.

A história das penas começou com a expulsão do primeiro casal do paraíso, após sua desobediência ao provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, como narrado no texto bíblico, no livro do Gênesis.

A partir daí o homem não parou de praticar atos graves contra seus semelhantes. Iniciou-se a realização de comportamentos nocivos àqueles que estavam ao seu redor.

É de se observar que cada grupo social sempre possuiu regras que puniam aquele que praticava atos contrários a seus interesses. Isso era uma questão de sobrevivência do próprio grupo, em ter algum tipo de punição para impedir comportamentos que colocavam em risco a sobrevivência deles mesmos.

“A palavra pena provém do latim *poena* e do grego *poiné*, e tem o significado de infligção de dor física ou moral que se impõe ao transgressor de uma lei”(GRECO, 2011 p. 126).

Tendo em vista que o instituto da pena sofreu modificações ao longo dos tempos, a primeira modalidade de pena foi consequência, basicamente, da vingança privada. Momento em que o único fundamento da vingança era a retribuição a alguém pelo mal que havia

praticado. Essa vingança poderia ser exercida pelos parentes da vítima ou pelo grupo social em que estava inserido, além daquele, é claro, que sofreu o dano.

Já a Lei do Talião pode ser considerada um avanço na aplicação de penas, isso porque trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho, dente por dente” traduzia um conceito de Justiça, mesmo que ainda apegado à justiça privada.

Em um momento posterior houve o surgimento de outra fase, ao transformar a Lei do Talião em composição. O ato contrário praticado não mais se compensa com sofrimento pessoal, mas com alguma utilidade material, representada pela entrega de animais, armas, dinheiro. Sendo assim, já não é mais o preço da vingança.

Mais tarde, surge a figura do arbítrio, em que um terceiro, estranho ao conflito apontaria com quem estava a razão. Essa pessoa seria alguém que conhecesse os costumes do grupo social em que estavam inseridas as partes, nesse caso os anciãos ou os sacerdotes.

Em um último estágio, o Estado chamou para si a responsabilidade de resolver esses conflitos existentes, como também a responsabilidade de aplicar a pena correspondente ao mal praticado. Era, então, o exercício da jurisdição (do latim *juris*: direito; *dicere*: dizer).

À medida que o tempo passou mudanças sociais ocorreram e as modalidades de penas foram variando. Praticamente, até o período Iluminista, as penas possuíam um caráter aflitivo, em que o corpo pagava pelo mal que o homem havia praticado.

Até o século XVIII as penas mais utilizadas eram as corporais, a pena de morte, além das penas infamantes. Nesse contexto, Cesare Beccaria - filósofo e jurista - em sua obra “Dos Delitos e das Penas” demonstrou os abusos e injustiças da brutalidade do regime absolutista

contra os menos favorecidos, o que influenciou o surgimento de uma nova fase, a humanização da pena.

A partir do final do século XVIII, essas penas corporais foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena privativa de liberdade. O progresso mais importante nesse sentido ocorreu com a passagem do Antigo Regime ao Estado Constitucional.

Na virada do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa, a pena de privação de liberdade passou a ocupar lugar de destaque, em atenção a um princípio que começava a surgir, o princípio da dignidade da pessoa humana. “O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.” (GRECO, 2011 p. 130).

Passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado. As penas - que eram extremamente desproporcionais aos fatos praticados - passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do fato, exigindo, ainda, que se estabelecesse a proibição ou determinação de alguma conduta para serem aplicadas. Além disso, a lei também já deveria estar em vigor antes da sua aplicação.

Quanto à prisão, a princípio, para aquele que havia violado uma norma, praticando determinada infração penal, era tida como custódia de natureza cautelar, uma vez que o indivíduo aguardava a decisão que poderia condená-lo a uma pena de morte ou a uma pena corporal.

As prisões, como local de cumprimento de pena, eram destinadas aos monges, a fim de cumprir alguma penitência, ligada a algum ato religioso. Por isso o nome penitenciária utilizado nos dias de hoje.

Na Antiguidade a prisão era um lugar de custódia provisória e tormento, onde o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, em

que havia o uso da tortura para tais fins. Procurava-se arrancar do acusado, de qualquer maneira, a confissão que o levaria a condenação. Poderiam ser aplicadas penas corporais, aflitivas, ou até mesmo a morte, obtida das mais variadas formas.

Os cárceres eram um local sem luz, úmido, povoado por insetos e animais peçonhentos, onde a comida era escassa e os acusados ficavam presos pelos pés em toras de madeira.

Havia também a possibilidade de prisão por dívidas, até o momento em que o próprio devedor ou alguém viesse a saldar a dívida. Ainda assim a prisão não era considerada a pena principal.

Da mesma forma que na Antiguidade, na Idade Média, a privação de liberdade do acusado era de natureza processual, não era entendida como pena. Eram utilizados os mais terríveis tormentos e não se cogitava cuidar do ser humano de forma digna. A multidão assistia ao sofrimento, escutava os gritos do condenado, como se os torturadores estivessem promovendo um espetáculo.

Os acusados ficavam presos em lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados do sol e até do próprio ar.

A partir da Idade Moderna, no início do século XVI, começou a ocorrer uma mudança de mentalidade, em vez dos espetáculos de horror em lugares públicos, preferiu-se desprezar o ser humano. Dessa forma novos problemas foram surgindo, começaram a exigir respostas imediatas por parte do Estado, foi então que a aplicação de penas privativas de liberdade ganhou força.

Entre os séculos XVIII e XIX, principalmente por conta dos ideais iluministas, novos sistemas penitenciários foram sendo desenvolvidos, procurando-se preservar um novo direito, a dignidade da pessoa humana, em que se procurava evitar os castigos desnecessários, as torturas, ou seja, os tratamentos degradantes a que eram submetidos todos aqueles que faziam parte do sistema prisional.

O século XX foi marcado por tentativas que pudessem fazer com que o condenado voltasse ao convívio em sociedade. Há, então a busca pela ressocialização, permitindo que, ao sair do sistema, pudesse procurar alguma ocupação lícita, porém a falta de condições mínimas para o cumprimento da pena de privação de liberdade fez com que o plano ressocializador não alcançasse o objetivo.

O Código Penal Brasileiro estabeleceu uma dupla finalidade da pena: primeiro, reprovando a infração penal praticada pelo agente; segundo, prevenção do crime.

Observa-se no sistema penitenciário brasileiro a violação aos direitos humanos, ao direito penal e até a Constituição Federal, posto que os condenados sofrem com a descaracterização do verdadeiro sentido com o qual o sistema foi criado.

O condenado, mesmo nessa condição, tem direito a uma vida digna e deve ter respeitadas sua integridade física e moral.

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta graves problemas causados pela negligência do Estado e a inobservância aos Direitos Humanos, ao Código Penal e também a Lei de Execução Penal. O reflexo disso é a superlotação carcerária, o alto índice de reincidência, o aumento da criminalidade, a violência e a ocorrência de rebeliões nos estabelecimentos penais.

A Constituição Federal, no sentido de proteger a dignidade da pessoa humana proibiu uma série de penas, como previsto no seu art. 5º, inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Em respeito ao estabelecido na Constituição o Código Penal Brasileiro prevê as seguintes penas: “I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa” (BRASIL. CPB, 1940).

As penas privativas de liberdade, de uma forma geral, são as de reclusão e detenção. A pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, aberto ou semiaberto; já a pena de detenção deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, podendo haver necessidade de transferência para o regime fechado de acordo com o art. 33, caput, do CPB (BRASIL, CPB, 1940).

O Código Penal Brasileiro prevê sobre regimes de cumprimento da pena (BRASIL, CPB, 1940):

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, §1º, “a”, ”b” e “c”)

Já as penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – VETADO; IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana (de acordo com o art. 43 do CPB).

Importante observar que as penas privativas de liberdade podem ser substituídas pelas restritivas de direitos, conforme preconiza o Artigo 44 do Código Penal Brasileiro.

A pena de multa tem natureza pecuniária, é uma sanção penal fixada na sentença e que será calculada em dias/multa, com base no maior salário mínimo mensal vigente à época do fato.

No tocante à finalidade da pena, desdobrada na reprovação do mal produzido pelo agente e na prevenção de futuras infrações

penais, o Artigo 59, caput do Código Penal Brasileiro estabelece (BRASIL, CPB, 1940):

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

De acordo com art. 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal, fica estabelecido, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL. CF, 1988).

No Brasil, este comando constitucional não é cumprido em sua integralidade, vez que é categórico em diferenciar o estabelecimento prisional, não autorizando a simples separação de categorias de presos em compartimentos de uma mesma unidade prisional.

Desrespeita a norma constitucional porquanto dispõe num mesmo ambiente, numa mesma atmosfera, pessoa recolhidas à prisão por diferentes situações que a legislação de forma cristalina determina separar.

Para Marcão (2014, p. 126)

A separação por categoria dos reclusos atende às Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, conforme estabelecem suas regras de aplicação geral, onde se dispõe que “as diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em

diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário, tendo em consideração o respectivo sexo e idade, antecedentes penais, razão da detenção e medidas necessárias a aplicar. Assim: a) Na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados[...]; b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados; c) Pessoas presas por dívidas ou outros reclusos do foro civil devem ser mantidos separados de reclusos de foro criminal; d) Os jovens devem ser mantidos separados dos adultos.

Ainda, o estabelecimento penal, de acordo com a Lei de Execução Penal, no art. 83, caput, “deverá contar com áreas e serviços destinados à assistência, educação trabalho, recreação e prática de esportes”.

Serão recolhidos em colônia agrícola, industrial ou similar aqueles destinados ao cumprimento da pena de reclusão ou detenção em regime semiaberto. A falta de estabelecimentos suficientes para atender a demanda faz com que aquele condenado que deveria cumprir sua pena nessa modalidade de estabelecimento passe a cumpri-la em regime fechado e acaba agravando a superlotação do sistema penitenciário, que já não suporta os condenados ao seu próprio regime.

Para Marcão (2014, p. 138),

É manifesto o equívoco dessa interpretação da lei, e tal compreender acarreta flagrante e odiosa violação de direito assegurado ao executado, que na verdade acaba sendo tolhido em seu direito, mais uma vez, em razão da desídia do Estado, que não disponibiliza vagas suficientes no regime semiaberto.

A casa do albergado está disposta no art. 93 da LEP e destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Não é diferente a ausência de estabelecimentos penais desse gênero, o que impossibilita o cumprimento das respectivas penas.

Destinada aos condenados à pena de reclusão em regime fechado, a penitenciária é o estabelecimento penal mais utilizado no Brasil para cumprimento de penas privativas de liberdade. O art. 88 da LEP regulamenta como deve ser alojado o condenado: em cela individual, com área mínima estabelecida, que tenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório. O local também deve ter salubridade, deve ser arejado dentre outras condições adequadas à existência humana. Ocorre que por vários fatores, o sistema penitenciário não se adequou ao estabelecido na Lei de Execução Penal.

Diferente da penitenciária, o presídio (cadeia pública) deve ser destinado ao recolhimento de presos provisórios em razão de prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e não ao cumprimento da pena definitiva. Mas na verdade, as cadeias estão cheias de condenados definitivos.

Essa irregularidade é criada pela crise que o sistema penitenciário enfrenta, gerando superlotação, agravando as situações de violação dos direitos fundamentais das pessoas e aumentando a situação de risco.

Existe, ainda, o estabelecimento penal federal de segurança máxima. Este é destinado ao condenado que já se encontra preso, mas apresenta risco à segurança pública ou do próprio detido, a exemplo dos “chefes” de organizações criminosas, ou do próprio preso, condenado ou provisório, cuja segurança estaria comprometida em outro estabelecimento penal.

Além da penitenciária, da cadeia pública, da colônia agrícola, industrial ou similar, da casa do albergado, a LEP regulamente ainda, o centro de observação, onde seriam realizados os exames gerais e criminológicos e o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que se destina aos doentes mentais, aos portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aos que manifestam perturbação das faculdades mentais.

São institutos raros no Brasil, praticamente inexistentes na forma que a lei prevê, caracterizando violação de direitos fundamentais.

