

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 685

(Ano VIII)

(23/8/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



23/08/2016 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [A serendipidade \(?\) e a interceptação das comunicações telefônicas](#)

ARTIGOS

23/08/2016 Bárbara Emilie Alves dos Reis

» [A emissão de DCGB - DCG BATCH, lançamento tributário e prazo prescricional](#)

23/08/2016 José Sodré Ferreira Neto

» [Carga tributária sobre a cesta básica no Brasil](#)

23/08/2016 Marcos de Castro Guimarães Junior

» [A Excepcionalidade da Contratação Temporária Por Interesse Público.](#)

23/08/2016 José Maria da Silv

» [O problema da prova testemunhal: as questões modernas relacionadas às falsas memórias, o perigo da indução no interrogatório de crianças e adultos. Possíveis soluções para a correção destes problemas](#)

23/08/2016 Rogério Irineu de Oliveira

» [Licitação - problemas e possíveis soluções](#)

23/08/2016 Samuel Carin

» [Teorias sobre o nexó de causalidade na responsabilidade civil e no direito penal: um diálogo possível?](#)

23/08/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Do Solo Urbano à luz dos Equipamentos Urbanos: Singelas Tessituras sobre a Temática](#)

MONOGRAFIA

23/08/2016 Thiago Simões Lacerda

» [Responsabilidade do advogado de Estado pela emissão de parecer jurídico](#)

A SERENDIPIDADE (?) E A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Assessor de Procurador-Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal (PG/CLDF). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Ultimamente tem-se utilizado na área jurídica, com muita frequência, o termo "serendipidade", cujo significado nada mais é do que "A faculdade ou o ato de descobrir coisas por acaso" em outras palavras "coisa descoberta por acaso", sendo que segundo Bolivar Torres (2013), o termo serendipidade foi:

Inventado em 1754 pelo inglês Horace Walpole [...] expressa um conceito velho como o mundo: a arte de encontrar o que não se está procurando. Sua origem está na milenar lenda oriental "Os três príncipes de Serendip", sobre viajantes que, ao longo do caminho, fazem descobertas felizes sem nenhuma relação com seu objetivo original. Trata-se de um estado de espírito, um poder de percepção aberto à experiência, à curiosidade, ao acaso e à imaginação, que ao longo dos séculos esteve na origem de grandes eventos históricos (como a

invenção acidental da penicilina por Alexander Fleming ou a descoberta da América por Cristóvão Colombo).

Na área jurídica é muito comum a descoberta de coisas e até mesmo condutas criminosas ou infrações administrativas por acaso, especialmente durante interceptações das comunicações telefônicas, onde o agente do Estado na realização de diligências visando a elucidação de um crime, se depara com a descoberta de outros crimes ou fatos relevantes para o mundo jurídico.

A doutrina denomina esse fenômeno de "encontro fortuito" (hallazgos fortuitos) ou "descubrimientos casuales" ou "descubrimientos accidentales" ou, como se diz na Alemanha, Zufallsfunden . Damásio E. de Jesus ainda menciona: conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido (GOMES, 2009).

A questão central da serendipidade ou do "encontro fortuito" é saber se é válida ou não a prova encontrada fortuitamente nas interceptações telefônicas e se o meio probatório conquistado vale também para os fatos ou pessoas encontradas fortuitamente? Para ter validade é necessário a conexão entre a prova encontrada casualmente com o objeto da investigação? E se a prova for de caráter civil ou administrativa.

As dúvidas são pertinentes, na medida em que o art. 2º da Lei n. 9296/97, permite a interceptação telefônica para apuração de crimes, com os seguintes requisitos: a) quando haja razoáveis indícios de autoria ou participação em infração penal; b) quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis; e, c) quando o crime ser punido com pena de reclusão.

Os requisitos legais não regula quando a interceptação telefônica se depara com crime punido com pena de detenção (que não admite a interceptação telefônica) ou com infração puramente administrativa (que também não admite a interceptação), o que tem tese, não deve ser admitida a serendipidade nestas hipóteses, pois admitir uma prova puramente administrativa, colhida fortuitamente em uma escuta telefônica decretada judicialmente, parece contrariar o texto constitucional, na medida em que o inc. XII do art. 5º, somente admite a interceptação telefônica para fins de investigação criminal, senão vejamos:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer **para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**.

FERNANDO CAPEZ, ao tratar da interceptação telefônica, ensina que: "Assim, não poderá ser autorizada judicialmente a diligência, **quando a finalidade for extrapenal** ou quando tratar-se de contravenção penal ou crime apenado com detenção. Fica claro seu caráter subsidiário, somente tendo lugar quando não for possível nenhum outro meio de formação do conhecimento" (negritei)

Por outro lado, não poderia uma prova colhida com ordem judicial ser emprestada para outro processo criminal ou mesmo administrativo?

A prova emprestada, segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci, *"é aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida"*.

Assim, no âmbito criminal, a possibilidade da utilização da prova emprestada é pacífica, desde que as partes sejam as mesmas nos dois processos em que a prova será usada, ou seja, a prova emprestada só tem validade se for colhida perante o mesmo réu, pois nesse caso não desrespeitaria o princípio do contraditório e da ampla defesa na sua colheita, bem como não haveria a quebra do sigilo telefônico garantido constitucionalmente.

Quanto à possibilidade de se emprestar ao Direito Administrativo uma prova produzida no âmbito criminal, colhida de forma legal, deve-se seguir o mesmo raciocínio, ou seja, se o servidor investigado (sindicado ou processado), for o mesmo do

processo criminal (acusado ou réu), não existe razão para desconsiderar a prova criminal que foi submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, tratando-se de prova lícita, e, inclusive, judicializada, não caracterizando a hipótese do Art. 5º, inc. LVI da Constituição Federal, que não admite provas obtidas pelos meios ilícitos. Mesmo porque, um ilícito criminal, na maioria das vezes, caracteriza, também, um ilícito administrativo.

Ocorre que o posicionamento doutrinário de se utilizar a prova colhida na interceptação, em outros ramos do direito, não é tão pacífico assim, senão vejamos:

a) Luiz Flávio Gomes ensina que: *"Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser "emprestada" (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em "segredo de justiça". É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º. (Interceptação Telefônica, Ed. RT, p. 118/119).*

b) Vicente Greco Filho ensina que: *"Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada". (Interceptação Telefônica, ed. Saraiva, p. 24);*

c) Luiz Vicente Cernicchiaro, ao comentar sobre a Lei. 9.296/96, diz que: *"De outro lado, a prova colhida conforme o procedimento mencionado só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja, imprestável para outro inquérito, ou outro processo".*

d) Ada Pellegrini, por sua vez, aceita a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Eis suas palavras: *"O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação*

de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável".

e) Nery Júnior assegura ser possível o **Juízo Cível** valer-se da chamada **prova emprestada da ação penal**, desde que a parte contra quem se vai produzir a prova obtida através de escuta, seja a mesma em ambas as esferas e se observe o princípio do contraditório, em respeito à unidade da jurisdição.

Os dois últimos posicionamentos (itens "d" e "e") parecem ser os mais autorizados, inclusive, coincidem com o do STJ, o qual ao julgar o MS 9212 / DF, nº 2003/0142195-4 (Rel. Min. GILSON DIPP), envolvendo processo disciplinar e interceptação telefônica, entendeu que:

[...]

VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.

VII - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.

(MS 9212/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 01/06/2005, p. 92)

No STJ a serendipidade tem sido admitida em várias hipóteses, na medida em que em vários julgados vem reconhecendo a validade da prova colhida de forma casual, inclusive contra terceiro que não é alvo da investigação originária, senão vejamos:

STJ: [...] O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. [HC 282.096-SP](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014.

STJ: [...] A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros (Fenômeno da Serendipidade).(STJ, RHC 28.794-RJ)

Em outra ocasião o STJ entendeu que é possível utilizar interceptação telefônica produzida em ação penal em Processo Administrativo Disciplinar, na qualidade de “prova emprestada”, desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal

[...] 2. É cabível a chamada "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal. Assim, não há impedimento da utilização da interceptação telefônica produzida no ação penal, no processo administrativo disciplinar, desde que observadas as diretrizes da Lei n.º 9.296/96. Precedentes. [...] (MS 14140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ,

TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012)

O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão de ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso no inquérito da Operação Hurricane (Operação da Polícia Federal investigando o envolvimento de Juizes e Desembargadores na venda de Sentenças e Acórdãos autorizando a prática de jogos ilícitos), caso em que o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça solicitavam cópia de dados obtidos em interceptação telefônica, para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo disciplinar, entendeu ser admissível o uso de interceptação telefônica como prova emprestada em processo administrativo disciplinar contra os mesmos servidores envolvidos na investigação criminal. Vejamos a ementa da decisão:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal

Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG
23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007
PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ
VOL-00205-02 PP-00656)

Considerando o teor da decisão do STF, é possível concluir ser inadmissível o reconhecimento da serendipidade em interceptação das comunicações telefônicas, quando o fato descoberto por acaso, constituir infração administrativa praticada por servidor alheio à investigação criminal, pois do contrário, seria admitir a interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar ou em ações cíveis.

Imagine a hipótese da confissão de uma dívida, através de uma interceptação telefônica, deferida judicialmente em investigação criminal, onde o devedor, um terceiro que se comunicou com o investigado, narrou, com riqueza de detalhes, como obteve o empréstimo, dizendo ainda, que o seu credor, moveu uma ação de cobrança contra sua pessoa, mas que não tinha provas suficientes para obter êxito na ação, visto que não assinou nenhum documento como garantia da dívida e o fato não foi presenciado por testemunhas. No meu entendimento, caso o credor tivesse acesso ao conteúdo dessa interceptação, essa confissão de dívida à terceiro, não poderia ser utilizada como prova no processo cível. Temos aqui a serendipidade, ou seja, o encontro casual de uma prova, que não poderia ser utilizada em processo cível, uma vez que contraria a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

Ora, se as comunicações são sigilosas, como terceiro estranho ao processo criminal em que ela foi deferida teve acesso ao seu conteúdo? Certamente isso ocorre por força de divulgação de conteúdo de interceptação de comunicações telefônicas, fora do âmbito do juízo criminal em que tramita, bem como o seu acesso por terceiros que não estão envolvidos no respectivo processo (acusado, advogado, juiz, promotor, autoridade policial e seus agentes). É comum a divulgação, nos meios midiáticos, de trechos de conversas telefônicas colhidas em investigação policial, através da interceptação, com autorização judicial.

Ressalte-se que a Lei nº. 9.296/96 em seu art. 8º, dispõe que: *"A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas"*. Daí, a importância da Autoridade Judiciária, o Ministério Público, a Autoridade Policial e seus agentes, assim como os servidores que manusearem o processo, tomarem as cautelas necessárias visando resguardar o sigilo da interceptação telefônica e seu conteúdo, restringindo-o às partes.

A mesma lei, em seu art. 10, tipificou como crime, punindo com reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, a conduta daquele que realizar a interceptação telefônica, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Entretanto, este delito, não revogou a parte final do inc. II, do § 1º do art. 151, do Código Penal, que trata do crime de divulgação, transmissão e utilização abusiva de conversa telefônica entre outras pessoas, punido com detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses. Crime este que constantemente vem sendo praticado, sob o argumento da liberdade de imprensa.

Ante o exposto, chega-se às seguintes conclusões:

a) A serendipidade é a descoberta de coisa ou fato por acaso ou o encontro fortuito de provas, que vem ocorrendo constantemente no direito brasileiro, sendo que quando se dá na interceptação telefônica é perfeitamente possível a sua utilização em outro procedimento criminal, desde que sabatinada pelas mesmas partes, e, assim, observados o contraditório e a ampla defesa, pois trata-se de prova obtida por meio lícito, sendo que neste sentido referida prova poderia, também, ser utilizada em outros ramos do direito, desde que as partes sejam as mesmas em ambos os processos (criminal e administrativo)

d) A descoberta casual de provas de ilícitos administrativos ou civis, em procedimento de interceptação telefônica, praticados por pessoas estranhas à investigação, trata-se de hipótese de encontro fortuito de provas (serendipidade), que, por si só, não serve para a instauração de procedimento disciplinar administrativo ou ser utilizado em ações civis, pois do contrário, pela via transversa, estaríamos burlando o texto constitucional que é

expresso quanto à interceptação telefônica: "**para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**";

c) que o Juiz, o Ministério Público, a Autoridade Policial e seus agentes, devem zelar pelo sigilo das comunicações telefônicas, independentemente de já ter sido concluída e submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, visto que as informações colhidas por este meio investigatório, pode revelar comportamento íntimo dos interlocutores, não relacionados com as condutas criminosas investigadas, que podem prejudicá-los de alguma forma se forem divulgados.

REFERENCIAS:

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 37.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Lei 9.296/96 : interceptação telefônica*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.47, p. 03, out. 1996.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. Interceptação telefônica como prova emprestada em processo administrativo disciplinar. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 935, 24 jan. 2006. Disponível em: . Acesso em: 17 maio 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. . Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, SP, RT, 1996, 3a.edição, p.159/160.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, pag. 332. 2004.

SERENDIPIDADE. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: < <http://www.priberam.pt/dlpo/serendipidade>>. Acesso em: 18 maio 2014.

TORRES, Bolivar. Serendipidade: encontros com o acaso. Disponível em: <
<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2014/03/15/serendipidad-e-encontros-com-acaso-527647.asp>>. Acesso em: 18 maio 2014.

A EMISSÃO DE DCGB - DCG BATCH, LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E PRAZO PRESCRICIONAL

BÁRBARA EMILIE ALVES DOS REIS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia - UFBA. Analista Judiciário - Área Judiciária - Seção Judiciária de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo buscará analisar a devida relação entre o lançamento tributário e o mecanismo de DCG, inclusive no que tange ao prazo prescricional e à necessidade de notificação do sujeito passivo.

Palavras-Chave: Lançamento tributário. DCGB – DCG BATCH. Prescrição tributária. Notificação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lançamento tributário. 3. Eficácia constitutiva da declaração de débito. 4. DCGB – DCG BATCH. 5. Prescrição Tributária na hipótese de DCGB – DCG BATCH. 6. Desnecessidade de notificação do sujeito passivo. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 Introdução

A União (Fazenda Nacional), com o fito de ampliar o prazo prescricional a que se subordinam os créditos tributários, defende que a emissão de DCGB – DCG BATCH caracteriza lançamento tributário, de modo que, em seu entender, não flui prazo prescricional antes da geração do aludido documento.

O presente estudo tem por finalidade analisar, à luz da jurisprudência pátria, se esta interpretação fazendária prevalece.

2 Lançamento tributário

Muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica do lançamento tributário: para alguns, trata-se de ato administrativo; para outros, de procedimento administrativo.

Registre-se, aqui, que até mesmo a legislação é dúbia: ao passo que o art. 142 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional) define o lançamento como procedimento administrativo, o art. 3º, §1º, III, da Lei 10.259/01 deixa transparecer a natureza jurídica de ato administrativo.

Uma coisa, contudo, é certa: o crédito tributário surge com o lançamento tributário, ou seja, o lançamento tem eficácia constitutiva do crédito tributário, tornando líquida, certa e exigível a obrigação tributária.

Por oportuno, transcrevo o entendimento de Ricardo Alexandre:

Ocorrido o fato gerador, é necessário definir, com precisão, o montante do tributo ou penalidade, o devedor e o prazo para pagamento, de forma a conferir certeza (quanto à existência) e liquidez (quanto ao valor) à obrigação. Daí a exigência de um procedimento oficial consistente em declarar formalmente a ocorrência do fato gerador, definir os elementos materiais da obrigação surgida (alíquota e base de cálculo), calcular o montante devido, identificar o respectivo sujeito passivo, com o fito de possibilitar que contra este seja feita a cobrança do tributo ou da penalidade pecuniária^[1].

Com o lançamento, portanto, é que se constitui o crédito tributário.

A depender do grau de participação do sujeito passivo, a doutrina classifica o lançamento em três espécies: a) lançamento direto ou de ofício; b) lançamento misto ou por declaração; c) lançamento por homologação.

3 Eficácia constitutiva da declaração de débito

De acordo com o disposto no art. 142 da Lei 5.172/66, a atividade de lançamento é privativa da autoridade administrativa.

Os Tribunais pátrios, porém, reconhecem a possibilidade de constituição do crédito tributário por meio de declaração do próprio sujeito passivo, sem necessidade de qualquer ato posterior da Administração Tributária.

Nesse sentido, destaco o teor da decisão proferida no julgamento do REsp 850.423/SP:

TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE DESACOMPANHADA DE PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. 1. Não caracteriza insuficiência de fundamentação a circunstância de o aresto atacado ter solvido a lide contrariamente à pretensão da parte. Ausência de violação ao artigo 535 do CPC. 2. Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte desacompanhada do seu pagamento no vencimento, não se aguarda o decurso do prazo decadencial para o lançamento. A declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de

qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. 3. O termo inicial da prescrição, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada. 4. A Primeira Seção pacificou o entendimento no sentido de não admitir o benefício da denúncia espontânea no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação quando o contribuinte, declarada a dívida, efetua o pagamento a destempo, à vista ou parceladamente. Precedentes. 5. Não configurado o benefício da denúncia espontânea, é devida a inclusão da multa, que deve incidir sobre os créditos tributários não prescritos. 6. Recurso especial provido em parte. (REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008).

O entendimento em tela terminou por fundamentar a edição da súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça:

A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providencia por parte do Fisco.

4 DCGB – DCG BATCH

O DCG (débito confessado em GFIP) tem lugar quando o contribuinte declarou determinado débito em GFIP, mas não realizou o pagamento integral do débito.