Ao preso estão previstos tipos de assistência. As espécies de assistência ao preso e ao internado dispostas no Artigo 11 da Lei de Execução Penal, são enumeradas, como assistência material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), assistência à saúde (atendimento médico, farmacêutico e odontológico), jurídica, educacional, social e religiosa.

A LEP prevê em seu art. 5º, ainda, além dos direitos inalienáveis, que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal” (BRASIL, 1984). A classificação dos condenados tem a finalidade de destinar cada um, de forma individualizada, aos programas de execução mais adequados, conforme suas condições pessoais. Dessa forma deveria ser feito um exame-médico-psicológico-social que reunisse a maior quantidade de informações possíveis a respeito de delinquente com o objetivo de se obter classificação e individualização da execução adequadas a cada indivíduo. Há referência ao exame criminológico para os condenados à pena privativa de liberdade.

É possível evidenciar que a finalidade precípua da LEP é a de reeducar o criminoso e integrá-lo à sociedade. Neste sentido, a

execução penal deve possibilitar a mudança de suas atitudes e de seu comportamento social. Assim, por sua finalidade reeducadora, bem como com os tratamentos médicos, psicológicos, pedagógicos, o sistema penitenciário converte-se em tratamento penitenciário.

O objetivo do tratamento penitenciário é fazer com que o preso ou internado respeite a lei penal e que na medida do possível desenvolva uma atitude de responsabilidade individual e social em função da sua família, do próximo e da sociedade em geral. Mas isso, satisfatoriamente, não ocorre.

O que se tem é uma profunda crise no sistema. E são inúmeros fatores que contribuem para a crise penitenciária. Essa crise é o resultado de um Estado que não pratica as exigências indispensáveis para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, de modo que a proteção aos direitos fundamentais do homem não ocorre, tanto no que diz respeito à sua integridade física, alimentação, higiene, saúde, acesso à justiça, entre outros.

Ocorre que a sociedade, de modo geral, se satisfaz somente com a aplicação da pena privativa de liberdade como forma de vingança ao condenado que praticou a infração penal e merece “pagar” por isso. Se for aplicada ao condenado, por exemplo, a pena restritiva de direitos ou a pena de multa, surge a sensação de impunidade pois, como pagamento pelo que fez, ainda se entende que é necessário o sofrimento causado pela perda da liberdade do infrator.

Nesse sentido a superlotação é um grave problema quando se fala em crise no sistema penitenciário. A adoção de um Direito Penal Máximo, o ideal da prisão como resolução de problemas sociais, desenvolve esse fenômeno. Assim, são julgados pela Justiça Criminal fatos de pequena importância, o que contribui para a superlotação do sistema. Essas pessoas poderiam ter sido punidas de forma que não agravassem a crise. Existem ainda, aquelas pessoas que aguardam

presas seu julgamento e são absolvidas, ou mesmo tem a privação de liberdade substituída por outra pena, são fatores que, juntos, acabam contribuindo para um sistema superlotado.

Também a falta de investimento do Estado na construção de novos estabelecimentos penitenciários, por falta de verba, má gestão ou descaso, além do aumento excessivo de infrações penais cometidas, são fatores que causam a superlotação e conseqüente crise no sistema.

Sem perspectiva de vida, o indivíduo que não teve acesso à moradia, saúde, educação, lazer, cultura, alimentação, enfim, aos direitos mínimos inerentes ao ser humano, que praticou uma infração penal, cumpriu a pena estabelecida, quando procura se reintegrar à sociedade e não tem, nem tampouco teve o apoio e o interesse do Estado em cumprir sua função ressocializadora, acaba por praticar novas infrações penais.

O ambiente superlotado e com pouquíssimas condições de higiene onde esses seres humanos vivem é propício a proliferação de doenças contagiosas como a tuberculose, AIDS, hepatite e outras. Mediante a ausência de recursos mínimos para a manutenção da saúde, desde profissionais ou mesmo de medicamentos, permite que as doenças multipliquem e aumentem os gastos para o próprio Estado.

Considerável parcela dos servidores ou prestadores de serviço terceirizados atuantes no sistema prisional no Brasil cumpre o dever segundo os ditames legais. Todavia, o despreparo de outros tantos, a existência de uma rede de corrupção, em que o ingresso de armas, drogas, venda de acomodações privilegiadas, o acesso a telefones celulares e até mesmo a saída indevida de presos, configuram situação propícia para o descumprimento dos preceitos da dignidade humana e da preservação dos direitos humanos, por aqueles que ali representam Estado.

Em suma, o Estado não se compromete em resolver a crise no sistema penitenciário, manter a finalidade pela qual o sistema foi construído. Tal não é uma preocupação constante dos governos.

Nesse sentido, Greco (2011, p. 302) afirma:

Há, portanto, falta de interesse estatal em cumprir, inclusive, com aquilo que, muitas vezes, vem determinado em sua própria legislação, bem como nos tratados e convenções internacionais de que foram signatários.

[...]

Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos.

Além do dever de preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana, a LEP constitui ainda um extenso rol exemplificativo com direitos do preso. Sendo que a observância a todos esses direitos é de suma importância para que o condenado possa cumprir sua pena com dignidade e com a finalidade de se inserir novamente no convívio social. Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de

parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003) (art. 41 da Lei de Execução Penal)

Além de outras tentativas de soluções, tem-se de forma bem incipiente o processo de privatização das penitenciárias e presídios. As penitenciárias privadas seriam uma forma de garantir a reabilitação do detento e a garantia dos direitos humanos do preso a partir de uma mistura de gestão de empresas de segurança e hoteleiras, tendo em vista que a penitenciária pública não tem atendido aos anseios sociais. O sistema penitenciário pode ser privatizado basicamente em quatro modelos diferentes, segundo Luís Francisco Carvalho Filho, citado por Greco (2013, p. 309),

Há basicamente quatro modelos de intervenção: a empresa financia a construção e arrenda o estabelecimento para o Estado por determinado número de anos (30, por exemplo), diluindo-se os custos ao longo do tempo; a empresa transfere unidades produtivas para o interior de presídios e administra o trabalho dos presos; a empresa apenas fornece serviços terceirizados no âmbito educação, saúde, alimentação etc.; por fim, a forma mais radical, a empresa gerencia totalmente o presídio, conforme regras ditadas pelo poder público, sendo remunerada com base num cálculo

que leva em consideração o número de presos e o número de dias administrados.

A primeira penitenciária de iniciativa privada no Brasil foi inaugurada em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, no dia 18 de janeiro de 2013 e já completou um ano em 2014. Ela “foi construída por um consórcio de cinco empresas que venceu uma licitação por R\$ 280 milhões. Em contrapartida, o consórcio vai receber do estado R\$ 2,1 mil por preso todo mês, nos próximos 27 anos” (PRIMEIRA, 2013). Sendo assim, a empresa é totalmente responsável pela administração do presídio, alimentação, saúde, educação e trabalho dos presos, o Estado cuida da segurança prisional e da fiscalização.

Importante observar que através das Parcerias Público Privadas, a construção e manutenção de presídios teriam os custos reduzidos para o Estado.

A privatização do sistema penitenciário brasileiro seria uma solução para os problemas de superlotação carcerária, maus tratos, falta de higiene, alto índice de consumo de drogas, violência, dentre outros.

Vale destacar a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) é caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado na recuperação desses indivíduos. Possibilita a reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, respeita os direitos humanos fundamentais, como a valorização, a dignidade da pessoa humana e tem o amparo da Constituição Federal.

É uma entidade sem fins lucrativos e se mantém através de doações, por isso reduz os custos gerados pelo modelo convencional do sistema penitenciário. Além disso, conta com a colaboração da

sociedade na tentativa de proporcionar condições para que o condenado se recupere e consiga sua reintegração social.

A APAC não pretende deixar de lado a finalidade da pena de punir o indivíduo pela infração penal praticada, mas acredita que através da humanização do sistema penitenciário seja possível evitar a reincidência no crime. Também é limitada e não adentra na questão estrutural do problema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário que se mude as condições de vida no cárcere para que haja possibilidade de diminuição da criminalidade na sociedade como um todo.

A realidade, na grande maioria das penitenciárias brasileiras, é de descaso com o condenado, que passa a ser tratado como coisa, vivendo em locais insalubres, superlotados, sem as mínimas condições de higiene, sem atendimento médico, sem a menor perspectiva de melhora e com a mínima possibilidade de se reintegrar à sociedade.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Frente ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, não se tem a busca efetiva e realização satisfatória desse direito fundamental, inerente ao ser humano. O Estado, que deveria ser o maior responsável por sua observância, tem se tornado seu maior infrator.

Um local que deveria ser propício para o cumprimento da pena com o mínimo de dignidade exigido pela norma, e como instrumento de ressocialização, não cumpre esse papel.

É importante ter consciência de que o indivíduo que cumpriu uma pena privativa de liberdade dentro de um estabelecimento penal, nas condições subumanas em que a maioria deles se encontra atualmente, sofrerá influência do meio negativo e criminoso em que vive e, mais cedo ou mais tarde, voltará ao convívio em sociedade e certamente irá contribuir para o aumento da criminalidade, pela prática de outros crimes e o conseqüente aumento da reincidência.

O ponto de partida para a melhora dos problemas existentes no sistema penitenciário brasileiro está na fiel aplicação da Lei de Execução Penal, bem como no respeito aos direitos humanos, no que tange à dignidade da pessoa humana. É possível, também, melhorar o problema da superlotação do sistema penitenciário aplicando a pena privativa de liberdade somente a crimes mais graves, as outras infrações penais seriam punidas com penas restritivas de direito, penas de multa, etc

No entanto, diante da complexidade do problema, é necessário que se esclareça que não existe somente uma solução isolada, mas um conjunto de soluções que passam fundamentalmente pelo respeito aos direitos humanos fundamentais, propiciado pelo investimento estatal em políticas públicas sociais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BRASIL. Código (1941). **Código de Processo Penal**: Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 de jul. 2014.

BRASIL, Código (1940). **Código Penal Brasileiro**: Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 de jul. 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. **Decreto nº 18.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 01 de jul. de 2014.

BRASIL, Lei (1984). **Lei de Execução Penal**: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

BRASIL. (1997). **Lei n. 9.455 de 07 de abr. de 1997**. Define crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em: 01 de jul. de 1984.

FARIA, Ana Paula. **APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296>. Acesso em: 01 de jul. de 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 5. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. rev. ampl. atual. De acordo com a Lei nº 12.850/2013 (Organizações criminosas). São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. Coleção temas jurídicos.

OLIVEIRA, Erival da Sila. **Direito Constitucional**: Direitos Humanos. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)**. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conv_contra_tortura.pdf>. Acesso em: 01 de jul. de 2014.

ONU. **Declaração Universal dos direitos do Homem**. Disponível em:< <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 01 de jul. 2014.

PRIMEIRA penitenciária de iniciativa privada começa a receber presos Globo. com, 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2013/01/primeira-penitenciaria-de-iniciativa-privada-comeca-receber-presos.html>>. Acesso em: 01 de jul. de 2014.

VASCONCELOS, Emerson Diego Santos de; QUEIROZ, Ruth Fabrícia de Figueiroa; CALIXTO, Gerlania Araujo de Medeiros. **A precariedade no sistema penitenciário brasileiro**_ violação dos direitos humanos. Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10363&revista_caderno=3>.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **Trabalho Prisional e Reinserção Social: Função Ideal e Realidade Prática** – Disponível em <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/240-trabalho-prisional-e-reinsercao-social-funcao-ideal-e-realidade-pratica-fernanda-bestetti-de-vasconcellos>.

RELIGIÃO E DIREITO: ANÁLISE DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA NO DIREITO ISLÂMICO

Weber Bezerra Novais¹

RESUMO: Este artigo, num exercício do ramo da História do Direito, busca compreender as características do Direito islâmico, sobretudo no que diz respeito à influência da religião nas normas jurídicas, sua aplicação no cotidiano dos Estados muçulmanos e sua aplicação em casos que envolvem réus não-islâmicos. Além disto, busca compreender a influência do Direito islâmico nas relações internacionais e ainda, aspectos ligados ao respeito aos Direitos Humanos, tão questionados diante de acusações de atentados terroristas e desrespeito em casos de sentenças de morte aplicadas a não-islâmicos condenados por tribunais muçulmanos e em ações marcadas pelo fundamentalismo.

Palavras-Chave

Direito Islâmico. Religião. Relações Internacionais. Direitos Humanos. Fundamentalismo.

ABSTRACT

This article , in an exercise of the ranch of History of Law, focuses on characteristics of Islamic law , particularly as regards the influence of religion in the legal standard , its application in the daily life of Muslim states and its application in cases involving non- defendants Islamic . In addition, it seeks to understand the influence of Islamic law in international relations and also issues linked to respect for human

¹ Professor de Metodologia Científica, Orientação de Trabalho de Conclusão de Curso e Economia no IESI/FENORD. Mestre em História pela USS/ Vassouras – RJ.

rights, as questioned on charges of terrorist attacks and disrespect in cases of death sentences imposed on non - Muslims convicted of Islamic courts and in actions marked by fundamentalism.

KEY-WORDS

Islamic law. Religion. International Relations . Human Rights. Fundamentalism.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa compreender as características do Direito Islâmico, suas implicações nas relações internacionais entre os Estados islâmicos e os governos ocidentais e o respeito aos direitos humanos.

Desde a Guerra do Golfo e, sobretudo após os atentados aos Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001, quando o presidente Bush convocou o mundo para uma cruzada contra o terror, todo e qualquer ato terrorista que viria a acontecer em qualquer parte do mundo fora atribuído erroneamente e de maneira generalizada aos muçulmanos, provocando nas pessoas atitudes xenófobas e preconceituosas. Atualmente nova discussão se abre com as ações radicais do grupo intitulado Estado Islâmico e a aplicação da pena de morte em Estados muçulmanos como ocorreu com brasileiros na Indonésia. Daí percebe-se a necessidade de esclarecer os pressupostos históricos do direito islâmico e as aplicações da pena capital na

198

atualidade; refletir sua legalidade ou ilegalidade e um eventual desrespeito aos direitos humanos e às relações internacionais.

Através da pesquisa bibliográfica e da análise de fatos divulgados através dos meios de comunicação, buscou-se analisar criticamente os fatos, considerando uma das características marcantes da lei islâmica que é sua inter-relação com os preceitos morais e religiosos, sua inspiração no Alcorão e em outros documentos jurídicos-religiosos produzidos desde as origens do islamismo, bem como procurou-se demonstrar que, apesar desta inter-relação, o Direito Islâmico continua evoluindo, abrindo-se a interpretações e atualizações por meio dos fátuos, admitidos como sentenças judiciais, exceto em casos de ofensa à moral islâmica.

2 UM BREVE RETRATO DA HISTÓRIA DOS POVOS ÁRABES

Não é o objetivo deste artigo aprofundar-se na História do Islamismo, mas faz-se necessário, para uma melhor análise do Direito islâmico, compreender como nasceu esta religião do deserto, como se desenvolveu chegando a formar um império com bases político-religiosas.

O Islã tem sua origem entre os séculos VI e VII da Era Cristã. Movimento localizado na Península Arábica, região marcada pela diversidade de credos, deuses, costumes, comportamentos. Entre os

árabes havia pouca coisa em comum – em destaque a língua e o costume de peregrinar à cidade de Meca (Makkah).

Povos seminômades desde a antiguidade, os árabes que viviam no deserto encontravam-se periodicamente em Meca, ao redor da Caaba (Kaabah), pedra negra em formato de cubo, local de culto às diversas divindades e ponto de encontro de comerciantes de todas as regiões da Península Arábica. Conforme Cavadas (2010, p. 8), “A Kaabah abrigava 360 ídolos religiosos em seu interior, representando cada uma das 360 tribos árabes existentes na península”.

Meca, então centro comercial (e por que não religioso), contava com uma diversidade de tribos árabes, das quais a mais importante era a tribo de Quraish, formada por mercadores e comerciantes influentes. No templo da Caaba todas as 360 tribos árabes e a tribo de Quraish encontravam segurança para prestar culto às suas respectivas divindades e, ao mesmo tempo, segurança necessária para viabilizar um intenso comércio entre elas (CAVADAS, 2010, p. 8).

Neste contexto surge a figura de Maomé, um membro da tribo dominante de Meca, que viria a revolucionar as relações econômicas, políticas e religiosas da Caaba com uma revelação capaz de proporcionar um elemento unificador das tribos árabes e transformar significativamente o mundo a partir da Península Arábica e chegando até a Península Ibérica – o Islã.

2.1 MAOMÉ, A REVELAÇÃO E A HÉGIRA

Muhammad ibn Abdalla, o profeta Maomé (cujo nome verdadeiro era Cothan) (COSTA, 2007, p. 108), vivia em Meca, centro cultural, político e religioso árabe, na região de Hedjaz, quando, aos 40 anos, começou a receber revelações (SILVA, 2009, p. 51).

Reza a lenda que Deus (Alah), através do anjo Gabriel (o mesmo da tradição judaico-cristã), revelou a Maomé uma nova religião, cujos preceitos deveriam guiar a vida daqueles que o seguiam em todos os âmbitos – comportamentos, relacionamentos (pessoais, comerciais, religiosos). Revelou ainda, a existência de um Deus único (Alah) merecedor de culto. Tais revelações que se iniciaram no ano 610 seriam compiladas num livro sagrado, o Corão, fonte maior de inspiração para a vida dos muçulmanos. Como condutor de caravanas, Maomé teve contato com diversos povos do Oriente, inclusive judeus e cristãos, Com os quais passou a conhecer os preceitos religiosos que influenciariam a religião islâmica no futuro (GAARDER, 2000, p.119).

Maomé começa, então a pregar a nova religião em Meca, conquistando um bom número de discípulos-seguidores e gerando conflitos com os mercadores da cidade. Obviamente uma pregação contrária ao elemento de atração de mercadores, peregrinos de todas as partes da Península seria significativamente prejudicial para os negócios. O resultado das pregações maometanas contra as atividades da Caaba (muito lucrativas para os comerciantes locais) resultou em perseguições e atentados contra sua vida, obrigando-o e a seus

seguidores a fugirem para a cidade de Medina, num episódio conhecido como *Hégira*, marco inicial do calendário mulçumano.

Em Medina a nova religião foi estruturada. Aumentou o número daqueles que passaram a professar a fé na existência de Alá (Deus único) e em Maomé (seu único profeta). Organizados e fortalecidos, os maometanos enfrentaram as forças de Meca e invadiram a cidade. Destruíram a idolatria na Caaba e instituíram as bases do islamismo e da conseqüente unificação dos povos árabes em torno da nova religião, num episódio conhecido como *Jihad* -Guerra Santa (SOUZA, 2014. p. 3).

2.1.1. Morte de Maomé e expansão do Islã

Maomé morre no ano 632 d.C., deixando como legado todos os preceitos islâmicos registrados no Alcorão; a unificação dos povos árabes, antes dispersos pela Península Arábica; e as bases para o futuro Império Islâmico. Desde o séc. VI, o oriente começa a passar por importantes conflitos provocados por interesses de terras. Os ensinamentos da religião islâmica começavam a se difundir conforme a evolução destes conflitos por todas as partes da África e Ásia.

Os árabes combatem e invadem a Síria no ano 636 d.C., o Iraque em 637, o Egito e todo o Norte da África em 641 (Cf. MARTINS, 1999, citado por SOUZA, 2014, p. 3). O Império se expande, chegando a

conquistar terras na Península Ibérica (Portugal e Espanha), conquista que durou até o ano 1492, com a queda de Granada após a Guerra de Reconquista. Os conflitos entre muçulmanos e cristãos, sobretudo nas Cruzadas são épicos e tornaram-se marcantes para a história do Ocidente.

Atualmente, o islamismo predomina praticamente em todo o norte da África e países de língua árabe. É a religião que mais cresce no mundo, aproveitando do fluxo migratório da população árabe para o ocidente e também o Renascimento cultural, período de descrença e críticas aos valores do cristianismo e aos dogmas da Igreja, principalmente devido à evolução da ciência e críticas a alguns mitos e lendas que perpetuaram durante séculos (SOUZA, 2014, p. 3).

3 DIREITO ISLÂMICO – CARACTERÍSTICAS

No mundo islâmico as leis formam uma intrincada rede com os preceitos religiosos, de tal forma que se torna impossível a separação de ambos. O Direito muçulmano fundamenta-se no Alcorão, livro sagrado onde constam os preceitos religiosos revelados a Maomé pelo anjo Gabriel, no século VII da Era Cristã.

Diferente do que pensam os que possuem uma visão exageradamente crítica do islamismo, o Direito islâmico está em constante atualização e ampliação, apesar da imutabilidade de sua fonte

principal, o Alcorão, como percebemos em Nascimento (2004, p. 171) “Se, porém, ao longo do seu percurso, esse direito [...] vai se mostrando ‘ampliado, enriquecido e mais ou menos sistematizado’, é certo também que tal dinâmica não o desvia de suas origens”.

Não se pode discutir o fato de que o Direito islâmico traz em si um misto de religião e moral. Tal fato obriga os juristas islâmicos a observarem sempre as fontes principais na tarefa de ampliar ou atualizar as leis, sempre com a preocupação de não ferirem os preceitos religiosos ditados por Maomé. Nascimento (2004, p. 171) afirma que “o entendimento da norma islâmica não se completaria sem a combinação do seu estudo jurídico com o seu estudo religioso”.

Retomando a história do islamismo, sempre tendo em vista a tentativa de se compreender o surgimento do Direito islâmico, deve-se retomar o fato preponderante para a consolidação da religião muçulmana que foi a tomada de Meca pelas forças maometanas e sua transformação na primeira Cidade-Estado islâmica, com uma Constituição Escrita própria, texto que existe ainda hoje e que inspira as demais Constituições em Estados islâmicos atuais. Interessante observar-se que tal documento existiu antes mesmo da Magna Carta inglesa, de 1215 (CAVADAS, 2010, p. 10).

3.1 FONTES DO DIREITO ISLÂMICO

As fontes do Direito Islâmico são, o Alcorão, como já referido anteriormente, mas também a Sunnah e o Hadith. Além destes, a Idjma (novas leis, resultantes do consenso da comunidade muçulmana em geral), a analogia e a equidade (NASCIMENTO, 2004, p. 171). Os fundamentos do direito islâmico estão presentes na Shariah e em outras escolas doutrinárias instituídas ao longo dos anos no Oriente Médio.

A primeira fonte do Direito islâmico é o Alcorão, que diferente de outros livros teológicos das principais religiões no mundo, a saber, o Cristianismo, o Judaísmo e o Hinduísmo), “não apresenta contos mitológicos ou reflexões históricas sobre as origens e desenvolvimento de uma civilização sob o ponto de vista místico” (CAVADAS, 2010, p. 11). O Alcorão é um livro que traz em seu bojo, regras e ditames de costumes no âmbito social e religioso. Tais regras devem ser estritamente observadas por aqueles que a elas se submetem (islâmicos). Ainda segundo Cavadas (2010) “Verifica-se também marcados elementos de Direito Internacional Público no conjunto do Corão e na *Shariah* em geral, o que demonstra consciência jurídica dos povos islâmicos nesse sentido desde sua mais tenra época”. Cavadas cita, ainda, a Décima Sétima Surata do Alcorão a fim de evidenciar a consciência jurídica dos muçulmanos, especialmente no que diz

respeito aos princípios do Direito Internacional, em destaque o Direito da Guerra e Humanitário, afirmando que:

Em caso de Inevitável Conflito Armado, um povo islâmico jamais utilizará unilateralmente a força: inicialmente, tentará firmar negociações com a nação em litígio visando ao respeito de suas prescrições religiosas e culturais; em caso contrário, recorrer-se-á ao conflito armado a fim de solucionar o inevitável litígio (CAVADAS, 2010, p. 12).

O Alcorão prescreve e os islâmicos devem submeter-se a ele, a busca, em primeiro lugar, de uma solução pacífica para qualquer conflito. Antes da guerra declarada, deve-se tentar, por meio de mensageiros, a solução diplomática para situações de conflito.