Nos termos da jurisprudência pátria, no mecanismo de “DCGB – DCG BATCH”, não há constituição de crédito (novo lançamento),

mas mera quantificação de crédito fiscal declarado e não pago: o DCG (débito confessado em GFIP) traduz importância declarada e não paga, isto é, consubstancia divergência entre o valor declarado em GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social) e pago em GPS (Guia de Previdência Social - guia de arrecadação).[\[2\]](#)

Nesta linha, transcrevo precedente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO CONFESSADO EM GFIP. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL: VENCIMENTO OU DECLARAÇÃO. EMISSÃO DO DCG-BATCH. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE NOVO LANÇAMENTO, PARA FINS DE FIXAÇÃO DE NOVO MARCO DE INÍCIO DE PRAZO PRESCRICIONAL. 1 - Apelação de sentença que acolheu exceção de pre-executividade e extinguiu a execução fiscal, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do antigo CPC, c/c os arts. 156, V, e 175, ambos do CTN, uma vez que o termo a quo do prazo prescricional deve ser considerado como sendo a data da confissão dos débitos e/ou entrega da declaração, ou, ainda, a data do vencimento da obrigação, o que for posterior. 2 - A Certidão de Dívida Ativa que embasa o presente executivo fiscal é originária de entrega de GFIP, que constitui confissão de dívida tributária, e, por não ter sido acompanhada do pagamento integral do valor confessado, houve o lançamento informatizado, denominado DCG (Débito Confessado em GFIP). 3 - O DCGB - DCG BATCH é um documento próprio ao registro de eventual diferença apurada entre os valores

recolhidos em documento de arrecadação e os declarados em GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social). 4 - Por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação (quando a declaração é apresentada pelo contribuinte), considera-se o crédito ora executado como tendo sido constituído a partir da declaração de obrigação tributária, mediante a entrega da GFIP pelo contribuinte/executado. Desnecessária a constituição formal do débito pelo Fisco, posto que poderá ser realizada a inscrição em dívida ativa imediatamente, tornando-se exigível o crédito, independentemente de qualquer procedimento administrativo, ou de notificação ao contribuinte (Súmula 436/STJ). 5 - Nos termos do art. 174, I, do CTN, o prazo de cinco anos para a Fazenda Nacional efetuar o lançamento dos débitos se inicia do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. 6 - A emissão do DCGB - DCG BATCH não caracteriza novo lançamento, e tampouco novo marco inicial de prazo prescricional (STJ - 2ª T.; REsp 1.497.248-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 6/8/2015, DJe 20/8/2015). 7 - Da análise da Certidão da Dívida Ativa observa-se que o crédito cobrado refere-se ao período de janeiro de 2004 a abril de 2005, e, examinando os documentos colacionados aos autos pelo executado (CNIS com informações das datas de entrega das GFIPs do período da dívida), constata-se que as GFIPs foram entregues em datas diversas, nos anos de 2004 a 2005, sendo que a última foi entregue em 11.05.2005. 8 - Situação em que o executivo fiscal foi promovido

em 04.07.2012, mais de cinco (05) anos após o termo inicial para a propositura da cobrana. 9 - Inexistência de prova de que tenha ocorrido causa interruptiva ou suspensiva do lustro prescricional. 10 - Apelao e Remessa Oficial improvidas. (PROCESSO: 00033122620124058200, APELREEX33564/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONA CANUTO, Quarta Turma, JULGAMENTO: 07/06/2016, PUBLICAO: DJE 16/06/2016 - Página 129).

Assim, na linha do que dispõe a súmula 436 do Superior Tribunal de Justia, a constituio do crédito fiscal dar-se-ia antes mesmo da emissão do DCGB – DCG BATCH, quando o sujeito passivo apresenta a GFIP.

5 Prescrio Tributária na hipótese de emissão de DCGB – DCG BATCH

A União (Fazenda Nacional) pretende que a emissão de DCGB – DCG BATCH seja considerada atividade de lanamento, servindo como marco inicial da prescrio tributária.

O raciocínio, contudo, não encontra guarida nos Tribunais, que entendem a emissão do documento em tela como mera quantificao de um crédito tributário já constituído e pago a menor.

A prescrio passa a fluir a partir da declarao (GFIP) ou a partir do vencimento do tributo, o que vier a ocorrer posteriormente.

Nesse sentido, destaco precedente de lavra do Colendo Superior Tribunal de Justia:

DIREITO TRIBUTÁRIO. DESINFLUÊNCIA DA EMISSÃO DE DCG NO MARCO INICIAL DA

PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA. A emissão de "Débito Confessado em GFIP - DCG" não altera o termo inicial da prescrição tributária. O "Débito Confessado em GFIP - DCG" é o documento no qual se registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em "Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP", nos termos do art. 460, V, da Instrução Normativa 971/2009 da Secretaria da Receita Federal. Saliendo disso, verifica-se que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou compreensão no sentido de que a "entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado" (AgRg no AgRg no REsp 1.143.085-SP, Primeira Turma, DJe 3/6/2015). Desse modo, conforme a jurisprudência do STJ, quando o crédito tributário for constituído por meio de GFIP, o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN para a propositura da execução judicial começará a correr da data do vencimento da obrigação tributária e, quando não houver pagamento, da data da entrega da declaração, se esta for posterior àquele (AgRg no AREsp 349.146-SP, Primeira Turma, DJe 14/11/2013). Assim, uma vez constituído o crédito por meio de declaração realizada pelo contribuinte, compete

à autoridade tributária tão somente a realização de cobrança, não caracterizando a emissão do DCG Batch novo lançamento, e, conseqüentemente, marco de início de prazo prescricional. (REsp 1.497.248-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 6/8/2015, DJe 20/8/2015).

6 Desnecessidade de notificação do sujeito passivo

Como a emissão do DCGB – DCG BATCH não caracteriza novo lançamento, mas mero expediente que permite a quantificação do débito em aberto, não há que se falar em notificação do sujeito passivo.

Nesse sentido, colaciono precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. DCG. CRÉDITO CONSTITUÍDO POR MEIO DE GFIP. ENCARGOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. 1. Apelação interposta pela Empresa, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os Embargos à Execução opostos em face da União. Considerou-se que as CDAs não padeceriam de iliquidez, conseqüentemente não seriam nulas, bem como que não haveria excesso de execução. 2. A apresentação da GFIP pelo contribuinte, desacompanhada do pagamento total do tributo no prazo, implica a constituição do crédito tributário, podendo os débitos serem registrados em documento próprio, denominado Débito Confessado em GFIP (DCG), o qual dará início à cobrança automática independente da instauração de procedimento fiscal ou notificação ao sujeito passivo (IN/RFB nº 971/09,

art. 461, "caput"). 3. "In casu", as CDA's executadas comprovam que os créditos foram constituídos mediante apresentação da GFIP pela própria Apelante e registrados os débitos em documento próprio (DCG), não havendo que se falar em nulidade por cerceamento de defesa em decorrência da ausência de notificação prévia do ato de lançamento, dispensável, na hipótese. 4. incidem encargos legais sobre os créditos inscritos em dívida ativa da União, entre eles os 20% do Decreto-lei nº 1.026/69, que não precisa estar incluído na CDA por ser decorrente de lei. Apelação improvida. (PROCESSO: 00000225020144058000, AC588519/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 16/06/2016, PUBLICAÇÃO: DJE 04/07/2016 - Página 55).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINARES REJEITADAS. CRÉDITO CONSTITUÍDO POR DCG (DÉBITO CONFESSADO EM GFIP). DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CDA. LIQUIDEZ E CERTEZA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. 1. Consoante já decidiu o Pretório Excelso, "não configura negativa de presunção jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão do Juízo ad quem pela qual se adotam, como razões de decidir, os próprios fundamentos constantes da decisão da instância recorrida (motivação per relationem), uma vez

que atendida a exigência constitucional e legal da motivação das decisões emanadas do Poder Judiciário". (STF. ARE 657355 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, 1ª T., julgado em 06/12/2011) 2. Com base no entendimento jurisprudencial supra e considerando que a compreensão deste Relator sobre a questão litigiosa em apreço guarda perfeita sintonia com a apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau que, por sua vez, encontra-se em consonância com o entendimento desta egrégia Turma, adotam-se, como razões de decidir, os fundamentos exarados na sentença objurgada que ora passam a incorporar o presente voto. 3. Preliminar de suspensão da execução fiscal rejeitada. "Tendo havido garantia parcial da execução, há óbice para que os embargos à execução sejam recebidos em seu efeito suspensivo. Com efeito, a garantia integral do juízo é requisito de natureza objetiva essencial para a atribuição do efeito suspensivo requestado (CPC, art. 739-A, parágrafo 1º)." 4. Preliminar de juntada do Processo Administrativo rejeitada. "Trata-se de um requerimento de cunho estritamente protelatório, pois incumbia à parte autora trazer aos autos toda a documentação que lhe seja acessível, como é o caso do processo administrativo fiscal, "mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes" (art. 41 da Lei n.º 6.830/1980)." 5. "Conforme se afere das Certidões da Dívida Ativa juntadas na petição inicial da execução fiscal, os créditos foram constituídos por declaração do próprio contribuinte (Débito Confessado em GFIP - DCG), na medida em que, tratando-se de

tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração elide a necessidade de constituição formal do crédito mediante lançamento, cabendo, então, ao contribuinte efetuar o respectivo pagamento, sob pena de imediata inscrição do débito em dívida ativa, independentemente de procedimento administrativo fiscal instaurado para esta finalidade e notificação prévia. Assim, sendo desnecessário o ato administrativo de lançamento fiscal para a constituição do crédito tributário nessas situações, não há que se falar em cerceamento de defesa por ausência de notificação do contribuinte. Ademais, as informações que constam nas Certidões da Dívida Ativa foram prestadas pela própria embargante, sendo improvável que a própria executada tenha inserido valores que entende indevidos." 6. Inexistência de excesso de execução. "No cálculo do valor constante na exordial, na quantia de R\$ 60.243,83 (sessenta mil, duzentos e quarenta e três reais e oitenta e três centavos), está acrescido o percentual de 20% de honorários advocatícios, conforme se extrai da parte final do 'DESCRIMINATIVO DE CRÉDITO INSCRITO - SINTÉTICO POR COMPETÊNCIA', na qual consta que 'sobre o valor total incide encargos legais previstos no Decreto-Lei nº 1025/69 e custas processuais'." 7. Presença dos requisitos essenciais da CDA. Inexistência de nulidade. "Analisando detidamente as Certidões de Dívida Ativa que embasam a inicial, verifica-se que estas cumprem todos os requisitos exigidos para a sua validade, com a indicação precisa do devedor (ITAMIL - ITAOCA MINERAÇÃO LTDA

juntamente com seu endereço, a origem e o período da dívida (Débito Confessado em GFIP - DCG nos períodos de 07/2012), o seu valor originário, com a respectiva fundamentação legal, o termo inicial para a incidência dos juros de mora e multa (12/01/2013), com o respectivo índice de cálculo, bem como a indicação o número do processo administrativo original, o número de inscrição em Dívida Ativa e a respectiva data de inscrição. Os fatos geradores foram indicados pela própria embargante, na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP. Quanto à ausência de planilha de cálculos, 'Em execução fiscal é desnecessária a apresentação de demonstrativo de débito, nos termos do art. 614 do CPC, sendo suficiente para instrução do processo executivo a juntada da Certidão de Dívida Ativa - CDA, que goza de presunção de certeza e liquidez' (REsp 1065622/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009)." 8. "Em que pese a embargante requerer a suspensão do bloqueio online, efetivado através do sistema BACENJUD, de ativos financeiros em seu nome, observo que referido procedimento sequer foi efetivado nos autos da Execução Fiscal nº 0000180-30.2013.4.05.8101, razão pela qual não merece prosperar." 9. Apelação improvida. (PROCESSO: 00003751520134058101, AC568389/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 13/03/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 20/03/2014 - Página 225).

7 Considerações finais

Das considerações acima delineadas, conclui-se que a emissão do DCGB – DCG BATCH não caracteriza novo lançamento tributário, mas mero expediente que permite a quantificação do débito em aberto.

Por via de consequência, a emissão do documento DCGB – DCG BATCH não influi na prescrição tributária, que gira em torno da data da declaração (GFIP) ou do vencimento do tributo, o que ocorrer por último.

Não sendo lançamento, não há falar em necessidade de notificação do contribuinte ou do responsável tributário.

8 Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 347.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.11.2007, publicado em DJ 07.02.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em agosto de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.497.248-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06.08.2015, publicado no DJe em 20/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em agosto de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. AC588519/AL, Rel. Desembargador Federal Roberto Machado, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, publicado no DJE em 04/07/2016, p. 55. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso em agosto de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Processo n.º 00033122620124058200, APELREEX33564/PB, Rel. Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, Quarta Turma, julgado em 07/06/2016, publicado no DJE em 16/06/2016, p. 129. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso em agosto de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Processo n.º 00003751520134058101, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, julgado em 13/03/2014, publicado no DJE em 20/03/2014, p. 225. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso em agosto de 2016.

Sítio eletrônico do EMAGIS. Disponível em <<http://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/dcg-batch-nao-altera-o-termo-inicial-da-prescricao/>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

NOTAS:

[1] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 347.

[2] Disponível em <<http://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/dcg-batch-nao-altera-o-termo-inicial-da-prescricao/>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.



CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE A CESTA BÁSICA NO BRASIL

JOSÉ SODRÉ FERREIRA NETO: Advogado, formado pela Universidade Gama Filho, atua na área tributária e penal tributária.

RESUMO: Discorre-se, neste trabalho, acerca do mecanismo tributário brasileiro. Demonstra-se o que significa a carga tributária e sua histórica e atual no cenário nacional e internacional. A partir desta noção básica, desenha-se a carga tributária incidente sobre os contribuintes brasileiros sob uma ótica crítica, especialmente na cesta básica. E, ao final, sugerem-se propostas e soluções acerca do tema, tal qual a desoneração da tributação sobre os alimentos básicos.

Palavras-Chave: Tributário, Carga Tributária, Cesta Básica

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. O ESTADO E A TRIBUTAÇÃO; 3. O PODER DE TRIBUTAR; 4. CARGA TRIBUTÁRIA; 5. CARGA TRIBUTÁRIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL; 6. CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL; 7. CARGA TRIBUTÁRIA INCIDENTE SOBRE A CESTA BÁSICA; 8. CONCLUSÃO; 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

“A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte”. (Ministro Celso de Mello, STF, ADI 2.551-MC-QO, julgada em 20/04/06)

Hodiernamente, a preocupação com uma vida digna tem se mostrado cada vez mais relevante no cenário político-jurídico do Brasil. É crescente a necessidade da criação de mecanismos que garantam de modo eficaz o exercício dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Destarte, este trabalho tem como objetivo adentrar no aspecto da carga tributária nacional, com foco específico na cesta básica.

Este tema é objeto de discussões tanto no âmbito nacional, como internacional. Polemizado e controvertido por doutores, mestres, estudantes, ou seja, operadores do Direito em geral, haja vista a sua presença diária na vida dos seres sociais.

2. O ESTADO E A TRIBUTAÇÃO

O surgimento do Estado decorreu da necessidade humana de viver em grupo. Para a manutenção da vida social é necessário um conjunto de normas que disciplinem as relações interpessoais, sob pena de tornar-se impossível uma convivência pacífica, para tanto a criação de uma figura que pusesse ordem e temeridade no seio social foi imprescindível. Nasce o Estado.

No entanto, como toda máquina, o Estado necessita de meios de funcionamento, instrumentos de efetivação de sua atividade, formas de prestar serviços públicos. Isso tudo é muito dispendioso.

Deste modo, foi vital para o Estado a criação de mecanismos de arrecadação de riquezas para executar as suas funções básicas, proporcionar aos seus nacionais o mínimo de dignidade, prestando serviços de saúde, educação, saneamento básico, entre tantos outros.

A arrecadação tributária se mostrou o meio mais eficaz de captação de receita pública, os tributos se tornaram a grande e inesgotável fonte de riqueza estatal, sem os quais não poderia o Estado prover a si próprio, nem suprir as necessidades elementares da sociedade.

Neste sentido, faz-se mister colacionar a posição do respeitável José Eduardo Soares de Melo^[1]:

A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais insertos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade.

É importante frisar, neste momento, que quanto maior o Estado, ou seja, quanto mais interferência ele tiver sobre a vida privada e sob a prestação de serviços públicos, maior será o seu gasto e, por conseguinte, maior será a sua necessidade de arrecadação. Sobre esta amplitude do Estado, discorrer-se-á adiante.

Portanto, o Estado não subsiste sem a tributação, seja ela modesta ou em larga escala. O que é contestável, por outro lado, é a contraprestação estatal diante da carga tributária imposta aos contribuintes. É notória a necessidade de uma relação razoável e proporcional nas relações entre a Administração Pública e seus administrados, como disposto expressamente na Carta Magna de 1988 em seu artigo 37, *caput*, e não desvia desta regra a relação tributária entre o Fisco e os contribuintes. A discrepância entre a prestação de serviços públicos de um modo geral e a arrecadação tributária deve ser mínima sob pena de se tornar impraticável a vida social.

Deste modo, percebe-se que a relação entre o Estado e a tributação é indissociável, sendo a arrecadação tributária o combustível que impulsiona a máquina estatal, permitindo que sejam prestados os serviços públicos essenciais de modo a satisfazer a demanda social, resguardando os princípios gerais constitucionalmente garantidos.

3. O PODER DE TRIBUTAR

Para exercer uma atividade que invada a esfera patrimonial do contribuinte, o Estado precisa estabelecer uma relação de poder, limitada pelas normas de direito, portanto se tornando mais conveniente se falar em uma relação jurídica, conforme entendimento do professor Hugo de Brito Machado^[iii]:

Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simples relação de poder como alguns têm pretendido que seja. É relação jurídica, embora seu fundamento seja a soberania do Estado.

Destarte o Estado, através da sua soberania, embasado pelo interesse coletivo em detrimento do particular, busca no patrimônio do contribuinte a satisfação da receita que precisa para se manter.

É importante frisar que o poder de tributar, como todos os poderes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, não se pautam na arbitrariedade e do autoritarismo, pois, segundo a Constituição do Brasil no parágrafo único do artigo 1º, reza que *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

Deste modo, não há que se falar em imposição forçada pelo Estado, mas sim em consentimento da sociedade. Esta anuência por vezes não se mostra muito clara, tanto que os contribuintes se alvoroçam em meio a majorações exorbitantes nos tributos, não se atendo a realidade de que nada tem a ver o poder de tributar exercido pelo Estado com a falta de congruência dos *“representantes do povo”* com os princípios que regem a atividade pública.

Ocorre que a juridicidade da relação tributária relativiza o Poder estatal de modo que não existe a possibilidade de discricionariedade do Estado no exercício da tributação, neste ponto cita-se o ilustre mestre Ricardo Lobo Torres^[iii] acerca da relação jurídica tributária:

Nasce, por força de lei, no espaço previamente aberto pela liberdade individual ao poder impositivo estatal. É rigidamente controlada pelas garantias dos direitos e pelo sistema de princípios da segurança jurídica. Todas essas características fazem com que se neutralize a superioridade do Estado, decorrente dos interesses gerais que representa, sem que, todavia, se prejudique a publicidade do vínculo jurídico.

Portanto, parece mais oportuno falar que a relação existente na tributação em sua essência é de Poder, quando torna compulsória a prestação tributária e invade os cofres particulares

para encher os públicos, impondo a sua soberania, bem como se regula por normas de Direito, ladeada por princípios constitucionalmente albergados, o que a torna uma relação jurídica.

4. CARGA TRIBUTÁRIA

Sobre carga tributária, busca-se a explanação do professor Aloísio Flávio Ferreira de Almeida^[iv], que dita o seguinte:

O conceito de Carga Tributária Bruta refere-se à relação entre o montante total da receita de natureza tributária, arrecadada em determinado período, e o Produto Interno Bruto nesse mesmo período. Procurando atingir a definição econômica mais ampla, considerou-se no cálculo da carga tributária, além dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses de categorias profissionais e econômicas, e, por fim, as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço^[v].

Portanto, depreende-se que a carga tributária, também chamada de carga fiscal, é o conjunto da arrecadação de todos os tributos cobrados pelo Estado, em um definido lapso temporal, relacionada ao Produto Interno Bruto (PIB) desse íterim.

5. CARGA TRIBUTÁRIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Embora se tenha uma diversidade imensa de sociedades no mundo, é notória a utilização massiva do sistema tributário para a sustentação financeira do Estado, do governo e das políticas governamentais.

No entanto, por vezes, o que se difere nestas sociedades são os tipos de cobrança, o emprego da receita estatal e o retorno dos benefícios ao contribuinte, ou seja, o indivíduo que se encontra inserido em tal sociedade. Em algumas, o sistema é mais simplório e visa apenas a manutenção básica dos mecanismos estatais, sem

quaisquer excessos e cobranças exorbitantes, porém, como a arrecadação é baixa, não há tanto retorno a sociedade, que deve dispor de meios próprios para determinados serviços, como saúde, educação e lazer.

Já em outros países, a carga tributária é mais alta, um maior volume de arrecadação que se reverte em melhorias, benefícios à sociedade contribuinte, com a prestação de escolas públicas de qualidade, áreas de lazer, entre outros.

Entretanto, há um tipo de sistema tributário que apregoa altos tributos e, no entanto, não são perceptíveis as benfeitorias estatais. Tal fenômeno é atribuído principalmente aos países emergentes devido à alta corrupção por parte dos governantes, independentemente de uma legislação tributária eficaz, mas sim da carência de observância dos princípios administrativos, como a moralidade e eficiência, para o desenvolvimento de políticas sérias e comprometidas com os entes sociais.

Sobre a matéria inserimos as boas observações do ex-secretário da Receita Federal do Brasil, Jorge Rachid^[vi], inseridas no texto do jornalista Gustavo Patu:

“Vamos discutir o tamanho do Estado? É um bom debate, discutir o tamanho do Estado. Às vezes eu vejo: “Todo tributo é ruim”. Tá, então vamos fazer o quê? O Estado vai viver de quê? Vamos baixar [a carga tributária]? Com a desigualdade de renda que tem neste país? Uma desigualdade muito forte de renda que tem neste país, por exemplo, de outros países aqui citados. Temos que ver. Suécia: a carga é de 50%, o Estado oferece tudo. Estados Unidos: a carga é menor, o cidadão paga tudo”.

6. CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Evidencia-se no Brasil, como típico país emergente, uma carga tributária dissonante da contraprestação de serviços públicos. Em 2015, a carga fiscal brasileira chegou a 36,27% do PIB, segundo as informações do Instituto Brasileiro de Planejamento

Tributário[vii] (IBTP). No entanto, é clara a desigualdade social no país, a miséria, a fome, o analfabetismo e a criminalidade.

Em 2015, cada brasileiro trabalhou 151 dias somente para pagar os impostos⁷. Tais números ensejam uma reflexão crítica do ponto de vista ético e humanístico, onde se percebe claramente a inversão dos papéis, em vez de o Estado servir ao indivíduo, o indivíduo se torna quase um escravo do Estado, por meio de uma tributação astronômica e descabida, sendo que ainda nem se nota o retorno à sociedade.

Para corroborar, estes dados escandalosamente absurdos, insere-se neste trabalho um trecho escrito pelo ilustre Senador da República Francisco Dornelles[viii], com base em dados do IBPT:

Ao acordar e acender uma luz, o brasileiro está pagando de impostos, sem saber, cerca de 46% de sua conta de energia. No café da manhã, os impostos equivalem a 36% do preço do café, 40% do preço do açúcar e 35% do preço do biscoito. Mesmo com incentivos para a cesta básica, os impostos ainda comem 18% do preço da carne e do feijão e 35% do preço do macarrão. Se usa o telefone, paga 40% da conta em impostos. Para o lazer, na compra de uma TV, 38% do preço vai para o fisco.

Se, entretanto, fosse notória a diminuição das desigualdades sociais, do desemprego, da miséria, da fome, seria de justo motivo a cobrança, tendo em vista que a sociedade proporia, através da arrecadação fiscal, meio de desenvolvimento de si própria, trazendo benefícios de um modo geral. Porém, o que se nota é o aumento de tais fatores sociais, mostrando que essa receita auferida concentra-se na estrutura governamental e nos patrimônios dos que a compõem, tornando totalmente injusto e vil esta prática abusiva.

Mesmo arrecadando em níveis elevados, o Estado brasileiro na proporciona ao contribuinte o mínimo de dignidade. Reproduz-se a brilhante opinião do professor Hugo de Brito Machado[ix]:

Além de bastante elevada nossa carga tributária é crescente. A cada dia se eleva um tributo ou se cria tributo novo e a arrecadação, assim, tem batido sucessivos recordes. Não obstante não há dinheiro para obras importantes. As estradas, especialmente no Nordeste, estão sem a necessária manutenção, praticamente destruídas. O sistema penitenciário superlotado. As universidades federais minguando, enquanto cresce a olhos vistos o sistema de ensino superior particular. Parece que os recursos arrecadados são utilizados apenas para o pagamento de juros, ou escorrem pelo ralo da corrupção.

Nesse contexto, é espantosa a inércia social. Envoltura por uma demagogia que cega a sociedade, onde “partidas de futebol” são suficientes para manter os antolhos que não permitem que sejam vistas as discrepâncias sociais. O povo brasileiro é um mero instrumento manipulado, alienado para manutenção do sistema atual, que tanto lhe massacra.

7. CARGA TRIBUTÁRIA INCIDENTE SOBRE A CESTA BÁSICA

Desde a sua produção até a chegada na mesa do consumidor final, os produtos integrantes da cesta básicas são incididos por inúmeros tributos. Essa carga fiscal demanda do Estado a necessidade de uma grande máquina fiscalizadora e arrecadadora, configurando a criação de uma estrutura fiscal rígida e extremamente burocrática. Segundo uma matéria veiculada no site do Impostômetro [\[x\]](#) em 05/07/2016, a cesta básica, que serve de parâmetro de consumo para as famílias mais pobres, carrega quase 22% de impostos.

Alguns exemplos de alimentos da cesta básica e seus respectivos percentuais de tributos incidentes sobre o preço final:

Achocolatado: 38,06%; Açúcar: 30,60%; Arroz: 17,24%; Biscoito: 37,30%; Carne Bovina: 23,99%; Farinha de Trigo: 17,34%; Feijão: 17,24%; Frango: 26,80%; Iogurte: 33,06%; Macarrão: 16,30%; Leite em Pó: 28,17%; Amido de Milho: 33,87%; Margarina: 35,98%; Óleo de Cozinha: 22,79%; Ovos de Galinha: 20,59%; Pão Francês: 16,86%; Verduras: 19,98%^[xi].

Impende constatar como é distribuída essa carga tributária incidente sobre a alimentação da seguinte forma^[xii]: ICMS: 43,6%; Previdência e FGTS: 21,6%; Outros impostos menos subsídios: 16,7%; Outros tributos: 13,6%; e Imposto de Renda: 4,7%.

Desde a produção no campo, passando pela industrialização, até chegar a mesa do cidadão, os alimentos são bombardeados de uma infinidade de tributos incidentes direta e indiretamente.

Especialmente a cesta básica, é predominantemente tributada indiretamente, como se percebe pela figura acima, o imposto sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços, haja vista a impossibilidade de o consumidor deslocar-se até o bem a ser consumido, mas sim o fluxo inverso, é o que mais onera o preço final.

É importante demonstrar que conforme as pesquisas do DIEESE, o salário mínimo, para que o brasileiro vivesse com uma qualidade de vida digna, seria de R\$ 3.992,75. O atual é de R\$ 880,00. Agora, pergunta-se: Como um cidadão que recebe um salário mínimo tem condições de manter uma família em condições minimamente dignas de sobrevivência com esta quantia? Mágica!

Segundo a Lei Maior do Estado brasileiro, todo trabalhador tem direito a um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência” (Art.7º, IV, CFRB). Crê-se que o atual salário nacional nem de longe corresponde ao anseio do legislador constituinte originário.

8. CONCLUSÃO

Diante dessa alarmante realidade brasileira, percebe-se que a sociedade urge por uma reforma tributária, que sonha com um Estado que proporcione uma vida digna aos que nela se inserem. A busca da moralidade administrativa de representantes que efetivamente busquem o interesse público e não os seus próprios anseios.

Devem ser expurgados os excessos cometidos pela legislação tributária carente de uma reforma eficaz que ainda privilegia a manutenção de uma máquina estatal, exageradamente dispendiosas ao contribuinte, sem que se tenha a real aferição dos proveitos que deveriam ser prestados pelo Estado. A arrecadação deve ser proporcional a prestação estatal. Ou o Estado é máximo, ou ele é mínimo. Não pode haver uma arrecadação de um país que oferece tudo, num Brasil que não oferece quase nada.

Cumpram demonstrar, através das palavras de Gustavo Patu^[xiii], que o Brasil precisa de uma renovação na sua estrutura tributária, para viabilizar as relações comerciais, as transferências de conhecimento e principalmente a erradicação da pobreza e da fome:

Vem de longe a crença nacional na reforma tributária. Políticos e empresários, direita e esquerda, todos apoiam a ideia de um projeto capaz de, ao mesmo tempo, reduzir a carga sobre quem paga demais e manter ou até elevar a arrecadação do governo; um novo ordenamento jurídico que eliminaria o excesso de impostos e atrairia para a legalidade uma multidão de biscateiros, contrabandistas, empresas de fundo de quintal e grandes sonegadores.

Encerra-se, este trabalho, com a esperança que a sociedade mobilize-se em favor de si mesma, que saia às ruas e ruja por uma justiça tributária. Vislumbra-se um país mais igual, onde a

consciência política do povo e dos representantes dele vise o bem-estar social coletivo.

Por fim, repete-se uma frase do brilhante jornalista Gustavo Patu^[xiv]:

“Se o corte de impostos pode – não há garantia – trazer crescimento econômico e benefícios gerais, os prejudicados pelos cortes de gastos têm nome, sobrenome, endereço e título de eleitor”.

9. REFERÊNCIAS

^[i] MELO, José Eduardo Soares de. *apud* SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

^[ii] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.29.

^[iii] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237.

^[iv] ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. *Carga Tributária no Brasil – 2005 – Estudos Tributários 15*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>>. Acesso em: 27/05/2010.

^[v] Discorda-se da consideração da Contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como integrante da carga tributária, por esta não ter natureza tributária, de acordo com o entendimento do STF. (RE 100.249, Pleno, Min. Rel. Oscar Correa, julgamento em 02/12/1987)

^[vi] PATU, Gustavo. *A escalada da carga tributária*. São Paulo: Publifolha, 2008. p. 12.

^[vii] IBTP. De 30 países, Brasil é o que oferece menor retorno dos impostos ao cidadão. Disponível em: <<http://www.ibtp.com.br/noticia/2260/De-30-paises-Brasil-e-o-que-oferece-menor-retorno-dos-impostos-ao-cidadao>>. Acesso em: 16/08/2016.

[viii] DORNELLES, Francisco. *Carga tributária invisível*. Publicado em 12/08/2007. Disponível em: <http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?Itemid=113&id=618&option=com_content&task=view>. Acesso em: 27/05/2010.

[ix] MACHADO, op. cit. p. 11.

[x] Seis dias depois do que em 2015, Impostômetro chega a R\$ 1 trilhão. Disponível em: <<https://impostometro.com.br/Noticias/Interna?idNoticia=10>>. Acesso em: 27/05/2010.

[xi] Quanto pagamos de impostos? Publicado em 23/10/2015. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/economia/2015/quanto-pagamos-de-impostos/>>. Acesso em 14/08/2016.

[xii] Tributar alimentos empobrece o país e o povo brasileiro. Publicado em 22/10/09. Disponível em: <<http://www.beefpoint.com.br/cadeia-produtiva/espaco-aberto/tributar-alimentos-empobrece-o-pais-e-o-povo-brasileiro-57926/>>. Acessado em 14/08/2016.

[xiii] PATU, op. cit. p. 35.

[xiv] PATU, op. cit. p. 35.

A EXCEPCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR INTERESSE PÚBLICO.

MARCOS DE CASTRO GUIMARÃES JUNIOR: Policial civil. Especialista em direito administrativo pela Universidade Cândido Mendes/SP.

Resumo: Visando tornar os cargos públicos acessíveis a todos e também em cumprimento aos princípios norteadores da Administração Pública, a Constituição Federal instituiu como regra geral a aprovação em concurso público, excetuando apenas para os cargos de livre nomeação e exoneração, como também para as contratações temporárias de excepcional interesse público. Para que esses contratos temporários sejam válidos devem ser cumpridos requisitos primordiais sem os quais os contratos tornar-se-ão nulos. No caso de o administrador se valer da excepcionalidade para realizar contratações temporárias irregulares, estará sujeito às sanções dispostas na lei de improbidade administrativa, por não atender ao interesse público e sim interesse pessoal. Caso ocorram litígios entre servidor público e a administração pública devem ser dirimidos pela justiça comum. Em se tratando de contratos que já nascem nulos por não obedecer aos requisitos determinados em lei, tornando-se assim irregulares, serão conflitos dirimidos pela Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Administração Pública; Contratos temporários; Contratação temporária irregular; Improbidade administrativa.

Abstract: Aiming to make accessible public functions at all and also in compliance with the guiding principles of public administration, the Federal Constitution instituted as a general rule the approval of tender, except only for the positions of free appointment and dismissal, as well as for temporary hiring exceptional public interest. For these temporary contracts are valid must be met primary

requirements without which the contracts will become void. Should the administrator take advantage of the exceptional to make irregular temporary hires will be subject to the penalties laid out in the law of administrative misconduct, not in the public interest but personal interest. In the event of disputes between public servants and public administration should be resolved by the ordinary courts. In the case of contracts that are born null not comply with the requirements prescribed by law, thus becoming irregular, conflict will be settled by labor courts.

Keywords: Public Administration. Temporary contracts. Irregular temporary employment. Administrative dishonesty

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a contratação de servidores públicos pela Administração Pública deve ser efetuada através da aprovação em concurso público, sob pena de nulidade da contratação. Contudo a própria Constituição Federal de 1998 relativiza essa regra em seu artigo 37, inciso IX, possibilitando a contratação temporária, sem a necessidade de concurso público. No âmbito da União, a norma veio regulamentada através da lei 8.745/93.

Ocorre que se valendo da exceção constitucional para contratação temporária sem concurso público, os entes políticos começaram a contratar temporariamente sem observância da excepcionalidade da medida, ferindo demasiadamente os princípios constitucionais.

Este artigo científico visa discutir de forma genérica a contratação de servidores públicos na Administração Pública e de forma especial a base jurídica dos contratos temporários, sem prévia aprovação em concurso público, argumentando sobre os aspectos legais não utilizados pelos administradores públicos em confronto com a Constituição e também à lei 8.745/93.

Analisando ainda a responsabilidade do administrador público que se vale dessas contratações indevidas, com total

inobservância as normas constitucionais e legais, bem como a competência jurisdicional para essas demandas e os órgãos responsáveis pela fiscalização e controle desses atos.

2. SERVIDORES PÚBLICOS DE FORMA GENÉRICA

O capítulo VII do Título III da Constituição da República Federativa do Brasil em sua Seção II, referente à Administração Pública, usa o termo Servidores Públicos para conceituar as pessoas que tem vínculo empregatício com a Administração Pública (DI PIETRO, 2015, p.653). Para o doutrinador Hely Lopes Meirelles “servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos”, tornando-se necessário conceituar primeiramente agentes públicos (MEIRELLES, 2009, p.416).

2.1 Agentes públicos

Ser agente público é desempenhar função pública como prestador de serviços junto ao Estado, como também às pessoas jurídicas da Administração Indireta (DI PIETRO, 2015, p. 654).

Em contribuição relevante, José dos Santos Carvalho Filho, diz que “a expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado” (CARVALHO FILHO, 2015, p.611). Para demonstrar a abrangência do sentido, a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre a Improbidade Administrativa, em seu artigo 2º, dispõe que:

Art. 2º - Reputa-se agente público, para efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 18/1998, são quatro as categorias de agentes públicos, sendo eles, agentes políticos, militares, particulares em colaboração com o Poder Público e servidores públicos (DI PIETRO, 2015, p. 654).

2.1.1. Agentes políticos

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização do País [...], são os ocupantes de cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado” (MELLO, 2008, p.245). Tem-se, portanto, o entendimento de que a figura do agente político está ligada diretamente ao governo e à atividade política. Fazendo parte desse rol, os chefes do Executivo em todas as esferas, seus auxiliares, senadores, deputados e vereadores, pois foram eleitos para ocupar tais cargos. Tendo-se a incluir no mesmo rol os membros da Magistratura e do Ministério Público (DI PIETRO, 2015, p. 656).

Corroborando, Hely Lopes Meirelles ressalta que “os cargos vitalícios [...] deverão ser regidos pelo regime estatutário, contudo alguns estão obrigatoriamente submetidos a um regime estatutário de natureza peculiar a exemplo da Magistratura e do Ministério Público” (MEIRELLES, 2009, p.418).

Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inclusão dos magistrados nesse rol, tem-se que:

EMENTA – Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções com prerrogativas

próprias e legislação específica. [...]. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF RE 228977. Relator (a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002)

Portanto, através da ementa supracitada, verifica-se que os magistrados, consoante com o STF, incluem-se no elenco de agentes políticos.