O outro texto que deve ser considerado nesta análise das fontes do Direito islâmico é a já citada Constituição de Medina. Mesmo tendo sido escrita no ano 622, sete séculos atrás, ela não pode e nem deve ser desacreditada como fonte, uma vez que possui grande importância axiológica para o Direito Islâmico. De acordo com Cavadas (2010, p. 13), esta Carta serviu como fundamentação para os pilares do relacionamento entre todos os Estados islâmicos, contribuindo fortemente como elemento de ligação entre povos, cujo ponto em comum antes do advento do Islã era apenas a língua árabe.

Obviamente o texto da Carta Política de Medina está impregnado de valores e preceitos religiosos, referências ao Islamismo, elementos típicos dos documentos legislativos desta cultura. O que não

diminui o valor do Direito islâmico frente às relações internacionais. O próprio Islamismo, desde sua origem, mostra-se mais que uma religião, mas traz em seu conjunto um aglomerado de regras de condutas individuais e sociais que são transferidas também para o campo político.

4 A APLICAÇÃO DA LEI ISLÂMICA NA ATUALIDADE

Para que se possa entender o comportamento político e social nos Estados islâmicos, faz-se necessária uma análise do próprio conceito de Islã. Para tal remete-se à definição trazida por Cavadas (2010, p. 14):

A palavra deriva do Árabe *salam*, que significa "submissão, pureza, obediência". No sentido teológico, indica a submissão voluntária à vontade da divindade e à obediência a seus preceitos morais. Para tanto, verifica-se a existência de seis requisitos para que o adepto siga à risca os mandamentos implícitos no conceito de *Islam*.

Fica, mais uma vez, explícita a submissão do Direito aos preceitos religiosos do Islã, conseqüentemente, suas leis são inspiradas nos textos sagrados e da moral religiosa nascem as regras jurídicas. Tal fenômeno, aliás, não é exclusividade do islamismo, mas está presente

na história de diversos povos, desde a antiguidade, como ensina Gavazonni (2002, p. 54):

E no entanto, as leis espirituais são ditadas como apoio às leis civis, como aliás sempre ocorreu, como regra geral, desde antes de Hamurábi, até aos nossos dias. O “direito” historicamente sempre andou de braços dados com a religião, mesmo quando os movimentos revolucionários pretenderam apartar o Estado da Igreja - Revolução Francesa e Russa, e agora o Afeganistão- as leis são profundamente alteradas para adequarem-se a novos usos e costumes, em observância ao direito natural, portanto.

Nesta citação fica evidente ainda, um dos fatores que permitiram a rápida propagação do Islã e a fácil aceitação, não apenas entre os povos árabes, mas também pelos outros povos por onde o islamismo se difundia. Diferentemente do que ocorria no judaísmo e no cristianismo, por exemplo, onde regras, dogmas complicados, limitações impostas por uma hierarquia rígida e até um certo afastamento do fiel em relação a aspectos mais profundos da religião – no catolicismo, por exemplo, apenas o clero tem o poder de presidir os sacramentos, consagrar e abençoar objetos, etc. – no Islã o fiel só precisa obedecer a seis requisitos: professar sua fé no Deus único (Alá); professar sua crença nos anjos, como auxiliares de Alá; admirar os mensageiros e profetas de Alá, sobretudo Maomé; acreditar nos livros sagrados; na predestinação e no juízo final. Além disto, cabe ao crente fazer orações cinco vezes ao dia; peregrinar a Meca pelo menos uma

vez na vida; fazer caridade e professar sua fé em Alá e em Maomé, seu profeta.

Na religião islâmica não existe uma estrutura hierárquica como no cristianismo católico, tampouco uma classe de sacerdotes como no judaísmo, mas todo crente deve ler o Alcorão e, com base em seus ensinamentos, viver em sociedade.

A religião muçulmana influencia fortemente as relações internacionais nos países islâmicos. Sobre este aspecto afirma Cavadas (2010, p. 15):

[...] o desenvolvimento de condições básicas para o desenvolvimento das relações internacionais entre os Estados Islâmicos sempre esteve séculos à frente dos povos ocidentais, e nesse sentido as nações que adotavam o sistema jurisdicional islâmico observavam normas básicas de Direito Internacional e comumente eram dotadas de uma Lei Fundamental, elaborada de acordo com o modelo da "Constituição de *Madina*", esta tendo sido formulada pelo profeta *Muhamad*, no transcorrer da Hégira.

4.1 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI NOS PAÍSES ISLÂMICOS

Nascimento (2004, p. 171) ensina que a lei islâmica pode e deve ser interpretada no ato de sua aplicação prática. Para tal existe um juiz (qadi), que pode “invocar a interpretação do jurisconsulto, dito mufti,

cujo parecer, assumindo caráter legal, compõe um fátuo, com força de precedente” (NASCIMENTO, 2004, p. 172). Os fátuos, então, possuem caráter jurídico, mas também possuem força de decreto religioso, dando ao Direito islâmico um aspecto de atualidade e flexibilidade, fato ignorado por seus críticos.

Ainda conforme Nascimento (2004, p. 172), “A flexibilidade do sistema muçulmano ainda se manifestaria em relação a estrangeiros e não-muçulmanos”. No caso dos brasileiros presos na Indonésia, certamente este aspecto da lei foi observado, no entanto, o tráfico de drogas ofende a moral islâmica, diminuindo as possibilidades de um julgamento diferenciado ou com tribunal não islâmico para eles. Tal fato evidencia, mais uma vez a influência da religião no Direito.

5 AS CRÍTICAS (INFUNDADAS) AO ISLAMISMO

Na maioria das vezes as pessoas desenvolvem um posicionamento extremamente crítico em relação a um fato ou fenômeno, sem, no entanto, procurar aprofundar seu conhecimento acerca do mesmo. Tais críticas, baseadas no senso comum colaboram com a crescente xenofobia, preconceito e violência em relação a uma sociedade, cultura ou etnia. Sendo assim, faz-se necessária uma análise sobre algumas acusações feitas ao islamismo, sobretudo a partir de 2001.

5.1 FUNDAMENTALISMO

Segundo Boff (2012, citado por SOUZA, 2014, p. 6)

O termo fundamentalismo surgiu no protestantismo norte-americano em meados do século XIX. Quando professores de teologia da Universidade de Princeton publicaram uma coleção de doze livros sob o título *Fundamentals*, onde propunham um cristianismo extremamente rigoroso, ortodoxo, dogmático, como orientação, pois havia uma grande modernização tecnológica, e também dos espíritos, do liberalismo e da liberdade das opiniões, na sociedade norte-americana, colocando em risco a seguridade que a fé cristã oferecera.

O termo fundamentalismo hoje quase que completamente relacionado ao islamismo, na verdade foi utilizado pela primeira vez para designar uma prática cristã protestante nos Estados Unidos, em meados do século XIX. Relacionava-se a uma prática cristã extremamente rigorosa com seguimento literal aos ensinamentos bíblicos e dogmáticos cristãos, contra tudo o que se referia à “modernidade”, que teoricamente afastava os crentes de Deus.

Não se pode negar a existência do fundamentalismo islâmico. O que se pretende é mostrar que independente da religião sempre houve (e provavelmente haverá) grupos que, em nome da pureza religiosa, da busca incansável pela salvação, passem a negar os valores do mundo moderno ou de outras crenças, numa interpretação literal dos livros

sagrados, criando assim, uma animosidade em relação ao diferente que pode passar de uma situação de conflito para uma situação de confronto, guerra ou terrorismo.

Os fundamentalistas islâmicos tomam o Alcorão ao pé da letra, desde as atitudes em família, como na vida social e política. O Estado fundamentalista torna-se teocrático e estimula a Guerra Santa (Jihad) atacando o diferente em nome de Alá. Neste sentido Souza (2014, p. 7) afirma:

Para o fundamentalista militante, a morte é doce, pois transporta o mártir diretamente ao seio materno de “Deus”, enquanto a vida é vivida como cumprimento de uma missão divina: converter ou exterminar os infiéis. O grupo é o lar da identidade, o porto da plena segurança e a confirmação de estar do lado certo.

Daí os atentados terroristas com homens-bomba, pilotos suicidas e tantos outros. Importante destacar, porém, que nem todo muçulmano é fundamentalista ou terrorista. O próprio discurso do presidente norte-americano George W. Bush, por ocasião do atentado às torres gêmeas do World Trade Center, em 2001, teve um caráter fundamentalista, trazendo à tona a velha dicotomia (desde os tempos das Cruzadas) Oriente X Ocidente.

5.2 O DIREITO ISLÂMICO E OS DIREITOS HUMANOS

Sabe-se que após a Segunda Guerra Mundial, e com a preocupação de que novos conflitos com a mesma proporção voltassem a acontecer, iniciaram-se debates e negociações que levaram a ONU a aprovar, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Desde então, a ONU, através da sua Comissão de Direitos Humanos, ocupa-se em averiguar eventuais violações aos direitos humanos em todo o mundo (ANNONI, 2002, p. 75).

Patrícia Telles, citada por Souza (2014, p. 9) ensina que ao combater o terrorismo as sociedades suscitam dois problemas fundamentais no que diz respeito aos Direitos Humanos:

por um lado o direito da população civil em ver reforçada a sua própria segurança, por outro lado o direito à proteção dos direitos humanos fundamentais, que deve ser assegurada mesmo aos alegados terroristas. Há que estabelecer um equilíbrio entre os direitos humanos das vítimas e dos suspeitos de terrorismo e os direitos dos cidadãos em geral, que podem ver as suas liberdades fundamentais afetadas e restringidas pelas medidas tomadas em nome da luta contra o terrorismo.

A paranoia provocada pelo combate ao terrorismo tende a se transformar em xenofobia e a violência praticada pelos fundamentalistas islâmicos no combate aos valores do ocidente tende-se a voltar não apenas contra os terroristas, mas contra os maometanos em geral.

Hoje, países desenvolvidos e membros da Organização das Nações Unidas, signatários de Tratados Internacionais sobre direitos humanos como: Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (1966), dentre outros, desrespeitam sistematicamente tais convenções num jogo perigoso de enfraquecimento dos direitos humanos, usando como justificativa o argumento falacioso do combate ao terrorismo mundial. (SOUZA, 2014, p. 9).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena de morte aplicada contra um brasileiro na Indonésia, ataques terroristas contra a população civil em países do ocidente têm suscitado debates, muitas vezes acalorados, acerca do terrorismo islâmico e da necessidade de interferência internacional para a proteção dos Direitos Humanos. Percebe-se, no entanto, que atos terroristas estão desvinculados da religião islâmica, tanto quanto do Direito islâmico.

O Islamismo prega a paz e o amor, tanto quanto qualquer outra religião ocidental, e, como em qualquer outra religião ocidental, há aqueles que interpretam de maneira literal os livros sagrados, transformando palavras que deveriam conduzir a paz e motivações para o ódio e a guerra.

O Direito Islâmico, a despeito de sua característica de imutabilidade em função de estar intimamente vinculado, através de

suas fontes, à religião islâmica, mostra-se tão atualizado e flexível na interpretação das leis quanto o Direito no mundo ocidental, com a diferença de que práticas contrárias à moral religiosa tendem a ser julgadas com maior rigor, caso dos brasileiros na Indonésia.

Assim, percebe-se que a falta de informação, de análise e a busca incessante do homem em justificar seus atos, apoiando-se nas fraquezas e imperfeições do outro, do estrangeiro, do diferente, gera ódio, guerra, atos terroristas, de orientais contra ocidentais ou vice e versa.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. O Direito Humanitário e a Geopolítica dos Direitos Humanos: considerações sobre sua violação na ordem internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise (Coord.). **A Nova Ordem Mundial e os Conflitos Armados**. Belo Horizonte, 2002. p. 73 – 91.

CAVADAS, Divo Augusto. **Considerações preliminares sobre o direito islâmico ("Shariah")**: Visões acadêmicas, históricas, culturais e suas influências na sociedade internacional. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17802/consideracoes-preliminares-sobre-o-direito-islamico-shariah>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

COSTA, Elder Lisbôa Ferreira da. O direito islâmico e suas origens. In: _____. **História do Direito**: de Roma à história do povo hebreu muçulmano: a evolução do direito antigo à compreensão do pensamento jurídico contemporâneo. Belém: Unama, 2007. p. 107 – 122.

FERRAZ, Daniel; HAUSER, Denise (Coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito**: dos sumérios até a nossa era. 2. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. Direito Muçulmano. In: _____. **Lições de História do Direito**. 15.ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 171 -173.

SILVA, Nathália Lipovetsky. **Breve estudo sobre o sistema islâmico**. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/56/55>. Acesso em: 27 de fev. de 2015.

SOUZA, Alessandra Aparecida de. Et al. **Tudo em nome da fé: o surgimento do islã e a submissão do direito islâmico à religião.** Disponível em: <http://reillegomes.jusbrasil.com.br/artigos/131174574/tudo-em-nome-da-fe-o-surgimento-do-islã-e-a-submissao-do-direito-islamico-a-religiao>. Acesso em: 27 de fev. de 2015.

SÚMULA 231 DO STJ E SUA (IN)APLICABILIDADE NA DOSIMETRIA PENAL

Letícia Caixeta Lima Bossi¹

Gylliard Matos Fantecelle²

RESUMO: Este trabalho procurou discutir o Enunciado 231 do STJ, a partir de uma análise constitucional e infraconstitucional, sempre tendo em vista os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, da isonomia, da legalidade e do *in dubio pro reo*, todos violados quando da aplicação da referida súmula. Dessa forma, pretendeu-se demonstrar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Súmula 231, de forma a se permitir a incidência de atenuantes, ainda que a pena-base se encontrasse no mínimo legal, por ser esta a medida que melhor atende às determinações do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Súmula 231; Inconstitucionalidade; Ilegalidade; Dosimetria; Atenuantes.

ABSTRACT: This study tried to discuss the STJ's Statement 231, from a constitutional and infra-constitutional analysis, always bearing in mind the principles of individualization of punishment, proportionality, equality, legality and the dubious pro reo, all violated when applying the referred Precedent. This way, we intended to demonstrate the unconstitutionality and illegality of the Precedent 231,

¹ Bacharela em Direito e egressa da FENORD.

² Mestre em Direito Eclesiástico pelo ITG. Especialista em Ciências Criminais pelo LFG/UNAMA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE. Professor titular em Direito Penal e Processual Penal nos Cursos de Direito da DOCTUM e FENORD. Membro do IBCCRIM. Advogado em Teófilo Otoni-MG. e-mail: gmfantecelle@hotmail.com

such a way to allow the incidence of further mitigating although the legal penalty base is found in the legal minimum, for this being at a measure that best meets the stipulations of the law paternal.

Keywords: Precedent 231; Unconstitutionality; Illegality; Dosimetry; Mitigating.

1 INTRODUÇÃO

No que se refere à aplicação da pena, o Código Penal Brasileiro adota o sistema trifásico, disposto em seu artigo 68, onde, primeiro, o juiz fixará a pena-base, após análise das circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal; em um segundo momento, considerará as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por fim, as causas de aumento e diminuição da pena.

Ainda em relação ao processo dosimétrico, mais precisamente no tocante à segunda fase, é objeto de intensa discussão a possibilidade de redução ou aumento da pena-base, aquém do mínimo ou além do máximo previsto em lei.

Diante disso, no ano de 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, que dispõe que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

É sobre ela que versará o presente artigo, cujo principal objetivo

é demonstrar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da súmula supracitada, e a necessidade de a mesma ser inaplicável no processo de dosimetria da pena, em respeito às garantias fundamentais do acusado.

2 SÚMULA 231 DO STJ

2.1 ORIGEM E PRECEDENTES

A parte geral do Código Penal de 1940, anteriormente à reforma de 1984, suscitava algumas dúvidas quanto ao sistema de aplicação da pena, se bifásico ou trifásico, uma vez que tal procedimento não era regrado de maneira detalhada no antigo *Códex*.

O método bifásico, idealizado por Roberto Lyra, preconizava que o cálculo da pena deveria ser feito em duas fases, onde, num primeiro momento, o juiz, a fim de fixar a pena-base, analisaria em conjunto, as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Por fim, aplicava-se as majorantes e minorantes, se existentes (GRECO, 2006).

O sistema trifásico, por sua vez, proposto por Nelson Hungria, defendia que o procedimento para a aplicação da pena deveria ser feito em 03 (três) fases. Na primeira, o juiz analisaria somente as circunstâncias judiciais para fixar a pena-base, deixando a análise das

atenuantes e agravantes para um segundo momento. Por último, em uma terceira fase, seriam analisadas as causas de aumento e diminuição de pena (GRECO, 2006).

Com a Reforma de 1984 foi consagrado no art. 68 do Código Penal, o método trifásico de aplicação da pena, não subsistindo mais a discussão doutrinária acima exposta.

No entanto, outra problemática era apontada pela doutrina: a possibilidade, ou não, das circunstâncias atenuantes e agravantes, atenuarem ou agravarem a pena, aquém do mínimo ou além do máximo previsto em lei.

Todavia, vale dizer que tal divergência somente tinha sua razão de existir antes da reforma penal supracitada. Utilizando-se o método bifásico – onde na primeira fase analisava-se, conjuntamente, as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes – os limites mínimo e máximo não poderiam ser extrapolados, tendo em vista que as circunstâncias atenuantes e agravantes eram ponderadas, justamente, ao se fixar a pena-base. No entanto, considerando o sistema trifásico, inserido no art. 68 do Código Penal, não há qualquer restrição para a atenuação abaixo do mínimo legal, nem para que se agrave a pena acima do máximo legal, uma vez que, ao contrário do que dispõe o método de Roberto Lyra, as atenuantes e agravantes não compõem a pena-base.

Nesse sentido, veja-se a exata dicção dos arts. 61 e 65 do diploma repressivo que, respectivamente, determinam as circunstâncias que sempre agravam e atenuam a pena.

Não obstante a expressa previsão legal, o entendimento de que a pena jamais poderia ultrapassar os limites mínimo e máximo previstos em abstrato no tipo penal, foi consolidado na jurisprudência brasileira.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento majoritário, editou em 1999 a Súmula 231, cuja transcrição é: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (BRASIL, STF, 1999).

Todavia, como já visto, os limites mínimo e máximo previstos no tipo penal, somente deveriam ser respeitados, se o Código Penal Brasileiro houvesse recepcionado o método bifásico de aplicação da pena, o que não ocorre.

Assim, o entendimento contido na Súmula 231, que impede ao juiz extrapolar o limite mínimo fixado para o tipo penal, leva à conclusão de que a jurisprudência brasileira adotou o sistema bifásico de aplicação da pena, indo de encontro com o previsto no art. 68, do Código Penal, tornando-o letra morta.

2.2 APLICAÇÃO PREJUDICIAL AO RÉU E A PROBLEMÁTICA SURGIDA

A Súmula 231 foi editada com o objetivo de impedir que as circunstâncias atenuantes fossem aplicadas em casos onde a pena-base fosse fixada no mínimo capitulado para o tipo. No entanto, ao vedar a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, referida Súmula tem sido causa de inúmeras injustiças no caso concreto.

Veja-se como exemplo a seguinte situação hipotética: dois furtos cometidos por pessoas diferentes. A primeira praticou o crime sem a presença de qualquer circunstância legal, seja atenuante ou agravante. A outra, por sua vez, era menor de 21 anos ao tempo da ação (art. 65, I, CP), furtou para alimentar seu filho que se encontrava desnutrido (art. 65, III, a, CP) e confessou espontaneamente a prática do delito (art. 65, III, d, CP). Em sentença penal condenatória, ambos tiveram a pena-base fixada em seu mínimo. No entanto, o segundo agente não se viu beneficiado por três circunstâncias atenuantes, justamente em razão do disposto na Súmula 231 do STJ.

A propósito, apenas como curiosidade, relembre-se que a expressão “dosimetria” é um termo emprestado da medicina e utilizado no meio jurídico para se referir à dosagem da pena aplicada ao transgressor. Assim, tal como um medicamento aplicado ao doente, a pena aplicada ao réu deve ser na “dose” certa e proporcional à reprovabilidade de sua conduta, sob pena de se praticar a injustiça pelos meios e instrumentos que deveriam promovê-la.

Nota-se, ainda, que a aplicação da Súmula nega ao acusado o direito de ver-se beneficiado com uma circunstância atenuante, que é de aplicação obrigatória, fazendo com que réus em situações distintas, tenham tratamentos iguais.

Tal situação baseia-se em uma interpretação jurisprudencial contrária à lei. As chamadas decisões *contra legem* apesar de recorrentes, somente são admitidas em casos excepcionais, não podendo jamais, algo que seja contrário à lei, dar origem à edição de uma Súmula.

Dessa forma, decisões que firam o ordenamento jurídico somente são permitidas quando a obediência à lei trazer resultados injustos. No entanto, o entendimento contido na Súmula 231 do STJ faz exatamente o inverso, uma vez que se utiliza de interpretação contrária à lei para trazer prejuízos ao réu.

Nesse sentido, confira-se a lição de Rogério Greco:

Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal (GRECO, 2006, p. 598-600).

Dessa forma, considerando o acima exposto, verifica-se que somente será beneficiado com qualquer atenuante, o sujeito que, em decorrência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tiver sua pena-base fixada acima do mínimo legal.

Neste momento, cumpre ainda esclarecer que aqueles que são favoráveis ao conteúdo do Enunciado 231 do STJ, argumentam que, ao se permitir que a pena seja reduzida aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, estar-se-ia dando margem para o arbítrio judicial e a possibilidade de ocorrência da chamada “pena zero”, uma vez que inexistente um *quantum* de redução que o magistrado deverá se basear na aplicação das circunstâncias atenuantes. No entanto, o fato de não serem quantificadas, garante ao juiz mensurar a pena de forma discricionária e não arbitrária, por se encontrar vinculado ao princípio da motivação (art. 93, IX, CF/88). Outrossim, atenuar a pena não significa eliminá-la.

Existe, ainda, por parte desta parcela de juristas, a preocupação com a possibilidade de aumento da pena além do máximo legal. Todavia, considerando-se que o sistema garantista impõe que a norma penal deva ser interpretada de forma a atender os interesses do réu, vedando a chamada analogia *in malam partem*, tal preocupação é logo afastada.

Ademais, a pena máxima é uma garantia do Estado Democrático de Direito, de forma a proteger o cidadão do arbítrio estatal, não tendo a pena mínima a mesma natureza.

Sendo assim, em que pese os argumentos apresentados pela doutrina majoritária, estes se mostram frágeis, uma vez que a vedação contida na súmula em comento, não parece estar coadunada com as garantias individuais do réu, indo de encontro com todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional, como se verá adiante.

3 SÚMULA 231 DO STJ E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, positivado no art. 5º, XLVI, da CF/88, determina que as sanções penais devem ser aplicadas considerando-se as características pessoais do indivíduo, bem como as circunstâncias do caso, para, ao final, se alcançar uma pena justa e individualizada.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. (NUCCI, 2005, p. 31)

Sendo assim, ao responsabilizar os infratores, o Estado não poderá padronizar a aplicação da pena, tendo em vista que cada indivíduo age em circunstâncias diferentes ao praticar o delito.

Dessa forma, considerando o acima exposto, verifica-se que a Súmula sob análise, está eivada de inconstitucionalidade, por afrontar diretamente o princípio da individualização da pena, que, por sua vez, influi no sistema de dosimetria penal.

Em razão da Súmula 231, nota-se que o acusado recebe uma pena mais gravosa do que a efetivamente merecida, sendo desproporcional à lesão causada ao bem jurídico, uma vez que a pena não foi individualizada de acordo com a gravidade do fato e a culpabilidade do agente.

3.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Beccaria já afirmava que,

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e determinada pelas leis (BECCARIA, 1998, p. 139).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, já dispunha que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (...)” (FRANÇA, 1789).

Tal princípio foi recepcionado pela Constituição Federal Brasileira, estando presente em diversos dispositivos, como, por exemplo, ao prever a necessidade da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da vedação de determinadas sanções penais (art. 5º, XLVII), bem como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III).