2.1.2. Militares

A Norma Constitucional em seu artigo 142, §3º, dispõe que “os membros das Forças Armadas são denominados militares”. Já em seu artigo 42 diz que “os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares [...], são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

A partir da EC 18/98, os militares perderam a denominação “servidores militares”, tornando-se mais uma categoria de agente público, como simplesmente “militares” (DI PIETRO, 2015, p. 661). Estes são regidos pela Lei 6.880/80 que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, mas segundo Maria Sylvania, “também se submetem a algumas normas inerentes dos servidores públicos, tais como, teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irredutibilidade de vencimentos” (DI PIETRO, 2015, p. 663).

Os militares não podem fazer parte de movimentos sindicais nem aderir à greve, como também lhes é vedado acumular cargos públicos (SILVA JUNIOR, 2011, p.361).

2.1.3 Particulares em colaboração com o Poder Público

Segundo Di Pietro, particulares em colaboração com o Poder Público “são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração” (DI PIETRO, 2015, p. 663). Subdividem-se em:

- a) Agentes delegados – De acordo com definição dada pelo Mestre Hely Lopes Meirelles, “são pessoas físicas ou jurídicas [...] que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio [...], mas sob as normas do Estado” (MEIRELLES, 2009, p. 81). É o Poder Público quem os fiscaliza, mas o pagamento da remuneração cabe a quem utiliza os serviços. Dentre eles, enquadrar-se os que exercem funções elencadas no artigo 236 da Constituição Federal (serviços notariais e de registro);
- b) Agentes honoríficos – são particulares requisitados para prestar serviços públicos de grande relevância à coletividade, sem receber remuneração, mas sim, períodos de descanso. Podendo ser citados como exemplo os que trabalham como mesários no período eleitoral (CARVALHO FILHO, 2015, p. 613).
- c) Gestores de negócios – são os que colaboram com o Poder Público nas situações de emergência, como os que voluntariamente ajudam a população nos períodos de enchentes e incêndios (DI PIETRO, 2015, p. 664).

2.1.4 Servidores públicos

Os servidores públicos também integram a categoria dos agentes públicos. Nesta categoria, encontramos a maior parte das pessoas que por meio de relações profissionais têm vínculo com a Administração Pública (MEIRELLES, 2009, p. 416). Nesse viés, Hely Lopes Meirelles discorre que:

Os servidores públicos em sentido estrito ou estatutários são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral [...]. Tratando-se de cargo efetivo, seus titulares podem adquirir estabilidade e estarão sujeitos a regime peculiar da previdência social. Os empregados públicos são todos titulares de emprego público (não de

cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT. [...]. Não ocupando cargo público e sendo celetistas, não tem condição de adquirir estabilidade constitucional (CF art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar [...] sendo enquadrados no regime geral da previdência social [...]. Os contratados por tempo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral da previdência social. (MEIRELLES, 2009, p.418)

No entendimento de Carvalho Filho, “algumas características delineiam o perfil da categoria dos servidores públicos, a saber, a profissionalidade, a definitividade e a relação jurídica de trabalho” sobre as quais discorrer-se-á breves comentários (CARVALHO FILHO, 2015, p. 617).

No tocante à profissionalidade, os servidores públicos devem buscar aprimorar-se constantemente para que suas funções sejam bem desempenhadas. A Constituição Federal em seu artigo 39, §2º, demonstra uma preocupação sobre esse assunto, e, para tanto exigiu que fossem criadas escolas públicas para que houvesse aperfeiçoamento profissional (CARVALHO FILHO, 2015, p. 617).

Com relação à definitividade, embora existam funções de caráter temporário para situações excepcionais, é mister ao servidor público, permanecer na função para a qual foi designado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 617).

Existe entre o ente federativo e o servidor uma relação jurídica de trabalho. Nota-se, portanto, que essa relação ocorre onde um está para desenvolver suas funções em troca de

remuneração e outro para ser beneficiado com a prestação do serviço (CARVALHO FILHO, 2015, p. 618).

No regime jurídico estatutário, tem-se um conjunto de normas de natureza legais, dispostas no estatuto funcional de cada ente federativo no que diz respeito aos servidores estatutários. No âmbito da União Federal esse Estatuto é a Lei nº 8.112/90, que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, constando os deveres e obrigações que regulamentam a relação entre as partes (CARVALHO FILHO, 2015, p. 621). A natureza dessa relação não é contratual. Segundo Carvalho Filho, “várias decisões judiciais já reafirmaram a natureza da relação estatutária, considerando-a não contratual e insuscetível de gerar direito à inalterabilidade da situação funcional” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 621).

Já no regime jurídico trabalhista (celetista) constitui-se de normas reguladoras dispostas basicamente em um único diploma legal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Para Carvalho Filho “essas normas regulam a relação jurídica que há entre o Estado e seu servidor trabalhista [...] neste caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição dos empregadores de modo geral” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 623).

A natureza dessa relação jurídica é contratual, divergindo do regime estatutário. Ou seja, há um vínculo no qual vigora um contrato de trabalho, e onde o Estado iguala-se aos empregadores comuns (CARVALHO FILHO, 2015, p. 624). Todavia, a partir do momento que o Estado é o empregador, mesmo a relação de trabalho sendo regida pela CLT, está sujeita a incidência de normas constitucionais (DI PIETRO, 2015, p. 657).

3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: Regime Jurídico Especial

Para o grande e saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles “contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade

administrativa para consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (MEIRELLES, 2009, p. 213)

Os contratos administrativos podem ser classificados como “contratos de obras, de serviços, de fornecimento (ou compras), de concessão e de permissão, alienações e locações e contratos de outras espécies (CARVALHO FILHO, 2015, p. 184).

Toda vez que o ente público inicia um processo de contratação é necessário que haja um procedimento administrativo, objetivando a celebração do contrato (PRINZO, 2003, p.11).

O referido procedimento administrativo se compõe de cinco elementos, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Ou seja, deve haver uma pessoa responsável para praticar tal ato em nome da Administração Pública, sendo de extrema relevância que o contrato tenha um fim social adequado ao interesse público. Será submetido então a um procedimento administrativo na forma escrita, devendo se adequar ao princípio da eficiência, especificando os motivos para a contratação, observando sempre que esta deve ser temporária e de excepcional interesse público. Nesse contrato devem ser observados os princípios constitucionais, para que seja lícito, possível e determinado (PRINZO, 2003, p.14).

A regulação geral dada aos contratos administrativos é feita pela Lei 8.666/93, sendo que, mesmo havendo normas específicas que regulam os contratos temporários, estes também devem obedecer a esses elementos, além dos requisitos específicos que lhes são próprios (PRINZO, 2003, p. 12). O contrato temporário está previsto no artigo 37, IX, CF, in verbis:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em regra geral, na Administração Pública só podem ocupar cargos aqueles que porventura tenham prestado concurso público, conforme o disposto no artigo 37, II, CF. A exceção encontra-se expressa no inciso IX do mesmo artigo, acima transcrito, por não se tratar de ocupação de cargo, e sim, desempenho de função em caráter temporário (DI PIETRO, 2015, p. 666).

De acordo com Duarte Prinzo, “a contratação em estudo, é aquela realizada diretamente sem intermediação, cujo objeto é a contratação de pessoas, de mão de obra” (PRINZO, 2003, p.14). Foi promulgada pela União a Lei Federal nº. 8745 de 09.12.1993, que além de tratar a respeito da forma e regime de contratação, estabelece diretrizes que devem ser a base das leis estaduais e municipais no tocante às contratações temporárias por excepcional interesse público (PRINZO, 2003, p.14).

Como já foi dito, a regra é que haja concurso público. Consoante a isto Hely Lopes expressa que “pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo [...] de políticos que se mantém no poder leiloando cargos e empregos públicos” (MEIRELLES, 2009, p.439). Mas como demanda várias fases, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública (DI PIETRO, 2015, p.672).

Em consonância, o STF expressa que:

EMENTA. CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA C.F. Art. 37, II e IX, Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo, inconstitucionalidade. I – A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atingidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. (STF. ADI 2229. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2004. DJ 25/06/2004)

Como determina a lei nº 8.745/93, a contratação deve ser por escrito, tendo a duração máxima de 24 (vinte e quatro) meses (PRINZO, 2003, p.17).

Tanto os entes estatais quanto os municipais que queiram se basear no artigo 37, IX, para contratar servidores temporários, devem estabelecer suas próprias leis, orientados pela lei federal, fazendo constar em que situações se torna possível esse tipo de contratação e em qual tipo de regime jurídico estará inserida (DI PIETRO, 2015, p.674).

Em geral os referidos contratos possuem natureza jurídica temporária e o vínculo entre o contratado e o Poder Público é de direito administrativo e não trabalhista, já que a lei federal nº. 8.745/93 “trata esta contratação como sendo de caráter administrativo” (PRINZO, 2003, p. 19). Lembra bem a Professora Maria Sylvia dizendo que:

A título de exceção ao regime jurídico único, a constituição no artigo 37, IX, previu em caráter de excepcionalidade para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Esses servidores exercerão funções, porém não como integrantes de um quadro permanente, paralelo aos dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional (DI PIETRO, 2015, 666).

Para Diógenes Gasparini, os servidores temporários são aquelas pessoas “que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para atendimento da necessidade de excepcional interesse público, consoante definidas em lei” (GASPARINI, 2009, p.4)

Os servidores temporários são disciplinados pelo regime especial, mas isso depende de uma lei que consume o objetivo da norma constitucional. Caberá, no entanto, a cada ente federativo criar sua própria lei onde deverá constar as regras para o regime adotado, as atividades, direitos e deveres dos servidores e o prazo de vigência do contrato (DI PIETRO, 2015, p.657). Segundo entendimento do STF, temos que:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DA SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I – A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II – Para que se efetue a

contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III – O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão a Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções; IV – Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar inconstitucionalidade. V – É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI – Ação que se julga procedente. (STF. ADI 3430. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2000)

3.1 Pressupostos essenciais da contratação temporária

Conforme jurisprudência do STF, a contratação temporária deve atender a três pressupostos essenciais, sejam eles, lei autorizadora, temporariedade da função e excepcionalidade do interesse público. A lei que disciplina tal situação é a lei federal nº 8.745/93. O ente federativo responsável pela contratação deve editar a lei com base na referida lei. Essa estabelecerá mecanismos para que o excepcional interesse público seja o ponto principal. Deverá também conter relação das atividades que necessitem contratação temporária de pessoal. Por se tratar de desempenho de funções públicas cabe ao Chefe do Executivo essa atribuição (MOTTA, 2006, p.6).

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho “a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária”, caso haja a necessidade da permanência dos servidores no desempenho

da fun o, deve-se buscar os meios legais como a execu o do concurso público para que assim haja validade no processo (CARVALHO FILHO, 2015, p.628).

A referência feita pelo artigo 37, IX,   para as situa es de urgência que têm como característica a imprevisibilidade, fazendo-se necessário celebrar contratos sem que haja a realiza o prévia de concurso público (MAGALHAES, 2005, p.81).

  relevante salientar que as contrata es ora apresentadas são temporárias tornando-se plausível a dispensa do concurso público de forma justificada conforme a regra constitucional exige (MAGALHAES, 2005, p.82). Por se tratar de contratos para atender o excepcional interesse público o tempo de dura o deve ser observado para que não haja contrata es temporárias para desempenho permanente de fun o (CARVALHO FILHO, 2015, p.628).

A Constitui o Federal não abre exce es para que haja contrata es somente por haver necessidades temporárias, estas devem ser de excepcional interesse público (MAGALHAES, 2005, p.87). O conceito de excepcional interesse público deve ser claro e bem exposto. Segundo Álvaro Correa dos Santos “deve-se interpretar a Constitui o de modo que se permita ao Estado resguardar interesses coletivos” (MAGALHAES, 2005, p.87).

Nesse mesmo diapasão ainda salienta que:

A interpreta o correta da expressão excepcional interesse público deve ser aquela que comporte soluço para problemas reais. Deveras, não   de crê que a lei Magna haja expressado comando que se pretendeu cego a dificuldades concretas com que a Administra o pode se defrontar e que a deixariam num beco sem saída, com prejuízo dos administrados (MAGALHAES, 2005, p.87).

Em seu artigo 2º, a Lei 8.745/93 exemplifica as situações que são consideradas necessidade temporária de excepcional interesse público (BORGES, 2009, p.65).

Relata o dispositivo, in verbis:

Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I – assistência de situações de calamidade pública;

II – combate a surtos endêmicos;

III – realização de recenseamento e outras pesquisas de natureza estatística pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;

IV – admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI – atividades:

a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;

b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI;

c) (Revogada pela Lei nº 10.667 de 2003)

d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;

e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de

Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC.

f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;

g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM;

h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde eu não haja, em seu desempenho, subordinação de contratado ao órgão ou entidade pública.

Não obstante os requisitos que determinam o excepcional interesse público, decorrente da citada lei federal é de extrema relevância que os entes federativos criem leis próprias para tal feito, em suas esferas de competência (SILVA JUNIOR, 2011, p.279).

Essas leis devem garantir os princípios constitucionais, contendo requisitos que justifiquem tal contratação para fins de excepcional interesse público. Pois caso contrário ferirá o dispositivo constitucional (MEIRELLES, 2009, p.419).

4. DESNATURAÇÃO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

Diante do exposto sobre o inciso IX, do artigo 37 da Constituição Federal, é imprescindível que haja o cumprimento dos requisitos essenciais para celebração dos contratos temporários, sejam eles, a lei autorizadora, temporariedade da função e a

excepcionalidade do interesse público. A falta desses requisitos acarretará conseqüências sobre as quais se explanará a seguir:

4.1 Nulidade do ato

Como já explanado anteriormente, a regra geral é encontrada no artigo 37, II, CF, onde consta que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]. Se isso não for observado, acarretará em nulidade do ato, conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo (SILVA JUNIOR, 2011, p.279).

Nesse sentido tem-se a Súmula nº 685 do STF afirmando que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. No âmbito jurisprudencial temos:

A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte todavia inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso público para ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal (BRASIL. STF, Precedentes: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 9/8/1996) e ADI 208, Rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre

outros. (ADI 100, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9/9/2004. Plenário, DJ 1 /10/2004). No mesmo sentido: ADI 88, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11/5/2000, Plenário, DJ 8/9/2000, ADI 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9/2/2007, Plenário, DJ 16/3/2007: ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9/2/2007, Plenário, DJ 27/4/2007)

Se porventura existirem litígios envolvendo servidores temporários regidos pelo regime especial de direito administrativo a competência para dirimi-los   da justiça comum. Ao passo que, se os envolvidos foram servidores estaduais e municipais, compete aos juízes estaduais, e se forem servidores da União, caberá   Justiça Federal (MAGALHAES, 2005, p.113). Nesse sentido o STF proferiu uma decisão expressando que:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. A o direta. Competência Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. A es que na se reputam oriundas de rela o de trabalho. [...]. O disposto no art. 114, I, da Constitui o da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por rela o jurídico-estatutária (STF, ADI 3395 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2006, DJ 10/11/2006).

Conforme as ementas citadas a competência   da Justiça Comum seja ela estadual ou federal para soluço dos conflitos porventura existentes entre o Poder Público e seus servidores. Mas, muito se tem discutido a respeito do pagamento dos salários dos servidores pelos dias efetivamente trabalhados (MAGALHAES, 2005, p.126).

De acordo com Guilherme José Purvim de Figueiredo “os contratos irregulares são nulos de pleno direito, não gerando vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, não obstante gerem eles a obrigação do pagamento de retribuição a título salarial pela empregadora” (FIGUEIREDO, 2005, p.125).

Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho (TST), através da Súmula nº 363 determinou que fossem pagos aos servidores somente os dias trabalhados e os depósitos de FGTS. Os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) entendem que:

EMENTA. Nula é a contratação de servidor público após 5.10.88 pela Administração Pública direta, indireta ou fundacional, sem que precedida de concurso público, nos termos exigidos pelo artigo 37 da Constituição Federal, sendo devidos tão somente os salários dos dias trabalhados consoante jurisprudencial consagrado pelo Enunciado nº 363 do TST (TRT, 1ª R. 8ª turma, RO nº 835/2001, Relator(a): Mª de Lourdes Sallaberry, DJRJ 16/12/2003, p. 193).

Para Luis Cesar Duarte Prinzo “deverá ser pago tudo quanto estiver contemplado na lei, no contrato ou que estava ocorrendo, observado o mínimo do saldo salarial” (PRINZO, 2003, p. 56).

É de competência da Administração Pública cumprir a exigência de realizar o concurso público para contratações. A responsabilidade é do ente federativo em averiguar se essa contratação é para cumprimento do excepcional interesse público e não do servidor que se sujeitou à vaga (MAGALHAES, 2005, p.127).

Os que defendem o pagamento somente dos dias trabalhados crêem estar indenizando o servidor pelo esforço despendido em prol da Administração. O interesse público só será

realmente atendido se o trabalho desempenhado pelo servidor for reconhecido e valorizado (MAGALHAES, 2005, p.128). A jurisprudência nesse sentido relata que:

PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE OS INTERESSES DO ENTE PÚBLICO. Não se pode, pela declaração da nulidade do contrato, sob prisma administrativo, negar ao trabalhador todos os seus direitos, no âmbito da relação jurídica trabalhista, regida pela CLT, ainda que o empregador seja o ente público. Não assiste ao ente público nenhuma prerrogativa de esquivar-se das obrigações trabalhistas até porque por sobre as regras de natureza administrativa, previstas na Constituição, estão os princípios fundamentais da República, de valorização social do trabalho, da proteção da dignidade humana e da prevalência dos direitos humanos, sendo que a concretização desses princípios se dá, minimamente conferindo-se ao trabalhador os direitos fundamentais constantes do art. 7º, da Constituição Federal. Para ficar bem claro: se a proteção do interesse do ente público tem sede constitucional, a proteção dos direitos do trabalhador não apenas também é de natureza Constitucional como se encontra na Constituição em ordem preferencial à do interesse da Administração Pública (TRT, 15ª R, 6ª turma, RO n. 00489.2001.026.15.00.0, Relator(a): Juiz Jorge Luiz Souto Maior, DO 12/03/2004, p. 85. Apud MAGALHÃES. Gustavo Alexandre)

CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO APÓS A CF/88 – NULIDADE – EFEITOS – Embora viciado o contrato, celebrado sem o requisito do concurso público (art. 37, inciso II da CF), a nulidade tem efeitos ex nunc, garantindo-se ao

empregado o pagamento dos direitos trabalhistas face à teoria do contrato realidade (TRT, 7ª R. Proc. 0305/01 (1143/01), Relator(a): Juíza Laís Maria Rossas Freire, j. 04.04.2001).