O princípio da proporcionalidade não pode ser entendido como simples critério de interpretação, mas como verdadeira garantia limitadora da intervenção estatal - tanto no momento de criação, quanto de aplicação da norma - buscando proteger a pessoa humana de sanções excessivas e desnecessárias. Deve-se, portanto, buscar, com meios menos gravosos, alcançar os objetivos pretendidos, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Assim, em toda e qualquer situação, deve-se guardar uma proporção entre a pena aplicada e o mal praticado.

Confira-se, por oportuno, a lição de Fernando Capez acerca do princípio supracitado:

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado democrático de Direito.

[...]

Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. **Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas ou culposas** (CAPEZ, 2004, p. 22-23)(grifado).

Assim, ao analisar o Enunciado da Súmula 231 do STJ, percebe-se, claramente, uma afronta ao princípio em tela, uma vez que ao desconsiderar as circunstâncias atenuantes, se impõe ao acusado uma pena mais gravosa do que a efetivamente merecida. Portanto, se é desproporcional, logo, a pena é injusta.

3.3 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art, 5º, *caput*, serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A rápida leitura do referido dispositivo pode, no entanto, levar a uma interpretação equivocada, uma vez que ali está previsto não apenas a igualdade formal, mas, principalmente, a chamada igualdade material, pela qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades.

Em matéria penal, mais especificamente no que tange ao momento de aplicação da pena, o princípio da isonomia busca analisar as particularidades do agente e as circunstâncias de sua conduta, a fim

de dispensar tratamento desigual àqueles que se encontram em situações especiais.

Dessa forma, nota-se, claramente, que a aplicação da Súmula 231 do STJ gera tratamento igualitário àqueles que deveriam ser tratados de forma desigual, tendo em vista que a conduta criminosa não foi valorada/individualizada de forma a obedecer a todos os parâmetros estabelecidos em lei para fixar a pena definitiva – em razão da não aplicação de circunstância atenuante.

Perceba-se que se dois réus praticam, em concurso, determinada infração penal, confessando espontaneamente a prática do delito, no entanto, apenas um deles tem todas as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis, somente o segundo agente (cujas circunstâncias judiciais foram desfavoráveis) será beneficiado com a incidência das atenuantes. Tal situação, além de ferir a isonomia material, constitucionalmente garantida, favorece o réu de maior periculosidade em detrimento daquele de menor periculosidade. Destarte, tendo em vista também o princípio da isonomia, a súmula em comento é inconstitucional.

4 SÚMULA 231 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

4.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, segundo Alexandre de Moraes “assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a lei” (MORAES, 2002, p. 69).

Tal princípio, por ser de extrema relevância, veio consagrado no Texto Constitucional em seu art. 5º, inciso II, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, CF, 1988), bem como pelo Código Penal, que em seu art. 1º, dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, CP, 1940).

Dessa forma, tem-se que qualquer ato, seja ele normativo (leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, etc.), administrativo ou judicial (incluindo as súmulas), que violar o determinado em lei, será tido como ilegal, e, portanto, não merece permanecer no mundo jurídico.

Primeiramente, cumpre observar que somente lei em sentido estrito pode legislar em matéria penal, ou seja, não é admitida a utilização dos costumes e da analogia para criar crimes ou agravar penas.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado leciona:

Em resumo: a lei formal e tão-somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo, do costume ou do argumento analógico *in*

malam partem – exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*) (PRADO, 2002, p. 113). (grifado)

Bem verdade é que, a postura pró-ativa do Poder Judiciário na interpretação do texto legal é realidade presente nos Estados Democráticos contemporâneos, sendo, inclusive, meio hábil para o judiciário promover a concretização dos direitos que são garantidos pela lei. Porém, o chamado “ativismo judicial” deve ser vigiado de perto, e ser a exceção, não a regra. Em matéria legislativa, o judiciário somente deve agir quando o legislador for silente, e, ainda assim, evitando fazer interpretações extensivas do texto legal. Caso contrário, o que irá ocorrer será uma intromissão do poder judiciário na esfera de atuação do poder legislativo, uma vez que a este foi concedida a função de editar as normas. Em isso ocorrendo, haverá, portanto, uma clara afronta à separação de poderes, adotada pela Constituição Cidadã Brasileira de 1988, em seu artigo 2º.

Nesse sentido, tendo em vista o conteúdo da Súmula 231 do STJ, não se justifica a emissão do indigitado verbete, vez que o legislador não se omitiu sobre o tema, ao contrário, foi explícito em dizer no artigo 65 do Código Penal que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena” (BRASIL, CP, 1940).

Portanto, por afrontar a expressa previsão legal do art. 65 do código repressivo, o enunciado sob análise é ilegal.

Referida súmula é ainda ilegal, por impor a aplicação do sistema bifásico de aplicação da pena, uma vez que anula a segunda

fase do processo dosimétrico previsto no art. 68 do Código Penal, que adota expressamente o critério trifásico.

Cumprе ressaltar que, aqueles que são favoráveis à vedação prevista na Súmula 231, o fazem, também, com base no princípio da legalidade, sob o argumento de que ao reduzir a pena aquém do mínimo legal na segunda fase do processo dosimétrico, o magistrado estaria aplicando ao réu, pena inferior àquela permitida pela lei. Todavia, tal posicionamento não merece prosperar, por fazer uma leitura extremamente limitada do princípio em tela, que como esclarecido, serve, justamente, como fundamento para a inaplicabilidade da súmula.

Assim, analisando-se o princípio da legalidade, conclui-se que a Súmula ora estudada, ao impedir a incidência de atenuantes durante o processo de dosimetria, além de violar o disposto no art. 65 e 68 do diploma repressivo, acaba por legislar em matéria penal, o que somente é admitido por meio de lei em sentido estrito.

4.2 DO PRINCÍPIO DO *IN DÚBIO PRO REO*

O princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como *favor rei*, pode ser considerado um dos princípios mais importantes do processo penal, e significa, de maneira bem sucinta, que a dúvida sempre beneficia o réu.

Referido princípio visa, primeiramente, impedir que o indivíduo seja condenado pela prática de algum delito, quando ainda restarem dúvidas acerca da sua inocência. Embora o in dúbio pro reo seja um basilar do processo penal, atualmente é concebido que o mesmo seja aplicável como norteador no que diz respeito à interpretação da lei penal.

Fernando Capez ensina que “o princípio *favor rei* consiste em que qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, deve sempre ser levada pela direção mais benéfica ao réu” (CAPEZ, 2003, p. 39).

Assim, se determinada norma jurídica puder ser interpretada mais de uma forma, deve-se optar pela interpretação que mais favoreça o réu, uma vez que a garantia de liberdade do indivíduo se sobrepõe ao *ius puniendi* estatal.

Na verdade, em se tratando do tema sob análise, entendemos que não existe, sequer, dúvida quanto à redução da pena aquém do mínimo legal, haja vista que – conforme comentado no tópico anterior – o legislador não deixou margens para equívocos, pois foi preciso em afirmar que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Não obstante, ainda que se insistisse na inexistente dúvida, a interpretação deveria sempre ser favorável ao réu.

Por óbvio, a aplicação do disposto na Súmula 231 do STJ, vai de encontro com o princípio em tela, por utilizar-se de raciocínio que viola claramente os interesses do acusado.

4.3 DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Um dos métodos de interpretação mais tradicionais da hermenêutica é o *gramatical*, que dispõe que não há na lei palavras supérfluas ou inúteis. Este método parte do “pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma” (FERRAZ JR, 2003, p. 287).

Partindo dessa definição, verifica-se que a Súmula 231 do STJ ao dispor que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", vai de encontro com o Código Penal, que prevê que as circunstâncias do art. 65 *sempre* atenuam a pena. Assim, referida súmula torna inútil a expressão *sempre*, que passa a ter, de forma equivocada, o sentido de *às vezes*.

Nesse sentido:

[...] o mencionado artigo afirma categoricamente que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo? (GRECO, 2006, p. 598).

Existe, ainda, outro método interpretativo da norma, que desqualifica o disposto na súmula, qual seja, o *sistemático*. Através

desse método busca-se analisar todo o ordenamento jurídico a fim de determinar o real sentido de uma norma.

Dessa forma, a norma jurídica deve ser analisada em conjunto com outras normas, de hierarquia superior e de igual hierarquia, bem como com os princípios constitucionais, infraconstitucionais, e os chamados *princípios gerais do direito*. Sem isso, corre-se o risco de interpretar uma norma de forma equivocada e limitada, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo unitário.

Assim, a partir de uma interpretação sistemática, percebe-se que o art. 65, do CP, analisado conjuntamente com os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia, impõe a incidência de circunstâncias atenuantes ainda que a pena-base tenha sido fixada em seu mínimo, por razões já expostas em momento anterior.

Cumpra ainda observar, que o próprio legislador no art. 285 do Código Eleitoral, dispôs que “quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime” BRASIL, CE, 1965), ou seja, se fosse a intenção do legislador vedar a incidência de circunstâncias atenuantes quando a pena-base estivesse no mínimo, teria o feito expressamente, como fez na seara eleitoral-criminal.

Por outro lado, a fim de se descobrir o que pretendia o legislador (*mens legislatoris*) ao dispor que as circunstâncias atenuantes *sempre*

atenuam a pena, deve-se interpretar a norma buscando analisar os seus objetivos, o que ela deseja proteger e os resultados que pretende produzir. Tal método de interpretação é chamado teleológico.

Segundo a doutrina, o Direito deve ser entendido através da tríade: fato, valor e norma, ou seja, a norma (art. 65, CP), baseia-se em um fato (determinados delitos são menos reprováveis) e visa resguardar um valor (menor a reprovabilidade da conduta, menor a pena a ser aplicada).

Veja-se que a interpretação dada pela Súmula 231 faz com que, muitas vezes, indivíduos que agiram em graus de reprovabilidade diferentes, tenham penas iguais. Esta é, portanto, uma interpretação não autorizada pelo método teleológico, uma vez que contraria a real finalidade do art. 65 do Código Penal, que é de dar tratamento mais benéfico àqueles que agiram em situações menos censuráveis.

Vale ainda dizer, que a norma penal, por afetar o direito de liberdade, deve ser interpretada de maneira restritiva, de forma a limitar o seu alcance, não cabendo ao juiz ampliar o seu conteúdo.

Nesse sentido, Nelson Hungria já afirmava que “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário” (HUNGRIA, 1958, p. 86).

Assim, como os artigos 65 e 68 do Código Penal não vedam a incidência das atenuantes quando a pena-base se encontrar em seu mínimo, não cabe, portanto, ao intérprete, adotar interpretação prejudicial ao réu.

5 INAPLICABILIDADE DA SUMULA 231 DO STJ E A SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA

5.1 CANCELAMENTO DA SÚMULA PELO PRÓPRIO STJ

É cediço que as súmulas emitidas pelos Tribunais Superiores exercem atualmente notável influência nos atos dos operadores do direito, vez que representam entendimentos pacificados nas Cortes Superiores. A propósito, existe na legislação brasileira até dispositivo legal que impede ao magistrado apreciar recursos que contrariem dispositivo sumulado, como é o caso do §1º do artigo 518 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Portanto, por ser fonte do direito e por nortear toda a interpretação jurídica, em se tratando de súmulas, que não as vinculantes, a primeira medida latente, e que se aponta como solução para extirpar do ordenamento jurídico entendimento equivocado e descompatibilizado com a legislação pátria, é o imperioso cancelamento da referida súmula pelo próprio Tribunal que a emitiu.

Conforme apontado anteriormente, o STJ ao editar a Súmula 231, não observou que a interpretação ali contida colide com princípios constitucionais ligados ao Direito Penal, além de ferir toda sistemática

prevista no ordenamento jurídico pátrio para o processo de aplicação da pena.

Dessa forma, por estar instruindo erroneamente os magistrados na aplicação da pena, não há outra medida que seja mais simples, sensata e necessária do que o cancelamento da súmula 231 do STJ, pelo próprio Tribunal.

5.2 PROJETO DE LEI PARA ALTERAR O CÓDIGO PENAL

Analisando toda a argumentação tecida anteriormente, nota-se que pelo princípio da legalidade penal, tudo aquilo que não for proibido expressamente por lei, é considerado permitido.