Na ocorrência de contratações irregulares, onde o contrato, via de regra, já nasce nulo, a competência para julgá-los é da Justiça do Trabalho. Nesse caso, como demonstrado, o entendimento pacificado pelo TST em sua Súmula 363, é de que a nulidade produz efeitos *ex tunc* (retroativos) e, portanto, só gera direitos ao trabalhador de receber o valor das horas trabalhadas, com base no salário mínimo, bem como o FGTS, incidente sobre essa parcela. Esse entendimento vem sendo adotado em várias decisões, como demonstrado nas ementas citadas. Inclusive, o fundamento dessas decisões é que referidas verbas têm que ser concedidas ao trabalhador, sob pena de enriquecimento ilícito.

4.2 Improbidade administrativa

Para Hely Lopes Meirelles “o dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário a legitimidade de seus atos” (MEIRELLES, 2009, p.110).

De acordo com Ana Tarlé, os valores como honestidade, integridade e respeito, são demasiadamente raros em se tratando de Administração Pública. O que nos deixa à mercê de um país onde a impunidade impera, pois o administrador público não se importa com as possíveis sanções aplicadas a um agente ímprobo (TARLÉ, 2007, p.3).

Em seu artigo 37, §4º, a Norma Constitucional declara que:

Art. 37. §4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do

erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em complemento, a Lei nº. 8.429/92 em seus artigos 9º, 10 e 11, traz respectivamente os atos de improbidade administrativa, a saber, os atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao Erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (SILVA JUNIOR, 2011, p.303).

No artigo 12 estão determinadas as sanções aplicadas em cada caso, que podem ser “perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais” [...](MEIRELLES, 2009, p.511).

A lei em tela traz em seu corpo vários atos de improbidade administrativa, dentre eles pode-se destacar o disposto no artigo 11, inciso I, que traz, in verbis:

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente.

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Não observando, portanto os requisitos necessários para a contratação temporária, que são determinados em lei, o administrador público age com ilicitude, ferindo os princípios que devem nortear a Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, configurando assim ato de

improbidade administrativa (CARVALHO JUNIOR, 2009, p.7). No âmbito jurisprudencial temos que:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedente da Primeira Seção. 2. Não se sustenta a tese – já ultrapassada – no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário. 3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte. 3. Embargos de divergência providos

A partir do momento que o administrador público permite tais contratações irregulares, que não estão de acordo com os preceitos constitucionais, é caracterizado o ato de improbidade e devendo ser punido com as sanções constantes da lei de improbidade administrativa.

5. O CONTROLE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

Realizar contratações por tempo determinado não é regra, e sim exceção quando se trata de contratar pessoais para desempenhar funções junto à Administração Pública. Para, tanto, o Administrador deve restringi-las, obedecendo ao preceito constitucional, que deve atender o excepcional interesse público

evitando assim o descontrole do número de contratos através de apadrinhamentos (MAGALHAES, 2005, p.79).

5.1 Formas de controle

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 71 e 72, determinou que o juntamente com o Congresso Nacional o Tribunal de Contas da União (TCU), fosse o responsável para realizar o controle externo da Administração Pública Federal, tendo como objetivo, fiscalizar a contabilidade, os orçamentos, as operações e o patrimônio da União.

A Constituição Federal, no artigo 71, III, sobre a competência do TCU, traz que:

[...]

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de administração de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, executadas as nomeações de cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Assim, o TCU é responsável em verificar se todos estão cumprindo o princípio do concurso público em todas as contratações. No tocante às contratações temporárias é quem verifica se todos os requisitos dispostos na CF e também na Lei nº 8.745/93 estão sendo cumpridos (CARVALHO MATTA, 2006, p.03).

O Ministério Público do Trabalho (MPT) também é responsável por esse controle, e os entes federativos que burlam a regra geral do concurso público são processados através de ações civis públicas (CARVALHO MATTA, 2006, p.03).

As contratações de modo geral merecem especial atenção por parte dos órgãos fiscalizadores. No tocante aos contratos temporários é imprescindível essa fiscalização para evitar que tenham o seu objetivo deturpado causando prejuízos tanto ao servidor quanto ao ente público.

6. CONCLUSAO

Conclui-se que a regra constitucional é pela exigência de concurso público para contratações. O legislador relativizou exceções a essa regra, quando se tratar de cargos de livre nomeação ou exoneração, bem como nos casos de necessidade emergencial e não houver tempo hábil para realização de todos os trâmites da realização do concurso público.

Atualmente nos deparamos com a desnaturação da contratação temporária, inviabilizando assim o princípio do concurso público. Quando os contratos temporários não têm os requisitos legais e constitucionais observados são considerados nulos, o que ocasiona um prejuízo a gestão de pessoal da Administração Pública.

Cabe ao administrador público gerenciar o bem público e observar as regras constitucionais e legais aplicadas para a contratação de pessoal por tempo determinado, devendo ser realizada sempre de forma transparente. Caso contrário, deve-se penalizar o administrador por crime de responsabilidade, bem como submetê-lo as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

O servidor contratado temporariamente não deve ser responsabilizado pelas causas que levaram à nulidade dos seus contratos, mas sim os próprios administradores públicos, para evitar que assim realizem novas contratações irregulares, o que deve ser fiscalizado pelos órgãos de controle.

Portanto, em observância dos preceitos constitucionais, a contratação temporária deve existir somente para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, pois,

de outro modo, deverá ocorrer mediante concursos públicos, que é a regra protegida pelo nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BORGES, Raiane Mousinho Fernandes. DUARTE JUNIOR. Ricardo Cesar Ferreira. **Contratação temporária: Análise de pressupostos e questões controversas**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, 65, 01/06/2009. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6349. Acesso em 03 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição Federal (1998). **Vade mecum OAB e Concursos**. 7ª Ed.rev. atual. ampl. São Paulo. Saraiva. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre a Improbidade Administrativa. **Vade mecum OAB e Concursos**. 7ª Ed.rev. atual. ampl. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 1668.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 9/8/1996) e ADI 208, Rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros. (ADI 100, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9/9/2004, Plenário. DJ 1º/10/2004). No mesmo sentido: ADI 88, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11/5/2000, Plenário, DJ 8/9/2000. ADI 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9/2/2007, Plenário, DJ 16/3/2007; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9/2/2007, Plenário, DJ 27/4/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266386>. Acesso em 19 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 MC, Relator (a): Min. Cezar Peluzo. Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2006, DJ 10/11/2006. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+3395+MC+%28%28CEZAR+PELUSO%29NORL.+OU+%28CEZAR+PELUSO%29.NORV.+OU+%28CEZAR+PELUSO%](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+3395+MC+%28%28CEZAR+PELUSO%29NORL.+OU+%28CEZAR+PELUSO%29.NORV.+OU+%28CEZAR+PELUSO%29)

[29.NORA.+OU+%28CEZAR+PELUSO%29.ACMS.%29&base=baseAcordaos](#). Acesso em: 19 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3430, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI3430&base=baseAcordaos> Acesso em: 17 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228977, Relator (a): Min. Néri da Silveira. Segunda Turma, julgado em 05/03/2002. DJ 12-04-2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+228977&base=baseAcordaos> Acesso em: 17 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 1ª Região. 8ª turma. RO nº 835/2001. Relator (a) Mª de Lourdes Sallaberry, DJRJ 16/12/2003, p. 193. Disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2005/.../con_02.doc. Acesso em: 23 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 7ª Região. Proc. 0305/01 (1143/01). Relator (a): Juíza Laís Maria Rossas Freire, j. 04/04/2001. In PRINZO, Luis Cesar Duarte. **Contratos temporários na administração pública**. Rio de Janeiro. Dimensão, 2003, p. 64.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 15ª Região. 6ª turma. RO nº 00489.2001.026.15.00.0, Relator (a): Juiz Jorge Luiz Souto Maior, DO 12/03/2004, p. 85. In MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2005, p.128-129.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2015.

CARVALHO JÚNIOR, Edgar Paiva de. **A contratação temporária irregular como ato de improbidade administrativa do agente político**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2148, 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12840>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. 1 ed. São Paulo; Ltr, 2005.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. **Contratação temporária de pessoal na Administração Pública: desvirtuamento do uso da exceção prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1120, 26, jul. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8695>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

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

MOTTA, Fabrício. **A contratação de pessoal por prazo determinado pela administração pública vista pelo Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8045>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PRINZO, Luis César Duarte. **Contratos temporários na administração pública**. Rio de Janeiro: Dimensão, 2003.

SILVA JUNIOR, Azor Lopes da. In MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, 2 ed. Barueri: Manole, 2011.

TARLÉ, Ana Costa. **Do contrato temporário na administração pública**. São Paulo, 2007. Disponível em: http://r2concursos.uol.com.br/site/artigos/artigo_default.asp?ID=741. Acesso em: 25 de abril de 2015.

VALERA, Carlos Alberto. In MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, 2 ed. Barueri: Manole, 2011, p. 835.

O PROBLEMA DA PROVA TESTEMUNHAL: AS QUESTÕES MODERNAS RELACIONADAS ÀS FALSAS MEMÓRIAS, O PERIGO DA INDUÇÃO NO INTERROGATÓRIO DE CRIANÇAS E ADULTOS. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A CORREÇÃO DESTES PROBLEMAS

JOSÉ MARIA DA SILVA: Graduação em Filosofia pela Fafich - UFMG, graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras, pós - graduação em Direito do Estado, pós - graduação em Direito civil, pós - graduação em Direito Processual Penal; todas pós-graduações pela Faculdade Anhanguera.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de apresentar a problemática das falsas memórias no contexto da colheita da prova testemunhal e também da inquirição de vítimas e demais depoentes de um processo-crime. O problema colocado pelas falsas memórias, consiste numa situação em que a testemunha ou a vítima imaginam falar “verdade” e não a mentira, ou seja não creem mentir enquanto emitem sua opinião sobre o suposto fato criminoso, baseada na sua falsa memória. No decorrer do trabalho busquei apresentar soluções que a doutrina especializada coloca para os problemas que surgem na colheita dos depoimentos das testemunhas e vítimas, e saliento que a problemática apresentada está apenas começando a ser enfrentada pela doutrina e jurisprudência nacionais, o que faz aumentar os desafios para o tratamento do tema na prática jurídica diária.

Palavras-chave: falsas memórias, prova testemunhal, inquirição de vítimas.

INTRODUÇÃO

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro, e por isso mesmo é o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Este paradoxo aumenta a crise de

confiança existente na solução judicial dada aos casos julgados no Brasil.

Neste giro, as questões colocadas pela produção da prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro perpassam o problema da indução feita pelas autoridades que utilizam do interrogatório como meio de prova do suposto crime; além disso, existe o problema das falsas memórias, talvez mais grave ainda que a indução referida, pois a testemunha ou a vítima imaginam falar “verdade” e não a mentira, ou seja não creêm mentir enquanto emitem sua opinião sobre o suposto fato criminoso, baseada na sua falsa memória.

Neste trabalho procurarei apresentar respostas que podem minimizar os problemas referidos.

No capítulo um apontarei uma noção do que é falsa memória e tentarei dimensionar os problemas que ela coloca na colheita da prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro.

No segundo capítulo inicio uma discussão que é doutrinária, sobre a objetividade e ou subjetividade da prova testemunhal, e da importância dessa discussão para o melhor julgamento possível do magistrado.

No capítulo três faço uma breve análise sobre as consequências das falsas memórias e da indução no exercício do interrogatório das autoridades da justiça brasileira para a credibilidade da prova testemunhal.

No último capítulo avalio algumas soluções apresentadas pela doutrina referentes aos problemas que surgem na colheita dos depoimentos das testemunhas e vítimas.

1 – noção e forma de construção de falsas memórias

O significado do termo memória, remonta etimologicamente do latim, e consiste na faculdade de reter e ou readquirir idéias,

imagens, expressões e conhecimentos, reportando-se às lembranças.

Segundo Caixeta & Pereira (2005, p.17)

Cada tipo diferente de memória é armazenado e recuperado em caminho diferente, e dúzias de áreas do cérebro estão envolvidas numa complexa rede de interações. Qualquer que seja o tipo de memória trata-se de associação entre um grupo de neurônios, no qual, quando um dispara, todos eles disparam, criando, assim, um padrão específico.

De maneira que na opinião dos autores referidos a

localização da memória não se dá em estrutura isolada no cérebro; envolve um conjunto de sistemas cerebrais que funcionam juntos.(...)Nem todos os aspectos de uma experiência são lembrados com a mesma facilidade, e a ampliação da memória, produzida pela excitação emocional, pode influenciar alguns aspectos mais do que outros. Após um assalto, por exemplo, a vítima poderá lembrar-se do incidente com maior clareza do que de outros acontecimentos ocorridos no mesmo dia. Estudos de McGaught e colaboradores (1995) sugerem que o hormônio adrenalina, liberado durante o estresse, estabiliza e fortalece as memórias.(CAIXETA & PEREIRA, 2005, p.17).

Neste giro, constatamos o fato das falsas memórias, que são fruto da combinação recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas dos outros.

Na lição de Caixeta & Pereira (2005, p.38) o processo de criação das falsas memórias começa quando absorvemos as coisas destinadas à memória, pois a maioria das percepções

sensoriais são registradas de forma inconsciente, e poucas delas permanecem retidas. A partir daí, a maioria delas apagam-se da mente, e o restante é direcionado para a memória de longo prazo. Assim quando uma memória é lembrada, o processo de falsificação ganha novo impulso e, quando repassamos os fatos que ocorreram, acrescentamos um pouco de algo, perdemos outro e preenchemos com coisas que possam ter-se apagado. Logo, fica constatado que podemos modificar, gradualmente, e inconscientemente, a lembrança com um pouco de imaginação.

Na doutrina dos autores referidos, apud Carter (2003, p.336) :

O processo de codificar e representar o mundo que nos cerca e o mundo dentro de nós é automático. Aquilo com que, no final, acabamos ficando é um registro mental correspondente a qualquer evento, que não será completo nem será literal. Será fragmentário e recuperado e nossos processos cognitivos operam no sentido de encontrar uma razão para ele. Nesse instante, é criado um outro registro de memória correspondente aos eventos no momento da rememoração, inclusive os resultados de quaisquer emoções que a acompanhem. Outras informações poderão ser incorporadas e, portanto, ao tentar se lembrar do evento original, você poderá se recordar do registro mais recente com os respectivos erros.

Na opinião da melhor doutrina o fenômeno da recordação de algo que não foi vivenciado pode ocorrer, pelo menos sob duas formas: espontaneamente ou via sugestão externa. A primeira é o resultado de processos de distorção mnemônicos endógenos. Já as falsas memórias sugeridas surgem a partir de implantação exógena de falsa informação acidental ou deliberada. (Caixeta & Pereira, 2005, p.38).

Além disso, de acordo com a doutrina de Caixeta & Pereira (2005, p. 40).

As falsas memórias podem ser criadas também pelas exigências sociais com objetivo de recordar, pelo encorajamento, para imaginar eventos quando alguém está com dificuldade para lembrar-se e quando encorajado a não pensar se as recordações são reais ou não. Um estudo publicado por Loftus e cols.(1994) mostrou que uma em cada cinco mulheres, representando 19% que relataram abuso sexual infantil, também relatou esquecimento completo do evento traumático por algum período de tempo e, posteriormente, recuperou a memória(...) Outras pesquisas confirmam que é relativamente fácil estabelecer memórias referentes a um acontecimento que jamais ocorreu ao perguntar por ele. Segundo Hyman, Husband e Billings (1995), citado em Morris e Maisto (2003), quanto mais as pessoas são interrogadas a respeito, maiores as chances de que elas 'se lembrem' dele.

Na mesma linha de pensamento, Cristina Di Gesu (2014, p.133) afirma que de acordo com as pesquisas realizadas, também por Loftus, sobre as distorções da memória: a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos, como também pode haver modificação dos fatos realmente vivenciados.

Loftus afirma ter realizado centenas de experiências com mais de 20 mil pessoas, a fim de constatar como a exposição a informações não verdadeiras distorce a memória. Assim, ela constatou, através de trabalho de campo, que a desinformação é capaz de modificar as lembranças de maneira previsível e até mesmo espetacular, nas situações mais cotidianas, de maneira que a "informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças

quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa, ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos” (DI GESU, 2014, p.133)

Nos testes aplicados por Elizabeth Loftus alguns participantes assinaram confissões de supostos danos que nunca haviam praticado. Baseando-se nesta pesquisa Cristina DI GESU (2014, p.135) faz a seguinte observação, in verbis:

A assunção de culpa, inclusive com confissão por escrito, dá-nos bem a dimensão do problema, isto é, de quanto as pessoas podem ser induzidas a relatar acontecimentos não experimentados. Para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação da recordação, compromete integralmente a confiabilidade do testemunho, gerando um imenso prejuízo para o imputado.

Portanto, numa mesma *ratio*, a questão é descobrir o que aconteceu, situação que na maioria das vezes não é tão simples, pois ou o fato não deixa vestígios ou estes foram apagados pelo tempo ou, na pior das hipóteses, a prova foi mal produzida. Logo, conclui a jurista Cristina que sendo tão somente a prova testemunhal o único meio de prova, nasce um novo e grave problema: “o induzimento realizado pelos parentes, amigos, por policiais ou julgadores ao formularem seus questionamentos, bem como pela mídia, devido à notoriedade do caso”(DI GESU, 2014, p.136).

2- O problema da prova testemunhal ser uma questão objetiva ou subjetiva para o Processo Penal Brasileiro.

Segundo a melhor doutrina o processo penal é uma máquina retrospectiva, onde, através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade **recognitiva** dirigida ao julgador. A atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador. Trata-se da **função persuasiva** da prova, no intuito de obter a

captura psíquica do juiz. Deste, corolário disso, é ingenuidade seguir falando em “verdade processual” ou, mais grave ainda, falar-se na (absurda) verdade real.