Sendo assim, como não há qualquer vedação à redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase do processo dosimétrico, o cancelamento da Súmula seria a medida mais coerente a ser tomada.

No entanto, como previamente esclarecido, o Enunciado 231 do STJ se baseia em entendimento majoritário, e, portanto, com o objetivo de extirpar quaisquer dúvidas, outra alternativa pode ser apontada, qual seja, a própria alteração do Código Penal.

Nesse sentido, em que pese o artigo 65 do diploma repressivo, medida cabível seria a Lei Penal passar a autorizar a incidência de atenuantes quando a pena-base se encontrasse no mínimo cominado em abstrato, de forma expressa, através de um novo dispositivo legal.

5.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO SOBRE A SÚMULA

A Constituição Federal se encontra no ápice da pirâmide normativa e pode ser entendida como um conjunto de regras e princípios a que todos devem obediência, tendo em vista a supremacia e a rigidez constitucional.

Justamente como forma de fiscalizar a observância ao princípio da Supremacia da Constituição e evitar contrariedades dentro do ordenamento jurídico, é que surgiu o chamado *controle de constitucionalidade*, instrumento que permite verificar a compatibilidade entre um ato jurídico e a Constituição Federal, garantindo a coerência do sistema normativo ao eliminar as normas que sejam incompatíveis com as regras e princípios constitucionais.

Vale ressaltar que, o controle de constitucionalidade não é feito apenas entre a Constituição e atos normativos, mas entre quaisquer atos, sejam administrativos ou judiciais:

[...] não só o legislador comete ofensas à Constituição, já que a relação de inconstitucionalidade pode também derivar do comportamento de vários agentes e ser praticada por diversos modos, [...] como o ato do juiz que desrespeite, no processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. (CARVALHO, 2010, p. 387-388)

Nos dizeres de Luis Roberto Barroso “nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição” (BARROSO, 2006, p. 1).

A depender da competência jurisdicional, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado. No presente trabalho, vamos nos ater à análise do chamado controle de constitucionalidade difuso, também chamado de controle por via de exceção, pelo qual, qualquer juiz ou tribunal, irá fiscalizar a constitucionalidade das leis, podendo declará-las inconstitucionais quando violarem o disposto na Carta Magna.

No controle difuso, a constitucionalidade ou não do ato jurídico não é o objeto principal da demanda, mas uma questão incidente de observância necessária para a solução do caso concreto, gerando efeitos apenas para as partes litigantes do processo.

Dessa forma, o juiz – ou tribunal – ao receber o processo irá analisar, de ofício ou por requerimento das partes, se há alguma lei (ou súmula) que sendo aplicada ao caso concreto, causará evidente violação à Constituição Federal ou aos seus princípios.

Assim, tem-se que o controle de constitucionalidade por exceção seria outra alternativa viável para a solução da problemática levantada no decorrer desse trabalho.

Logo, se durante o processo dosimétrico, o juiz verificar que a pena-base se encontra em seu mínimo, poderia declarar como

inconstitucional a Súmula 231 do STJ, deixando de aplicá-la naquele processo. Nota-se que referida súmula continua em vigor, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade possui apenas efeitos *inter partes*. Mas, ainda assim, é saudável num Estado Democrático de Direito que o julgador do caso concreto tenha liberdade e iniciativa de apreciar o ato jurídico em face da Constituição Federal. Caso contrário, a Lei Maior estará sendo colocada à margem, esquecida, ante ao entendimento dos Tribunais – que conforme se explanou, muitas vezes é equivocado.

Destarte, o magistrado não deve se acomodar nos entendimentos sumulados, mormente quando verificarem que tais entendimentos afrontam a norma constitucional, ou mesmo infraconstitucional. Deve ser capaz de analisar tais atos em conformidade com a legislação vigente, ainda que, para isso, tenha que declará-los inválidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, primeiramente, fazer uma análise constitucional e infraconstitucional da Súmula 231 do STJ, e conseqüentemente, verificar se a mesma deveria ser aplicada durante o processo de dosimetria da pena.

A fim de compreender melhor o tema proposto, necessário se fez entender às origens da Súmula, bem como os motivos que levaram à sua edição, analisando os métodos de aplicação da pena e seus desdobramentos.

A partir dessa abordagem inicial, foi possível, no decorrer deste artigo, demonstrar que a Súmula 231, além de ser prejudicial ao réu, viola claramente alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais, devendo, portanto, ser inaplicável no processo de dosimetria da pena.

Diante disso, por ser inconstitucional e ilegal, conclui-se que a Súmula merece ser cancelada, como medida de justiça. No entanto, percebe-se uma resistência por parte do Judiciário em adotar essa postura.

Neste caso, foram apontadas outras alternativas com vistas a solucionar a problemática levantada pela Súmula em tela, como por exemplo, a própria alteração do Código Penal, de forma a garantir que o magistrado no momento de aplicação da pena, possa reduzi-la aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ou ainda, a realização do controle de constitucionalidade pelo modo difuso, que permitirá ao magistrado declarar a Súmula inconstitucional, tornando-a inaplicável no caso concreto.

Todavia, em que pese os questionamentos levantados, bem como as soluções apresentadas, nota-se que doutrina e jurisprudência

dominantes, acompanham, erroneamente, o entendimento contido na Súmula 231 do STJ.

Outrossim, sem ter a pretensão de esgotar o tema, é possível concluir que este trabalho buscou trazer uma visão garantista ao processo de aplicação da pena, de forma a garantir ao acusado o respeito e a efetividade de seus direitos fundamentais pelo Estado, o que não vem ocorrendo, uma vez que, ao invés de resguardar, o Judiciário, ao aplicar a Súmula ora combatida, vem violando os direitos e liberdades individuais do réu.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Código (1940). **Código Penal Brasileiro**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 de jan. de 2014.

_____. Código (1965). **Código Eleitoral**: Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 de jan. de 2014.

_____. Código (1973). **Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de junho de 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. 1999. Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0231.htm>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo. Saraiva. 2004.

_____. **Curso de Processo Penal**. 10. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** teoria do estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte. Del Rey. 16^a ed. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003

FRANÇA, (1789) **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

GONTIJO, André Pires. **A revisão do enunciado nº 231 da súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7398>>. Acesso em: 06 abril 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** 4. ed. Rio de Janeiro, Forense. 1958. v. I.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo. Atlas. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Geraldo Lopes. **(Im)Possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase de sua aplicação**. Anadep. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8056/303O_1_%29.pdf. Acesso em: 09 de abr. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. V. 1.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 908, p. 233-262, jun. 2011.

_____. **Atenuantes e Pena Mínima**. Disponível em: http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/atenuantes-e-pena-minima/#_ftn5. Acesso em: 15 de nov. 2013.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. **A inconstitucionalidade e a ilegalidade da Súmula 231 do STJ**.

Buscalegis. Disponível em:
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

VIANNA, Renata de Castro. **Breve discussão sobre a Súmula 231 do STJ e seus reflexos constitucionais.** Vianna Advogados Associados. Disponível em:
<[http://vianna.adv.br/publicacoes/Breve discussao sobre Sumula 231 STJ.pdf](http://vianna.adv.br/publicacoes/Breve_discussao_sobre_Sumula_231_STJ.pdf)>. Acesso em: 09 abr., 2013.

TRABALHO ILÍCITO X TRABALHO PROIBIDO

Daniel Scapellato Pereira Rodrigues¹

Thaniggia Petzold Fonseca²

RESUMO: O que se pretende abordar no presente artigo é a distinção existente entre trabalho ilícito e trabalho proibido no Direito Trabalhista, a fim de expor qual das duas relações merece o amparo da legislação laboral, fazendo jus ao recebimento das verbas trabalhistas. Para tanto, apresenta-se o conceito de contrato de trabalho e o que caracteriza este contrato, delineando, assim, qual destes dois contratos discutidos será capaz de surtir efeitos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do trabalho, contratos de trabalho, trabalho ilícito, trabalho proibido.

ABSTRACT : The aim of this article is to point the distinction between illegal work and work prohibited in the Labor Law, in order to expose which of the two relations deserves the protection of labor law, having the right to receive labor rights It presents the concept of

¹ Mestrando em Ciências da Religião, especialista em Direito do Trabalho, professor de Direito do Trabalho e Direito Processual Civil do IESI/FENORD.

² Mestrando em Ciências da Religião, especialista em Direito do Consumidor, professora de Direito Empresarial e professora orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do IESI/FENORD.

employment contract and what characterizes this agreement, outlining, and which of the two discussed contracts can generate legal effects.

KEYWORDS

Labor law, employment contracts, illicit work, prohibited work.

1 INTRODUÇÃO

As relações trabalhistas surgem em decorrência de fatores econômicos e sociais, na medida em que o trabalhador, com o propósito de se sustentar e sustentar a sua família, oferece a sua mão de obra ao empregador capitalista que dela necessita para o sucesso do seu empreendimento, retribuindo, assim, o seu empregado pelo serviço prestado.

Vê-se que a constituição de contratos de trabalho é de suma importância para o desenvolvimento econômico e social de um país, gerando renda para aquele que disponibiliza o seu trabalho e lucro para empregadores, impulsionando a econômica.

A par dessas considerações torna-se importante compreender quando um trabalho se torna ilícito ou proibido. Primeiramente vejamos pelo lado do trabalhador, ele, se vendo em uma situação de desemprego, poderá se submeter a todo e qualquer atividade laboral

que lhe é oferecida, afinal, ele precisa de renda para que tenha condições de se manter, assim como para manter a sua família.

Agora em um segundo plano analisemos o empregador, ele, aproveitando do interesse do possível empregado e da sua situação de vulnerabilidade, submete este trabalhador a um trabalho que pode ser configurado como proibido ou como ilícito. Assim, é imperioso que se entenda como se dará estas relações e como o ordenamento trabalhista irá se portar diante desta proibição ou ilicitude, se o Direito do Trabalho confere efeitos justrabalhistas a estes contratos.

2 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

A princípio, faz-se necessário apresentar o conceito do negócio jurídico que possui por objeto a relação laboral, para que, após delimitado o ponto de partida do presente estudo, possam ser entendidos os efeitos desses negócios quando ilícitos ou proibidos. De forma inicial, o conceito mais básico de contrato de trabalho é apresentado no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” Por tratar-se de conceito vago, os estudiosos do Direito do Trabalho colaboram com o conceito, informando:

No Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2º e 3º da CLT, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinando ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados (SUSSEKIND, 2002, p. 209).

Assim como informa Sussekind, há algumas características especiais inerentes ao contrato de trabalho e estão presentes nos artigos 2º e 3º da CLT. Passemos a análise dos artigos:

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

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL, CLT, 1943).

Dos artigos acima citados, extraem-se seis requisitos, quais sejam: Pessoaalidade, pessoa física, onerosidade, subordinação, não eventualidade e alteridade. Conclui-se que para existir uma relação de emprego, os requisitos citados devem estar presentes, sob pena de se declarar a não existência do contrato de emprego. Passa-se então, ao estudo dos 6 requisitos da relação de emprego.

O primeiro requisito, denominado Pessoaalidade, informa que o contrato de trabalho é personalíssimo, *intuitu personae*, não podendo ser cumprido por terceira pessoa estranha à relação empregatícia. A

pessoalidade na prestação do serviço só se exige pela ótica do empregado, nunca do empregador, uma vez que o contrato só é personalíssimo para o empregado, enquanto o empregador é despersonalizado, pouco importando quem se coloca no polo patronal da relação de emprego. Tal justificativa se reafirma no caso de sucessão de empregadores, em que uma empresa é vendida em sua totalidade. Conforme artigo Artigo10 da CLT: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” (BRASIL, CLT, 1943).

O segundo requisito, trata-se de que o empregado é Pessoa Física, não sendo possível assim, ter por empregado uma pessoa jurídica. Acontece que não raras vezes, vê-se que se utilizam de forma simulatória a roupagem de uma pessoa jurídica para acobertar uma efetiva relação laboral prestada por pessoa física. No caso, aplicar-se-á o princípio da primazia da realidade sobre a forma, desfazendo-se a fraude evidente e reafirmando um vínculo empregatício já existente, porém acobertado por uma pessoa jurídica.