De acordo com Lopes Júnior (2014, p.690) “A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário”

Nesta linha de raciocínio, como bem coloca Di Gesu (2014, p. 93): “Em sendo a testemunha o principal meio de prova, pelo menos duas questões devem ser suscitadas. A primeira delas diz respeito à objetividade do depoimento e a segunda à forma com que é colhida no processo penal brasileiro”

Deste modo, observamos com Cristina Di Gesu (2014, p.94) que o artigo 213, do Código de Processo Penal, in verbis: “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”, desconsidera a subjetividade da testemunha ao captar o acontecimento, considerando-o como um ato totalmente objetivo.

Contudo a subjetividade da prova testemunhal é bem defendida por Cristina Di Gesu (2014, p. 94), in verbis:

A prova testemunhal deve ser tratada como uma questão subjetiva, a começar pelo fato de os relatos serem em primeira pessoa. (...) A objetividade da testemunha, exigida pelas normas, parece ilusória aos que consideram a interioridade neuropsíquica. Já o aparelho sensorial escolhe os possíveis estímulos, codificados segundo modelos relativos aos indivíduos, as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam no processo mnemônico, tanto mais a lembrança

não é espontânea, mas solicitada, como ocorre com as testemunhas.

Na percepção da jurista Di Gesu (2014, 198-9) a memória envolve um processo complexo: aquisição retenção e recordação:

Quanto à aquisição, destaca Quecuty não serem as recordações réplicas dos acontecimentos percebidos a memória não é réplica dos acontecimentos percebidos, uma vez que são limitados pela natureza do fato(tempo de observação, luminosidade, atenção aos detalhes, existência de violência, caráter estressante) e pela condição das testemunhas (expectativas, estresse emocional,etc) (...) Quanto a retenção, a informação é menos completa e exata, pois refere-se ao transcurso do tempo entre a observação do episódio e a recordação posterior. Além disso, as informações pós-evento abrem uma brecha à formação de falsas memórias, na medida em que acabam por confundir a testemunha, a qual não distingue mais o evento original, daquilo que foi incorporado depois (...) Por fim, o terceiro momento é representado pela recordação, nesta é produzida a recuperação da informação armazenada na memória com sucesso, mas também com fracasso, devido a uma aquisição defeituosa ou ao próprio processo de lembrança em si.

Ainda nos alerta a autora retro referida que o aparato perceptivo tem uma capacidade limitada, trabalhando seletivamente. De modo que, a captação de estímulos não é integral. Logo uma pessoa exposta a estímulos simultâneos capta aqueles a respeito dos quais está adaptado. Assim, os dados sensoriais não são percepções, Esta situação gera a falibilidade do testemunho, elevando os riscos de erro no processo, tendo em vista que nenhuma regra processual

é capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito (DI GESU, 2014, p.95).

Assim apesar do Código de Processo Penal brasileiro considerar a prova testemunhal, sob o ponto de vista objetivo, sem avaliar as questões discutidas acima. Consideramos com os autores supra que o problema é complexo e assim deve ser encarado pelo juiz no momento da colheita dessa prova para atingir o objetivo de julgar com o máximo de neutralidade e objetividade possíveis.

3 – Breve análise sobre as consequências das falsas memórias e da indução no exercício do interrogatório das autoridades da justiça brasileira para a credibilidade da prova testemunhal

Podemos afirmar com a doutrina mais moderna sobre o assunto, que o crime é uma reconstrução do passado. O problema é que este para ser reconstruído depende da memória do narrador ou narradores, por exemplo: testemunha, vítima.

A consequência disso, na opinião de Di Gesu (2014, p.165-6) é , *in verbis*:

Com efeito, um dos grandes problemas da prova está na contaminação da reconstrução de fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo (...) acaba por influenciar a memória das pessoas que depõem no processo e até mesmo antes dele (...) relembra-se que a percepção de um determinado evento está eivada de interpretações, ou seja, de conhecimentos prévios e de interferências prováveis sobre aspectos da situação não percebida e atendida por completo.

Analisando os problemas relacionados às falsas memórias CAIXETA & PEREIRA (2005, p.32-3) apresentam pelo menos três

“pecados”: o pecado da atribuição errada, o pecado da sugestionabilidade, e o pecado da distorção.

Quanto ao primeiro, afirmam que:

O pecado da atribuição errada é chamado por alguns psicólogos de problema da ‘cimentação da memória’: Desta forma, o indivíduo lembra-se de fatos que jamais ocorreram, atribuindo erroneamente o processamento rápido de novas informações ou imagens vívidas que nos vêm à mente a lembranças de eventos passados que não aconteceram. (...) como exemplo, temos a atribuição errada de testemunhas, ou seja, uma testemunha que atribui a familiaridade de um rosto à fonte errada (...). Quando as partes individuais de uma experiência são retidas, mas a ligação da memória não acontece, estão criadas as condições para atribuição errada de fonte e em outros episódios de recordação equivocada de testemunhas (...). Alguns estudos demonstraram que, quando as pessoas imaginam que estão realizando uma ação ou vendo um objeto, afirmam futuramente que realmente o fizeram. Uma forte sensação de familiaridade, juntamente com a falta de recordações específicas, cria a receita fatídica para o surgimento da atribuição errada. A compreensão desse ponto pode ser a chave para a redução das consequências infames da atribuição errada nos depoimentos de testemunhas de um crime.

No tocante ao pecado da sugestionabilidade a doutrina de Caixeta & Pereira (2005, p. 34) diz que o indivíduo tem tendência de assimilar informações enganadoras de fontes externas, que seriam: outras pessoas, material escrito ou imagens, até mesmo os

meios de comunica o- a recorda es pessoais. Além disso, em interrogatório feito por autoridades policiais ou judiciais perguntas tendenciosas podem levar testemunhas a identificar erradamente um suspeito; técnicas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranas; interrogatórios policiais ou judiciais agressivos de crianas podem leva-las a ter lembranas distorcidas de abusos que jamais ocorreram.

Quanto ao terceiro e último afirmam os autores supra que “o pecado da distor o reflete as influências que modificam opiniões, conhecimentos e sentimentos do presente de novas experiências ou últimas recorda es de tais lembranas” (CAIXETA & PEREIRA, 2005, p. 35).

Ainda segundo tais autores: “As distor es da memória também podem ocorrer em razão da confusão da fonte, que se dá quando a origem verdadeira da lembrana   esquecida” (CAIXETA & PEREIRA, 2005, p. 39).

No tocante ao problema da indu o pelo interrogado, ocorre no momento em que o entrevistador restringe a pergunta ou a formula de maneira tendenciosa, sugerindo assim o caminho mais adequado   resposta, podendo gerar uma falsa memória no depoente com este procedimento vicioso.

4 - Avalia o de algumas solu es apresentadas pela doutrina referentes aos problemas colocados nos interrogatórios de vítimas e testemunhas.

A doutrina mais moderna sobre o assunto das falsas memórias têm o intuito de investigar e analisar as possibilidades de constata o de falsas memórias nos depoimentos de vítimas e de testemunhas para evitar que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova frágil, tal como se apresenta a provas testemunhal.

Aponta Di Gesu (2014, 204) que

As contaminações a que estão sujeitas a prova penal podem ser minimizadas através da *colheita da prova em um prazo razoável*, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória. Além disso, quanto mais o tempo passa, mais a vítima ou testemunha estará sujeita a influências da mídia, parentes, vizinhos, entre outros. (...) A *adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva* permitem a obtenção de informações quantitativas e qualitativamente superiores a das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas(...) de outra banda, *agravação das entrevistas* efetivadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, permite aos juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista

Explica Caixeta & Pereira (2005, p.34) que o método é conhecido como 'entrevista cognitiva', "que é baseada em descobertas e idéias comprovadas em estudos controlados de memória e evita, especificamente, o uso de perguntas sugestivas ou tendenciosas". Entretanto afirmam que a entrevista cognitiva pode produzir um número maior de relatos de informações incorretas. Algumas confissões falsas ocorrem pelo fato de suspeitos quererem acabar com a pressão psicológica, ou seja, abusos físicos ou mentais, mesmo que saibam que não cometeram o crime.

Segundo os autores retro referidos a entrevista cognitiva é:

um procedimento composto por quatro técnicas gerais, acrescido de estratégias complementares para a recordação de detalhes específicos:

a)Reinstauração do contexto: esta técnica consiste em reconstruir 'mentalmente' o cenário do crime, através de aspectos físicos e pessoais;

b) Informar sobre tudo: requer-se à testemunha que conte tudo o que recorda, incluindo as informações parciais ou aparentemente irrelevantes;

c) Mudança de perspectivas: solicita-se a testemunha sair de sua posição de fala, ou seja, que se coloque em outro lugar da cena do crime e que informe o que teria visto nessa nova posição, objetivando-se recuperar o maior número de detalhes;

d) Diferente ordem: demanda que a testemunha lembre do fato seguindo ordens diferentes, v.g. , do fim para o começo (CAIXETA & PEREIRA, 2005, p. 35).

Na mesma linha, Di Gesu (2014, p.202-3) considera que há vantagens e desvantagens neste tipo de entrevista. Sendo que no tocante às vantagens estariam a aquisição de informações mais ricas, e conseqüente minimização dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador (delegado ou juiz, ou psicólogo, assistente social) e, conseqüentemente, a produção da prova oral com maior qualidade. Já no tocante as desvantagens visualizam-se custo temporal e maior complexidade, tendo em vista a análise e necessidade de treinamento dos entrevistadores, e maior tempo para realização do trabalho.

Como estratégia ou solução para o problema da qualidade e veracidade dos depoimentos, é importante salientar que o julgador deveria avaliar outra versão do fato, não só o do Promotor, mas uma abordagem ofertada pela própria vítima quando de seu depoimento. (DI GESU, 2014, p.205)

Já no tocante ao interrogatório de crianças leciona a doutrina de Di Gesu (2014, p.206) que:

é importante é evitar induções, ao questionar sobre um fato (deixar a criança falar, questionando-a com um número reduzido de

perguntas, em segundo evitar questionamentos reveladores da opinião do interrogador, e além disso, não se contentar com respostas lacônicas “sim” e “não”, e por último evitar forçar a criança a contar detalhes, a fim de evitar a introdução, nas recordações, de elementos irrealis ou imaginários.(...) Em suma para melhorar a qualidade da oitiva dos infantes o interrogador deve usar voz ativa, com palavras e frases simples, evitar duplos negativos e perguntas múltiplas, e verificar se a criança compreendeu a pergunta.

Já Caixeta & Pereira (2005, p.33) coloca que para minimizar o julgamento relativo,

pode-se pedir que a testemunha tome uma decisão de culpa ou não imediatamente após ter visto cada um dos suspeitos, em vez de esperar que todos os suspeitos sejam mostrados. Esse método incentiva as pessoas a investigar sua memória com mais cautela e, assim, verificar melhor se o suspeito mostrado se identifica com os detalhes de suas recordações. (...) Com base em experimentos, formulou-se a teoria de que o estudo de imagens junto com as palavras ajudou os participantes do estudo a recorrer a uma ‘heurística de distinção’: uma norma prática que leva as pessoas a exigir da memória detalhes distintos de uma experiência antes de afirmar que dela se lembram.

Além disso, como instrumento que pode melhorar a qualidade de inquirição de criança vítima ou testemunha de delito sexual, a doutrina cita o Depoimento Sem Dano, que supostamente visa salvaguardar a memória da criança ou adolescente inquirido, tanto dos efeitos maléficis do transcurso do tempo, quanto das sucessivas entrevistas, que podem ser prejudiciais ao testemunho,

devido à incorporação de informações falsas nos relatos subsequentes. Contudo Osni numa abordagem crítica deste interrogatório coloca, *in verbis*, que:

O problema reside no procedimento a ser adotado à inquirição, pela possibilidade de indução das respostas pelo profissional encarregado de ‘converter’ os questionamentos propostos pelas partes e pelo juiz, com o intuito de adaptar-se à linguagem infantil, bem como pela possibilidade de a prova ser produzida antecipadamente sem observância de qualquer critério e em total desrespeito ao devido processo legal (PISA, 2006, p.191).

Osnilda Pisa critica contundentemente o procedimento do Depoimento sem Dano dizendo que é uma terceirização do lugar do Inquisidor, ou uma transferência da função de “sugador” de significantes, à força simbólica e sua violência respectiva, para um profissional de outra área, em princípio, mais capaz de “abrandar” a violência e imaginariamente funcionar como “mecanismo paliativo de desencargo”, na sanha de se condenar (PISA, 2006, p.198).

É importante salientar que apesar da importância da temática acima sustentada, nos autores referidos, há também ilustres processualistas penais brasileiros que não tratam de tal temática ao fazer considerações sobre a prova testemunhal, a saber: Fernando Capez, Renato Marcão, Eugênio Pacelli.

Neste giro, apesar da discussão doutrinária, sobre a problemática da falsa memória na colheita da prova testemunhal ou no interrogatório policial ou judicial (principalmente o primeiro, considerando a ausência de contraditório) ainda não ser tão ampla. Na jurisprudência, podemos com Di Gesu (2014, 229-30), apontar alguns julgados: apelação criminal nº 70023533979, da 6ª Câmara Criminal, do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que na sessão do dia 29 de maio de 2008, negou provimento ao recurso ministerial e apelação criminal nº 70017367020, julgada

pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que na sessão do dia 27 de dezembro de 2006, manteve a absolvição do réu, inclusive no acórdão foi transcrita a sentença da magistrada de primeiro grau, Osnilda Pisa.

CONCLUSÃO

Conforme analisamos as questões colocadas pela produção da prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro perpassam o problema da indução feita pelas autoridades que utilizam do interrogatório como meio de prova do suposto crime; além disso, falsas memórias dimensionam bem o tamanho dos problemas, pois a testemunha ou a vítima imaginam falar “verdade” e não a mentira, ou seja não creem mentir enquanto emitem sua opinião sobre o suposto fato criminoso, baseada na sua falsa memória.

No capítulo um apontei uma noção do que é falsa memória e busquei dimensionar os problemas que ela coloca na colheita da prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro.

No segundo capítulo iniciei uma discussão que é doutrinária, sobre a objetividade e ou subjetividade da prova testemunhal, e da importância dessa discussão para o melhor julgamento possível do magistrado, onde nos posicionamos sobre a perigosa subjetividade na produção dessa prova.

No capítulo três fiz uma breve análise sobre as consequências das falsas memórias e da indução no exercício do interrogatório das autoridades da justiça brasileira para a credibilidade da prova testemunhal.

No último capítulo busquei apresentar algumas soluções que a melhor doutrina sobre o assunto coloca para os problemas que surgem na colheita dos depoimentos das testemunhas e vítimas, e saliento que a problemática apresentada não é muitas vezes enfrentadas pela doutrina e jurisprudência nacionais, o que denota as dificuldades para o tratamento do tema na prática jurídica diária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIXETA, Verônica Souza & PEREIRA, Danilo Assis. **Criando Falsas Memórias em adultos por meio de imagens faciais**. Brasília, Universitas Ciências da Saúde, Vol.3, nº 1, 2005.

CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7ª ed. Ed. Rev e atual. E ampl. – São Paulo: Summus, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARTER, R. O livro de ouro da mente. Trad. Assis . V. P. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas memórias**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DIMOULIS, Dimitri & LUNARD, Soraya Gasparetto. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri & LUNARD, Soraya Gasparetto. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4ª ed. rev atual e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DUHIGG, Charles. **O poder do hábito: porque fazemos o que fazemos na vida e nos negócios**/ tradução Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**- 11ª edição- São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas/** tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 19. Ed. rev e atual. São Paulo: Atlas.

PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho: Os riscos na inquirição de crianças,** Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS. Lílian milntsky Stein (Orientadora). Porto Alegre, julho de 2006, p. 15 e ss.

LICITAÇÃO - PROBLEMAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

ROGÉRIO IRINEU DE OLIVEIRA: Advogado e Professor de Direito. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR, graduado em Direito pelo atual Centro Universitário Metropolitano de São Paulo - UNIFIG, com pós graduação em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Economicos - INBRAPE e especialização em Direito Administrativo (Licitações).

RESUMO: A presente proposta tem como escopo principal a garantia dos ditames constitucionais que visam a proteção da coletividade nos processos de licitação, conforme preceitua o artigo 37, XXI da Constituição Federal, regulamentado pelas normas da Lei 8.666/93, que regem os processos licitatórios em todo o país. O maior problema apresentado, contudo, para o integral cumprimento dos preceitos legais é a conduta fraudulenta apresentada nesses processos, articulada em diversos tipos de licitações, em todas as esferas da federação, nos vários órgãos da Administração Pública, conforme amplamente noticiado pela mídia nacional e que, apesar do incansável trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, Polícia Federal, Polícia Estadual, Poder Judiciário e Tribunal de Contas, para garantir o cumprimento da legislação pertinente e a defesa da coisa pública, registra-se um crescimento contínuo e crescente dessas fraudes, concebidas das mais variadas formas. Concluindo, esse trabalho apresenta algumas possíveis soluções para o grave problema aqui descrito, com procedimentos factíveis, possibilitando ótimos resultados e uma possível redução dos casos a seguir descritos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Controle Atual de Licitações 2. Principais Fraudes 3. Resultados Apresentados 4. Soluções Propostas. Conclusão. Referências.

Introdução

Os problemas enfrentados pela Administração Pública para garantir o cumprimento das normas e dos princípios constitucionais que regem as licitações impõem limites e restrições aos agentes públicos, condicionando-os ao estrito cumprimento da Lei. Com uma participação estimada entre 10% e 15% do PIB brasileiro, conforme informação do Ministério do Planejamento e do Portal de Compras Governamentais, as licitações tem uma posição relevante na economia do país.

Todos os processos de licitação onde a compra ou a contratação, conforme a legislação, se faz necessária, não são raros os casos de acordos ilegais, favoritismos absurdos, má administração de recursos públicos e escolhas pré-estabelecidas por conveniência de ambos os lados. A tutela do interesse público está totalmente na contramão dos interesses de alguns agentes públicos e algumas empresas privadas, onde a fraude se faz presente.

Essas práticas fraudulentas vêm, reiteradamente, deixando de atender as necessidades básicas da população, resultando em grandes prejuízos ao erário público, fornecendo produtos de baixa qualidade na composição de cestas básicas, medicamentos superfaturados, precariedade e qualidade duvidosa no abastecimento da merenda escolar, prestação de serviços desnecessários ou inexistentes e em inúmeras obras superfaturadas, mal-acabadas, sendo que algumas sequer iniciadas.