A onerosidade, outra característica da relação de emprego, é presumida, pois se de um lado há prestação de serviço, de outro certamente haverá contraprestação, nas palavras do nobre Henrique Correia:

O contrato de trabalho é oneroso, como prevê o art. 32 da CLT: "mediante salário". Em regra, presume-se que a prestação de serviços é onerosa, pois de um lado o

empregado assume a obrigação de prestar serviços, de outro, o empregador, a obrigação de pagar salário (CORREIA, 2015, p. 67).

Assim, conclui-se que a onerosidade é a contraprestação devida ao empregado pelo trabalho prestado.

Outro requisito para se configurar a relação de emprego é a subordinação. Há diversos questionamentos sobre o requisito agora tratado: seria a subordinação econômica, jurídica e técnica? Majoritariamente, a subordinação não é econômica, vez que caso o empregado seja superior economicamente ao empregador, existirá o vínculo empregatício do mesmo jeito, não afetando o contrato de trabalho. Assim como a subordinação não é técnica. Nem sempre o empregador possui o conhecimento técnico daquilo que será prestado, por exemplo, em uma escola, o empregador normalmente não possui o conhecimento técnico de todos os ramos das ciências. Percebe-se então que não é requisito a subordinação econômica e técnica.

Assim, resta dizer que a subordinação no contrato de trabalho é jurídica. O empregador possui o que a doutrina chama de “Poderes do Empregador”, são alguns meios que apenas o polo patronal da relação empregatícia possui para organizar e encaminhar a prestação laborativa da forma que entender melhor. Os poderes do empregador são: Organização, controle e disciplinar. Assim, possui poder para organizar como se dará a prestação de serviço, bem como de controlá-

la, fiscalizando e punindo disciplinarmente aquele funcionário que se desviar das regras empresariais.

Penúltimo requisito da relação de emprego, a não eventualidade impõe que a prestação do serviço seja não ocasional. Considerando que o contrato de trabalho é de trato sucessivo, espera-se que ele tenha certa frequência e que o obreiro retorne ao local de trabalho para laborar. Visualiza-se tal fato de um professor universitário que dê aulas segundas e quartas-feiras ser empregado com o requisito da não eventualidade.

O último requisito apontado pela doutrina é a Alteridade. Com base neste requisito, o empregado não concorre com os riscos do negócio, sendo que eles são suportados exclusivamente pelo empregador. Conforme a doutrina:

A alteridade obriga que todos os riscos do empreendimento sejam suportados exclusivamente pelo empregador. Assim sendo, em momentos de crise financeira mundial, os prejuízos da empresa serão exclusivos do empregador, não podendo dividi-los com os trabalhadores. O salário deve ser pago, portanto, tendo a empresa lucros ou prejuízos (CORREIA, 2015, p. 68).

Assim, caso a relação laboral possua os requisitos aqui demonstrados, ela será uma relação de emprego manifestado por um contrato de trabalho que pode ser expresso ou tácito, escrito ou não escrito.

3 ELEMENTOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Para a validade do negócio Jurídico, faz-se necessária a presença de: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 Código Civil).

Agente capaz significa que para a validade do pacto laboral, as partes necessitam de capacidade jurídica para que possam expressar sua vontade de forma imaculada. Ilustrativamente, o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, CF, 1988). Portanto, o trabalho do menor de dezesseis anos é proibido, excepciona-se a essa regra o trabalho do aprendiz menor de dezesseis e maior de quatorze anos, porém seu contrato é especial e lhe garante proteção com regras próprias. Ademais, é proibido ao menor de dezoito anos laborar em local noturno, perigoso ou insalubre.

Objeto do contrato de trabalho deve ser lícito, não podendo ser contrário aos bons costumes tampouco contrariar a lei. Assim, qual a consequência jurídica do contrato de trabalho de tráfico de drogas? Seu trabalho é ilícito ou proibido?

O terceiro elemento do contrato de trabalho é a forma. Em regra, não há formalidade especial, pois poderá ocorrer de forma verbal ou escrita, expresso ou de forma tácita.

4 TRABALHO PROIBIDO

Trabalho proibido é o labor não permitido para apenas uma categoria de trabalhadores, o labor se desenvolve desrespeitando norma imperativa proibida em certas circunstâncias ou a determinadas categorias. O contrato não possui ilicitude, seu objeto é lícito, moral e de acordo com os bons costumes, porém, prestado por agente, de certo modo, proibido. Nas palavras de Henrique Correia:

Trabalho proibido é aquele prestado em condições que agridem a saúde e a segurança do trabalhador, ou seja, desrespeitam normas de proteção trabalhista. A lei proíbe que esse tipo de trabalho se desenvolva de forma válida. Exemplo: trabalho da criança, com 13 anos de idade, em carvoaria ou oficina mecânica.

Como forma de evitar o enriquecimento ilícito do empregador e, ainda, diante da impossibilidade de devolver ao trabalhador a mão de obra já despendida, há necessidade, no caso de trabalho proibido, de pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas'. Isso possibilita que todos os direitos trabalhistas sejam pagos ao empregado que esteja laborando em situação contrária à legislação. Interpretação contrária a essa causaria dupla punição ao trabalhador (CORREIA, 2015, p. 215).

Então, dentre outros, considera-se proibido o trabalho do menor de dezesseis anos sem que seja aprendiz; menor de dezoito anos em local insalubre, perigoso ou em horário noturno (7º, XXXIII, CF/88);

o serviço de segurança que o Policial Militar presta a empresas privadas (Súmula 386 TST).

Ao se analisar o contrato em que o menor labora em local insalubre, percebe-se que ele preenche os requisitos da relação de emprego na sua totalidade. Assim, uma vez que o menor efetivamente trabalhou, preencheu os requisitos da relação de emprego, o empregador se beneficiou da mão de obra proibida, o vínculo de emprego do menor deverá ser reconhecido, tendo os mesmos direitos de um trabalhador cujo labor não seja proibido.

É exatamente o que se extrai do processo número: 01373-2005-129-03-00-4 do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região, em que se verifica o trabalho de um menor de dezesseis anos sem ser em contrato de aprendizagem e a decisão judicial foi de que o menor possui todos os direitos, bem como a assinatura na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Vejamos:

TRABALHO DO MENOR - ANOTAÇÃO DA CTPS - DIREITOS TRABALHISTAS. Não obstante a proibição constitucional ao trabalho do menor (art. 7º., XXXIII), se este existiu, impõe-se assegurar a ele todos os direitos trabalhistas, não prevalecendo a alegação de que a nulidade do contrato de trabalho importaria a anulação das consequências legais da relação de emprego. Se o menor despendeu sua força de trabalho em prol de alguém que estava proibido de contratá-lo - pois que é aos empregadores que a proibição é primeiramente dirigida - não pode eximir-se das responsabilidades daí advindas, devendo arcar

integralmente com a contraprestação devida, na forma da lei (BRASIL, TRT-3, 2005).

Assim, apesar de proibido, o contrato de trabalho gerará todos os efeitos, não havendo discriminação negativa de direitos para o empregado que efetivamente laborou em condições proibidas.

Portanto, ainda que classificado como proibido, não haverá punição alguma ao empregado, pois, punir o trabalhador não permitindo sua assinatura na CTPS, bem como não o concedendo os direitos básicos como férias e 13º salário, seria favorecer o enriquecimento ilícito do empregador. Não é possível devolver ao trabalhador a mão de obra já despendida, nada mais justo que o reconhecimento de seu vínculo empregatício.

5 TRABALHO ILÍCITO

O trabalho ilícito é diferente do trabalho proibido, o segundo não fere a moral e os bons costumes, enquanto o primeiro além de ser imoral e contrário aos bons costumes, classifica-se como ilícito penal. Cita-se como exemplo, o médico contratado por uma clínica de aborto clandestino, contrabando de mercadorias da China, dentre outros.

O contrato de trabalho ilícito é nulo, não há vínculo empregatício a ser declarado, não existem direitos a serem reclamados,

não é possível a assinatura na CTPS, bem como os recolhimentos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Outro requisito ou elemento essencial de validade do contrato de trabalho é a licitude do objeto. Exige-se que a prestação de serviços esteja em consonância com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes, independente de a atividade empresarial ser lícita ou ilícita. Se o objeto for ilícito, o contrato não produz nenhum efeito, sequer alusivo à retribuição pelos serviços prestados (BARROS, 2003, p. 495).

Conforme demonstrado por Alice Monteiro, quando o contrato de trabalho tiver por objeto a marca da ilicitude, o contrato será nulo, não produzindo nenhum efeito trabalhista. Neste mesmo raciocínio, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se no sentido e teve por nulo o contrato de trabalho de quem trabalha no âmbito do jogo do bicho com a Orientação Jurisprudencial 199 da Seção de Dissídios Individuais do TST:

JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

Ao final, percebe-se que apesar de possuir os requisitos da relação de emprego, se o objeto do contrato tratar-se de ilícito penal, o contrato

será nulo em sua totalidade, não gerando assim, qualquer efeito trabalhista.

6 CONCLUSÃO

A partir do que foi acima exposto, pode-se perceber que o contrato de trabalho trata-se de um negócio jurídico, em que o trabalhador se propõe a prestar os seus serviços a uma terceira pessoa. Todavia, observamos que para a configuração deste contrato de trabalho é necessária a presença de seis requisitos, sem os quais a relação empregatícia não estará configurada, sendo os seguintes: Pessoaalidade, pessoa física, onerosidade, subordinação, não eventualidade e alteridade.

Além destes requisitos, para que o negócio jurídico tenha validade, ou seja, para que o contrato de emprego seja considerado como válido, precisam estar presentes elementos que se encontram explicitados no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

É neste ponto, quando se trata dos elementos de validade do negócio jurídico, é que o trabalho proibido e o trabalho ilícito apresentam incongruências.

Quanto ao primeiro, o mesmo será considerado proibido devido a uma condição pessoal do agente, ele apresenta uma característica que

torna o contrato de trabalho defeso. O empregado preencherá todos os requisitos da relação de emprego, por tal razão, o vínculo será reconhecido, tendo direito a todas as verbas trabalhistas decorrentes do seu labor. Não seria justo, por exemplo, punir um menor de idade que trabalhou por meses em uma carvoaria, negando a ele o direito de receber o seu salário e, em contrapartida, beneficiar o seu empregador, liberando-o da obrigação de arcar com todos os encargos trabalhistas decorrentes desta relação proibida. Deste modo, os julgados dos nossos Tribunais se apresentam de forma eficiente ao conceder todos os direitos ao empregado em uma relação de emprego proibida.

Por fim, quanto ao segundo caso, o trabalho ilícito, o mesmo fere o elemento de validade do negócio jurídico ligado ao objeto, sendo este considerado como ilícito, contra a moral e os bons costumes, não sendo aceito pela legislação, não gerando vínculo de emprego e sendo nulo de pleno direito. Por exemplo, o tráfico de drogas, por ser ilícito, criminoso, não merece amparo do Direito do Trabalho, sendo que o traficante que atua na mercancia da substancia ilícita para o “chefe” do tráfico não fará jus a nenhuma verba trabalhista, não tendo direito de ter sua Carteira de Trabalho assinada, ou qualquer outra garantia justtrabalhista. Serve, assim, como forma de coibir trabalhos ilicitamente praticados, punindo aquele que se envolveu em tal situação.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed, São Paulo: LTR, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de mar. de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 de mar. de 2015.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 28 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Trabalho Do Menor. Anotação Da Ctps. Direitos Trabalhistas**. Recurso Ordinário nº 257606 01373-2005-129-03-00-4. Recorrente: Pedro Benedito de Azevedo, ME. Recorrido: Josimar de Freitas. Relator: Marcus Moura Ferreira. Disponível em: < <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129341645/recurso-ordinario->

trabalhista-ro-257606-01373-2005-129-03-00-4/inteiro-teor-129341655>. Acesso em: 28 de mar. de 2015.

CORREIA, Henrique. **Coleção Tribunais e MPU: Direito do Trabalho - Para Analista**. 6. ed. Rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.