A atualidade do tema escolhido pode ser ratificada quando observa-se os inúmeros casos de fraudes, amplamente noticiados pelos diversos órgãos da mídia nacional. Todas as normas e princípios presentes na Constituição Federal e na Lei 8.666/93 que visam um gerenciamento positivo dos recursos públicos através da licitação é muito mais do que um processo administrativo obrigatório, é uma forma de garantir-se o pleno atendimento das

necessidades da sociedade e do crescimento seguro e contínuo do país.

O árduo trabalho dos órgãos competentes que visam coibir as fraudes aqui relatadas, deparam-se com inúmeros problemas que impedem um rápido processamento das denúncias e retardam algumas punições exemplares, que poderiam estancar os interesses privados que insistem em sobrepor-se aos interesses públicos.

Concluindo a presente pesquisa sobre os problemas registrados nas licitações, este artigo tem a pretensão de apresentar possíveis soluções para minimizar os casos de fraudes, adequando mecanismos já existentes e desenvolvendo novas ações, com o objetivo de uma fiscalização eficiente, um julgamento eficaz e punições exemplares.

A metodologia adotada neste trabalho consistiu em uma pesquisa bibliográfica exploratória sobre o tema, embasada na Constituição Federal, Lei 8.666/93, Projeto de Lei 1292/95 e várias referências existentes, além da experiência real vivida em processos licitatórios, durante anos, em várias regiões do país.

1. Controle Atual de Licitações

Para a pesquisa deste trabalho foi utilizada a Lei 8.666 de 21 de junho de 1.993 e as alterações subsequentes que, até 2.014 somavam um total de 80 alterações, realizadas através de 61 medidas provisórias e 19 Leis. Nos últimos 23 anos foram apresentadas mais de 650 propostas de alterações na Lei 8.666/93, com mais de 500 mudanças apresentadas na Câmara de Deputados e um total superior a 150 mudanças propostas no Senado Federal.

Tramitando pelo Senado, o Projeto de Lei 1292/95 aprovado pela Comissão do Senado Federal em 12/12/2013 é considerada ultrapassada por especialistas dessa área, não garantindo a

transparência, a agilidade e o impedimento do conjunto de fraudes apresentados nas atuais licitações.

As principais mudanças apresentadas no Projeto de Lei aprovado pela Comissão do Senado, como o fim da carta convite e o término da tomada de preços, a inversão das etapas entre a habilitação e a apresentação da proposta de preços, a responsabilidade solidária e a seleção por uma qualidade superior, os impedimentos do licenciamento ambiental e a redução de detalhamentos excessivos para a contratação, as alterações relacionadas às atas de registros de preços para compras posteriores, a exigência de seguro fiança maior e a exclusão de propostas com preços irrisórios e inexequíveis não garantem, absolutamente, a redução ou o fim das fraudes atuais apresentadas.

Os diversos tipos de licitação, regidos pela Lei 8.666/93, seja para execução de uma obra ou para a prestação de um serviço, seja para a venda, locação ou para a aquisição de produtos e equipamentos, devem ter suas normas rigorosamente atendidas quando, através dessas licitações, essas empresas foram contratadas ou tiveram produtos e equipamentos adquiridos pelos órgãos da Administração Direta, pelos fundos especiais, das Autarquias, pelas Fundações Públicas, pelas Empresas Públicas, pelas Sociedades de Economia Mista e pelas demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Contudo, infelizmente, mesmo diante do cumprimento das normas atuais apresentadas, conclui-se que esse processo tornou-se ineficaz e ineficiente diante das inúmeras fraudes apresentadas, amplamente noticiadas, nos diversos tipos de licitações existentes, além das fraudes que insistem em perpetuar-se, sem divulgação, apuração, fiscalização ou punição, pelos motivos a seguir expostos.

2. Principais Fraudes

Através das licitações a Administração Pública tem sido fraudada com frequência, registrando-se inúmeras formas de manipulação. O erário público tem sido constantemente “saqueado” por pessoas sem escrúpulos, que se aproveitam reiteradamente do dinheiro público, ocasionando prejuízos sem precedentes e repercutindo diretamente na economia do país, resultando na possível volta da inflação, no atual quadro de desemprego e no fechamento de empresas idôneas que, além de todas as adversidades enfrentadas, deixam de receber dos órgãos públicos e padecem diante da imposição de novos impostos para custear esse descalabro e a efetiva má administração pública registrada.

Alguns exemplos de fraudes são comumente constatados em licitações de diversos tipos, como:

- I) O superfaturamento de produtos e serviços para atender o pagamento da propina exigida pelo agente público e a ganância de fornecedores ou prestadores de serviços, que fizeram dessa prática ilegal uma ação usual e costumeira;
- II) A contratação de serviços fantasmas para a realização de obras, sequer iniciadas, ou para a prestação de serviços, jamais realizados;
- III) A combinação prévia de valores que garantam aos licitantes inúmeras vantagens indevidas, possibilitando ao vencedor do certame, além de um ganho absurdamente alto, a possibilidade de distribuir “gratificações” aos demais participantes da licitação, com o dinheiro público, ilegalmente recebido;
- IV) A “preferência” explícita de alguns agentes públicos que, descumprindo totalmente as normas vigentes e até mesmo o edital ao qual acha-se vinculado, beneficia determinada empresa, declarando-a vencedora, independentemente dos evidentes prejuízos causados ao erário público e à toda comunidade;
- V) As absurdas exigências registradas no edital que, indiscutivelmente, direcionam a licitação para uma

determinada empresa, considerando-se algumas peculiaridades que só uma licitante tem condições de atender;

- VI) As ameaças físicas de algumas licitantes que, de forma costumeira e inconsequente, impedem que outras empresas idôneas participem de determinados processos licitatórios, garantindo um fornecimento de produtos e serviços permanentes, sem concorrência, em toda a região onde costumam atuar.

Além dos principais tipos de fraudes aqui relatados, deve considerar-se ainda o fato incontestável, comprovado pela vivência nesse segmento e devidamente denunciado aos órgãos competentes, do condicionamento da propina para a liberação do pagamento legal previsto, após a entrega do produto ou o término da obra contratada, sob as mais absurdas alegações possíveis. Essas exigências, totalmente absurdas e ilegais, que condicionam o pagamento de propina ao recebimento pelo produto legalmente fornecido ou a prestação de serviço realizada, desrespeita inclusive a ordem cronológica de pagamentos, desconsiderando-se que esse ato é um crime previsto no art. 92 da Lei 8.666/93, ou seja:

“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)”

Assim como no referido artigo 92, a Lei 8.666/93 prevê punição para vários casos onde o crime, a frustração criminosa e a fraude são constatadas nos diversos tipos de licitação, contudo, a

“criatividade” de agentes públicos mal intencionados e empresas privadas inidôneas na busca de brechas na legislação para fraudar, tem se tornado crescente.

A licitação deveria ser a forma mais segura e viável para que a Administração Pública contratasse bens e serviços, garantindo uma administração justa e legal, que propiciasse o bem geral e as melhores condições para toda a comunidade. Contudo, as frequentes manipulações, as constantes fraudes e todo o aproveitamento ilegal do dinheiro público colocam em dúvida a legislação e os procedimentos até aqui adotados.

O combate constante às Organizações Criminosas tem sido noticiado constantemente na mídia, existente nas diversas esferas da federação, seja através da Operação Lava Jato, Operação Zelotes, Operação Acrônimo, Operação Politéia, Operação Pixuleco e diversas outras operações que buscam coibir essas fraudes, punindo exemplarmente esses criminosos, entretanto, novas fraudes se apresentam frequentemente, dando-nos a impressão de que as exemplares punições constatadas nas operações descritas não tem sido suficientes para coibir novas fraudes.

3. Resultados Apresentados

Apesar do incansável e determinante trabalho executado pelos órgãos competentes aqui descritos, resultando em diversas punições exemplares, o número de fraudes em licitações tem aumentado absurdamente.

A possível morosidade na investigação dessas fraudes pode ser atribuída à falta de especialistas capacitados e, possivelmente, investigadores em número insuficiente para atender toda a demanda existente, atribui-se, ainda, a referida morosidade na dificuldade em obtenção de provas legais para as punições em função de manobras de agentes públicos, ocupando cargos em vários níveis da Administração Pública, que tentam barrar a apresentação dos documentos comprobatórios e, também, no julgamento de alguns dos inúmeros casos denunciados, que

crecem de forma absurda e contínua, ocasionando a sobrecarga ao Poder Judiciário e do Tribunal de Contas, podendo estimular alguns fraudadores a continuar, dando-lhes a falsa impressão de impunidade.

Um grande número de administradores públicos, diante dos inúmeros posicionamentos adotados, são notadamente desprovidos da consciência de tutelar o erário público, aproveitando-se dos poderes que lhes são conferidos, em função do cargo ocupado, buscando frequentemente lacunas na legislação que lhes possibilitem o desvio de recursos, a concessão de favores indevidos, a aquisição de bens e serviços de forma ilegal, deixando seu interesse particular sobrepor-se ao interesse da coletividade.

A morosidade das punições aqui detalhada, pelos motivos devidamente expostos, apesar das várias punições exemplares noticiadas, infelizmente, motivam muitos agentes públicos a dar continuidade em suas ações ilegais, visando a fraude e dilapidando reiteradamente o erário público, em várias esferas da Administração Pública.

As punições atuais apresentadas relacionadas às fraudes, graças ao eficiente trabalho dos órgãos competentes em suas respectivas áreas de atuação, tem propiciado à população a sensação de que, a partir de agora, a impunidade vai ser reduzida, entretanto, quem atua nesse segmento pode afirmar que ainda é crescente o número de fraudes nos processos licitatórios e que o apoio da coletividade para impedir o bloqueio de investigações e as devidas punições deve ser renovado constantemente.

4. Soluções Apresentadas

Como afirmado nesse trabalho, a legislação atual, tampouco o Projeto de Lei que tramita pelo Senado deverá solucionar o grave problema das fraudes apresentadas nas licitações, em toda a Administração Pública do país. Dessa forma, o presente artigo pretende apresentar algumas soluções que podem ser adotadas para minimizar ou coibir as diversas formas de fraudes existentes,

garantindo o respeito aos princípios e às leis que regem os processos licitatórios.

Nas soluções apresentadas, conforme detalhadas a seguir, registra-se a ampliação de medidas já existentes e a adoção de novas providências para uma redução efetiva das fraudes comumente constatadas:

- a) Para as providências relacionadas às pesquisas de preços que devem servir de base para o processo licitatório, os órgãos licitantes comumente pesquisam os preços junto às próprias licitantes, dando margem a manipulações que vão desde a informação de um preço inexequível, fornecido por uma empresa que decide não participar do certame, até a informação de um preço excessivamente elevado, combinado entre vários licitantes, afim de que a verba disponibilizada pelo órgão público seja maior, objetivando, além do lucro excessivo para a licitante vencedora, o valor suficiente para o pagamento de propinas. Dessa forma, propõe-se a criação de equipes técnicas com profissionais capacitados, ligadas diretamente aos Tribunais de Contas, que possam efetuar essas pesquisas, regionalmente, antecipadamente, garantindo-se a inexistência de vícios e possíveis fraudes, nessa etapa;
- b) No caso de Pregões Presenciais, onde as fraudes são mais frequentes, considerando-se os inúmeros casos de acordos entre licitantes para o pagamento de propinas e o direcionamento do certame à uma determinada empresa, que distribui “bônus” às demais, garantindo um lucro excessivo, a proposta, nesse caso, seria a de extinguir definitivamente esse tipo de pregão. Essa modalidade de pregão, além de possibilitar os vícios descritos, permite que empresas idôneas sejam desclassificadas injustamente, diante das várias alegações infundadas sobre “documentação irregular” ou sobre o produto que “não atende completamente” as normas editalícias, comumente efetuadas por um licitante corrupto,

- tendo essas alegações acatadas pelo agente público desonesto, desclassificando a empresa idônea participante;
- c) Para a substituição dos Pregões Presenciais, a sugestão é substituí-los completamente pelos Pregões Eletrônicos, que deverão ter toda a documentação, desde as pesquisas que antecedem o pregão, totalmente disponíveis através da internet, para que de forma transparente, possam ser acompanhados e fiscalizados, mesmo à distância, por órgãos legais fiscalizadores, formados através de comissões especializadas ligadas ao Tribunal de Contas, que deverão aprovar todas as etapas do processo, assim como deverá estar disponível, de forma transparente, para que toda a população possa acessar, também;
- d) Concluindo as sugestões apresentadas, a proposta é a criação de um setor especializado, ligado ao Tribunal de Contas, para fiscalizar e julgar, com agilidade, as possíveis irregularidades apresentadas. A proposta, ainda, contempla a criação de setores específicos, subordinados ao Ministério Público e Poder Judiciário, objetivando agilizar investigações e realizar julgamentos dos casos específicos de fraudes em licitações.

Conclusão

Os problemas apresentados nas licitações, ocasionados pelas manipulações e fraudes frequentes, podem, diante das soluções propostas, coibir muitas das ações ilegais lideradas por agentes públicos inescrupulosos e empresas criminosas, representadas por executivos que deveriam ser totalmente excluídos desses processos licitatórios e, até, da sociedade.

A economia gerada com a adoção das soluções propostas, além de garantir a total legalidade das licitações, deverão gerar uma grande economia ao erário público do país, podendo, inclusive, amenizar o déficit atual de todas as esferas da Administração Pública, considerando-se que o valor total movimentado nas licitações é de, aproximadamente, 500 bilhões de reais/ano, sendo

grande parte desse total desviado por fraudes e esquemas criminosos.

Dessa forma, as propostas de soluções aqui descritas têm o propósito exclusivo de, além de confirmar o grande mal que acomete os processos licitatórios, devidamente comprovado através da pesquisa exploratória realizada e da vivência de muitos anos nessa área, propõe coibir a continuidade desses esquemas criminosos, de forma eficaz e eficiente.

REFERÊNCIAS

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016

_____. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.* Regulamenta o artigo 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: 18 jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.
_____. *Curso de Direito Administrativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2009

_____. Agência Senado: <http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/07/nova-lei-de-licitacoes-e-lei-geral-das-agencias-reguladoras-serao-votadas-em-agosto>>. Acesso em: 21 jul. 2016

_____. Lista de escândalos políticos no Brasil - https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_esc%C3%A2ndalos_pol%C3%ADticos_no_Brasil>. Acesso em: 20 jul. 2016

_____. Compras Governamentais <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/micro-e-pequenas-empresas/compras-publicas-29out2014.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016

TEORIAS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL E NO DIREITO PENAL: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

SAMUEL CARIN: Assessor jurídico na Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Constitucional.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a abordagem das duas principais teorias a respeito do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil: a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da causalidade adequada. Prosseguindo, o texto traz à discussão a possibilidade de diálogo com teorias utilizadas no âmbito do direito penal sobre o nexo de causalidade nesta seara do direito.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; nexo de causalidade; teorias; direito civil; direito penal; teoria da equivalência dos antecedentes causais; teoria da causalidade adequada; teoria da imputação objetiva.

1 Introdução

O presente texto tenciona uma sucinta abordagem sobre o instituto do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil sob o prisma de duas das principais teorias a respeito do assunto existentes tanto no âmbito do Direito Civil quanto do Direito Penal: causalidade adequada e equivalência dos antecedentes causais. Além disso, também serão objeto de consideração a teoria da imputação objetiva.

Serão propostas também algumas idéias sobre a teoria da equivalência dos antecedentes comparativamente à teoria da

causalidade adequada, ambas aplicadas à matéria da responsabilidade civil.

2 Conceito

O nexo causal é um dos pressupostos da responsabilidade civil, juntamente com a conduta e o dano. Em verdade, trata-se de questão de suma importância, pois dirá ao julgador se o dano gerado a terceiro pode, ou não, ser encarado como resultado da conduta (ação ou omissão) praticada por um agente.

Cuida-se de estabelecer critérios técnicos para que se saiba se um resultado pode ser imputado ao agente em razão de sua conduta. Caso não tivéssemos essa ferramenta, não seria possível estabelecer qualquer vínculo entre uma determinada ação ilícita e o dano sofrido pela vítima, pois não seria possível relacionar o resultado à conduta.

O nexo de causalidade é eminentemente jurídico. Ainda que algumas condutas deem causa a um resultado naturalístico, não podemos tomar essa situação como regra, pois nem sempre haverá uma causa natural ou física para um resultado. Como exemplo, temos as condutas omissivas, que podem perfeitamente dar causa a um resultado danoso, ainda que a abstenção em si não produza qualquer modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

Nessa linha, a causa de um resultado será aquela conduta sem a qual, efetivamente, o resultado não teria acontecido. Caso uma conduta pudesse ser eliminada da cadeia causal sem interferir, de qualquer forma, no resultado, como veremos mais adiante, não poderá ser considerada como causa daquele resultado.

Ainda, como ensina Sérgio Cavalieri Filho: “o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...)” “(...) mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.”^[1]

3 Teorias

3.1 Teoria da causalidade adequada

Causa, para a teoria da adequação, é o antecedente não somente necessário, mas também adequado à produção do resultado danoso. Dessa forma, é feito um juízo em que se busca aferir a adequação de uma determinada conduta, de modo a concluir se esta é ou não adequada e idônea a produção do dano civil.

Nos casos em que há diversas condutas e, em uma primeira análise, todas parecem ter contribuído para o resultado lesivo, somente aquela conduta que for realmente determinante poderá ser considerada causa.

A crítica que se faz a esta teoria é a seguinte: como estabelecer dentre as diversas condutas aquela que efetivamente gerou o resultado danoso, isto é, qual foi a conduta realmente determinante à produção do resultado?

Citaremos novamente, por ser referência no assunto, o grande mestre Sérgio Cavalieri Filho, que responde à indagação acima formulada: “Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, como bom-senso e ponderação.”^[2]

Parece-nos que o ponto fundamental para se estabelecer a adequação de uma causa diz com um conceito jurídico indeterminado, ou seja, a adequação deverá ser avaliada em cada caso pelo julgador, não havendo, portanto, uma sistematização que sirva de referência para classificar uma conduta como sendo ou não adequada.

3.2 Teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes não faz distinção entre causa e condição. Aqui, todos os fatos sem os quais não teria ocorrido o resultado são considerados causa, com igual valor. Não

se tenta, pois, valorar a adequação de uma determinada conduta. Com efeito, muitos sustentam que isso torna esta teoria mais clara e objetiva em relação à teoria da adequação causal.

Para explicitar a questão trazemos, conforme o ensinamento de Rogério Greco[3], o processo hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual, se um determinado fato não puder ser suprimido da cadeia causal sem que modifique o resultado de forma significativa, este será causa do resultado.

Tal teoria também é conhecida como *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições.

A crítica que se faz à teoria da equivalência é que haveria, freqüentemente, o regresso ao infinito, sendo todos os fatos anteriores ao resultado considerados causa do dano. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “critica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexa causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria prima etc.”[4]

De fato, há fundamento em tal crítica. Haveria uma hiper-responsabilização se se adotasse a teoria da equivalência dos antecedentes de forma pura.

No âmbito do direito penal, percebendo esse problema, os juristas formularam teorias que mitigaram o alcance da teoria dos antecedentes. Podemos citar como uma das principais, a festejada teoria da imputação objetiva, que dentre outras coisas, exclui, em sede objetiva, a imputação do resultado a uma determinada conduta, ou melhor, ao agente que praticou essa conduta.

3.3 Teoria da imputação objetiva como mecanismo de limitação da teoria da equivalência dos antecedentes

Dissertando sobre a teoria da imputação objetiva, Rogério Greco aduz: “com o surgimento da teoria da imputação objetiva, a preocupação não é, a primeira vista, saber efetivamente se o agente atuou com dolo ou culpa no caso concreto. O problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente.”[\[5\]](#)

Como dito a teoria da imputação objetiva do resultado vem para limitar o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes. Desse modo, não basta que um agente tenha produzido um determinado acontecimento para que sua conduta seja considerada causa do dano gerado. É imprescindível também que, ao agente, por meio de sua conduta, possa ser imputado juridicamente o resultado.

Primeiro, tomaremos por base a teoria da imputação objetiva desenvolvida por Claus Roxin, trazida à baila por Rogério Greco[\[6\]](#). Fala-se em 4 critérios base para aferição da imputação objetiva, quais sejam:

- a. A diminuição do risco
- b. Criação de um risco juridicamente relevante
- c. Aumento do risco permitido
- d. Esfera de proteção da norma como critério de imputação

A diminuição do risco refere-se à situação em que um agente atua no sentido de minorar o risco provocado ao bem jurídico em questão, ou mesmo evitar a sua ocorrência (contudo, sem lograr êxito). O clássico exemplo é de um rapaz que, para proteger sua namorada de um atropelamento, a empurra salvando sua vida, mas nela provoca lesões corporais. Evidente que a lesão corporal, se comparada ao evento morte, é uma violação muito menor à integridade daquela moça.

O segundo critério, a criação de um risco juridicamente relevante, diz que uma conduta só será considerada causa de um

resultado se criar um risco que seja relevante para o ordenamento jurídico, isto é, uma atitude normal da vida que cause um resultado danoso a um terceiro, sem que dependa o resultado do domínio da vontade humana, não haverá de ser causa do dano. O exemplo é daquele que compra uma passagem de ônibus para um desafeto passar o carnaval no litoral de Santa Catarina sabendo que nesta época ocorrem muitos acidentes na estrada em razão da embriaguez dos motoristas irresponsáveis. A conduta do agente não poderá ser considerada causa do resultado do acidente, caso este venha a ocorrer, pois o agente não criou um risco juridicamente relevante, isto é, a todos é permitido comprar passagens de ônibus (mesmo que no Brasil as taxas de morte no trânsito sejam elevadas).

O aumento do risco permitido é a situação em que um agente, apesar de agir com falta de cuidado que lhe era exigível na situação, não aumenta o risco permitido, isto é, mesmo se tivesse tomado todas as precauções exigidas o resultado teria acontecido da mesma forma como ocorreu. Não poderia, pois, ser imputado ao agente a ocorrência do resultado, uma vez que sua conduta não majorou o risco anteriormente criado.

Cada norma de responsabilização tem uma finalidade protetiva. Essa finalidade é exarada, no mais das vezes, por meio do dever de indenizar. Há casos, porém, que a conduta do agente ainda que aparentemente seja causadora do resultado, este não poderá lhe ser imputado. Como exemplo, temos o agente que causa lesões brutais a uma pessoa. A mãe, o pai, e os 3 irmãos dessa pessoa quando ficam sabendo dessa notícia adoecem. A mãe e 2 irmãos vêm a falecer. Ora, por mais grave que tenha sido a lesão causada à pessoa, não é razoável prever que 3 pessoas de sua família morram por saberem do ocorrido. Obviamente, a lesão causada pelo agente lhe deverá ser imputada, mas a morte dos 3 familiares da vítima excedem a sua responsabilização. Em suma, não se poderia admitir nessa situação a conduta do agente como causadora dos resultados que não fazem parte da finalidade protetiva da norma.

Vistos alguns dos critérios para a imputação objetiva do resultado (também podem ser entendidos como critérios para a *não imputação objetiva*) traçados por Roxin, novamente com base nas lições de Rogério Greco[7], analisaremos mais alguns trazidos pelo professor Günther Jakobs.

Segundo o ilustre penalista, cada pessoa, em seu comportamento social, desenvolve um papel perante os demais.

Já no âmbito da responsabilidade civil, para saber se determinada atitude é capaz de gerar um dano indenizável, deve-se descobrir se o agente causador do dano desempenhou de maneira equivocada o papel que lhe foi atribuído socialmente. Para tanto, utilizaremos de dois critérios trazidos por Rogério Greco[8], dentre os 4 apontados em sua obra, quais sejam:

1. Risco permitido
2. Princípio da confiança

Como sabemos, a sociedade moderna criou diversos mecanismos que se tornaram essenciais à manutenção da própria sociedade, mas que muitos desses mecanismos geram riscos que são suportados pela sociedade. Não se imagina, atualmente, uma sociedade em que todas as atividades desenvolvidas em seu seio estejam imunes a riscos. O risco das atividades é, portanto, plenamente aceito pela sociedade atual, pois sem ele não seria possível desfrutar de diversos avanços trazidos com descobertas ao longo dos anos.

Colocado este pressuposto, para Jakobs, no âmbito do direito penal, não se pode imputar responsabilidade ao agente que, atuando em seu papel social (com o risco inerente à atividade, permitido e aceito pela sociedade), gera dano a terceiro. Aqui cabe um adendo: sob a ótica da responsabilidade civil é tortuoso admitir esse critério para afastar o nexo causal. Ainda que se tente pensar esse critério de forma mitigada não se vislumbra a hipótese de aplicação no âmbito da responsabilidade civil. Como exemplo:

sabe-se que é extremamente danoso à saúde de uma pessoa o trabalho desenvolvido em minas subterrâneas. Por isso essas pessoas têm um tratamento diferenciado no que concerne às regras trabalhistas e previdenciárias, *v.g.*, mas que também se admite que elas provavelmente terão uma vida mais curta em razão do trabalho realizado em condições extremamente insalubres. O que se tenta fazer é minorar ao máximo o risco de exposição desses trabalhadores. Ora, as regras diferenciadas (aposentadoria especial, adicional de insalubridade, etc.) servem justamente para que quem trabalha nessas condições possa ter uma vida igual a das demais pessoas (cuida-se da isonomia material, princípio que determina o tratamento desigual a pessoas que não são iguais).

O princípio da confiança também se relaciona aos riscos produzidos pelas atividades sociais. Todos devem desempenhar o papel que lhe cabe na sociedade. Dessa forma existe a confiança genérica que os pares, assim como nós mesmos, ou seja, que todos respeitarão as regras de convívio e que desempenharão seu papel social da maneira prescrita. Quando uma pessoa desempenha de forma irregular seu papel social, o dano causado a ela mesma não poderá ser imputado a um terceiro. No exemplo trazido pela doutrina: aquele que atravessa a o sinal verde está agindo dentro do seu papel social. Caso venha a colidir seu automóvel com outra pessoa que infringiu seu dever de atuação segundo as regras sociais, avançando o sinal vermelho, não poderá, como regra, ser prejudicado pela conduta descuidada daquele que infringiu a norma de trânsito.

Como se vê, uma das funções da teoria da imputação objetiva é justamente a de delimitar o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais, refutando o regresso da apuração das causas ao infinito.

Sabemos, contudo, como já apontado em alguns trechos deste trabalho, que a teoria da imputação objetiva, por ter sua gênese no direito penal, não se aplica de maneira integral em sede de responsabilidade civil. No direito penal há a tendência de se

restringir de forma muito mais intensa a responsabilização do agente pela prática de uma conduta, pois se sabe que o direito civil e administrativo são capazes de solucionar diversas situações de menor lesividade social, não havendo, pois, a necessidade de interferência do direito penal nessas questões. Por outro lado, no direito civil vige o princípio da reparação integral de danos, graças ao qual ascende a função reparatória de seus institutos.

A teoria da imputação objetiva, pelo exposto, é trazida aqui apenas com o intuito de dar força e abertura à discussão sobre a teoria do nexo de causalidade na responsabilidade civil.

4 Teoria dominante em sede doutrinária e jurisprudencial

Enquanto o nosso direito penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes, a maior parte da doutrina e da jurisprudência civil nacionais adota a teoria da causalidade adequada, por entendê-la de melhor aplicação no âmbito da responsabilidade civil.

Indaga Sérgio Cavalieri Filho: “a ação ou omissão do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano?”, respondendo: “para se estabelecer a causa de um dano é preciso fazer um juízo de probabilidade. Portanto, se se responde afirmativamente, de acordo com a experiência da vida, se se declara que a ação ou omissão era adequada a produzir o dano, então, este é objetivamente imputável ao agente. O juízo de probabilidades ou previsibilidade é feito pelo juiz, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, como exemplar do tipo do homem médio.”^[9]

Não obstante, salienta-se, novamente, a crítica que recai sobre a referida teoria. Há muito de subjetivo na análise de probabilidade, previsibilidade e, por fim, adequação por parte do juiz no caso concreto.

5 Conclusão

Vimos nesse breve texto um resumo sobre as duas principais teorias sobre o nexo de causalidade. A teoria da causalidade adequada foi apresentada como sendo a dominante no âmbito da responsabilidade civil. A crítica à teoria se funda na necessidade de discussão sobre a questão e também para que se avalie a possibilidade de um diálogo com os demais ramos do direito também ocupados de desenvolver a relação de causalidade, como aqui trazido o direito penal.

Evidente que cada ramo do direito possui suas peculiaridades, razão pela qual não é possível simplesmente transportarmos uma determinada teoria de um ramo do direito para outro. Questões como estas devem ser discutidas exaustivamente antes que seja dado qualquer passo.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais foi apresentada como de pouca adesão na temática da responsabilidade civil. Ainda, foi reconhecida a crítica que se faz a mesma, especialmente no que concerne a regressão ao infinito para apuração da causa de um resultado.

Como ilustração a possíveis soluções ao problema acima mencionado, mencionou-se a teoria da imputação objetiva do resultado, de modo a mitigar a amplitude da teoria dos antecedentes, não olvidando que esta não é a única forma de realizar a mitigação do alcance da teoria da equivalência.

Bibliografia (consultada):

CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

NOTAS:

[1] CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

[2] CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

[3] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 220.

[4] CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

[5] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 237.

[6] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pp. 236-246.

[7] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pp. 256-262.

[8] GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 257.

[9] CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, – 9. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, PP. 50-51.

DO SOLO URBANO À LUZ DOS EQUIPAMENTOS URBANOS: SINGELAS TESSITURAS SOBRE A TEMÁTICA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. O parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Neste aspecto,

o presente se debruça em promover um exame acerca do solo urbano à luz dos equipamentos urbanos e sua vinculação com o ideário de promoção das cidades sustentáveis.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Solo Urbano. Equipamentos Urbanos. Ambiência Urbana.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial; 6 Do Solo Urbano à luz dos Equipamentos Urbanos: Singelas Tessituras sobre a Temática.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito,

ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e

1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos

direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e*

culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os

valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”^[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988^[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável

respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. O direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal

seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de

aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo^[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial

na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de

Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e
bulevares públicos urbanos constituem uma das
mais expressivas manifestações do processo
civilizatório, porquanto encarnam o ideal de
qualidade de vida da cidade, realidade físico-
cultural refinada no decorrer de longo processo
histórico em que a urbe se viu transformada, de
amontoado caótico de pessoas e construções
toscas adensadas, em ambiente de convivência
que se pretende banhado pelo saudável, belo e
aprazível. 3. Tais espaços públicos são,
modernamente, objeto de disciplina pelo
planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV,
da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e
concorrem, entre seus vários benefícios
supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou
amenizar diferenças que separam os seres
humanos, na esteira da generosa acessibilidade
que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem
o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo
e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam
nobres aspirações democráticas, de paridade e
igualdade, já que neles convivem os
multifacetários matizes da população: abertos a
todos e compartilhados por todos, mesmo os
"indesejáveis", sem discriminação de classe,
raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de
resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios
e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da
plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a
estorvarem aquilo que seria o destino inevitável
do adensamento -, os espaços públicos urbanos
cumprem, muito ao contrário, relevantes funções
de caráter social (recreação cultural e esportiva),
político (palco de manifestações e protestos
populares), estético (embelezamento da

paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*[\[17\]](#). Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[\[18\]](#), que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [\[19\]](#).

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[\[20\]](#), são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos

direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*^[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores

vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

EMENTA: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de

multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente

artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”*[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. *“Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes,*

contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a cidades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts.182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, “os direitos enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n. 10.257/2001, têm caráter metaindividual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90”[31].

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. Decorre de tal ideário

a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se trata, com efeito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de direitos metaindividuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei N^o. 10.257, de 10 de Julho de 2001[32], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao status de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental constitucional, como bem afiança Fiorillo, “a garantia do direitos a cidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’”[33].

Desta feita, harmonizando-se com os alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocarem destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado

à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos elementos primordiais para se alcançar a materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana.

6 Do Solo Urbano à luz dos Equipamentos Urbanos: Singelas Tessituras sobre a Temática

Em um primeiro exame, faz-se carecido sublinhar que o solo urbano, na sistemática estabelecida pela legislação urbanística de regência, é considerado como aquele da zona urbana, delimitado pelo perímetro urbano. Nesta linha, é possível assinalar que se trata de uma das qualificações urbanísticas do solo, que não se confunde, com efeito, com a classificação urbanística do solo, porquanto esta consiste nas diversas categorias, grupos ou graus de urbanização concernentes a uma mesma qualidade. Destarte, denota-se que o *solo urbano*, em tal painel, configura uma qualidade urbanística que comporta classificação. Neste sentido, é possível assinalar que o solo urbano vai encontrar liame estreito com a denominada *zona de assentamento urbano*, estando, pois, constituída de dois elementos distintos, a saber: (i) as *unidades edilícias*, isto é, as edificações nas quais os membros da coletividade urbana moram ou desenvolvem suas atividades produtivas ou intelectuais; e (ii) os *equipamentos públicos*, ou seja, as obras criadas e desenvolvidas para servir as unidades edilícias e destinadas à satisfação das necessidades de que os indivíduos não podem, diretamente, prover-se, compreendendo tal acepção uma variedade e heterogeneidade de atividades, tais como: estradas, ruas, praças, jardins, áreas verdes comuns, canalizações subterrâneas, escolas, hospitais, mercados, equipamentos de

transportes coletivos, edifícios públicos, equipamentos esportivos, áreas de lazer, etc.

Ora, quadra pontuar, portanto, que o solo em que esses dois conjuntos se materializam em sua plenitude é o solo urbanístico, considerado em sua acepção mais alargada, consistente em solo urbano, solo configurado pela zona urbana, solo interior do perímetro urbano. Logo, é possível assinalar que *osequipamentos urbanos*, conforme o magistério de Silva^[34], substancializa expressão genérica que abarca toda obra ou serviço, público ou dotado de utilidade pública, bem como privado, que possibilitem a plena realização da vida de uma comunidade, reconhecendo, portanto, os centros urbanos como ambiência do homem contemporâneo e a promoção do ideário das cidades sustentáveis. Neste aspecto, cuida, ainda, explicitar que a locução em comento vai tocar as redes de água, telefone, esgotamento sanitário, edifícios em geral, praças, áreas verdes e similares. Ademais, em uma primeira apresentação, é possível fazer uma classificação dos equipamentos urbanos em dois grupos, a saber: equipamentos urbanos privados e equipamentos urbanos públicos. Aqueles são constituídos por edificações privadas para residência, indústria e comércio; os outros, por sua vez, são constituídos por edificações públicas, vias públicas, bens de utilidade pública e social.

Em tal temática, é possível, ainda, falar em *equipamentos urbanos sociais*, também nominados de equipamentos urbanos comunitários ou equipamentos sociais, cujo escopo volta-se, primordialmente, para o desenvolvimento e concreção de direitos sociais, a exemplo de educação, cultura, lazer e promoção social. Igualmente, é possível encontrar referências a equipamentos de utilidade pública (canalizações e redes de águas, esgoto, telefone e eletricidade) e equipamentos de logradouros públicos (denominados de mobiliários urbanos: placas, sinalizações etc.). Diante de tal painel, é possível, portanto, aludir que os equipamentos urbanos são constituídos por: (a) equipamentos privados, compreendendo edificações residenciais, industriais e comerciais; (b) equipamentos públicos (*stricto sensu*), consistente

em edifícios públicos, vias e praças públicas; (c) equipamentos de utilidade pública, abrangendo canalizações e redes de água, esgotos, telefone, eletricidade e iluminação pública; (d) equipamentos de logradouros públicos, alcançando placas, numerações, abrigos, cabinas, muros, gradis, bancos, fontes, esculturas ornamentais, recipientes para detritos, caixas de correio, relógios, extintores, dispositivos de comunicação visual para publicidade e propaganda; (e) equipamentos sociais ou comunitários, implicando em centros e locais de educação, saúde, lazer, esporte, religião e culto e promoção social.

Como se constata, solo urbano é o solo equipado com esses elementos urbanísticos estruturais. Diante de tal tela, é possível assinalar, ainda que com um sucedâneo de críticas, que o solo urbano se classifica em função desses múltiplos e diversificados equipamentos. Parcela diversa da doutrina vai destacar que tais minúcias não podem ser consideradas como *conditio sine qua non* para a configuração do solo urbano, porquanto nem todos reunirão todos os equipamentos urbanos. Assim, refletindo a crítica aventada pela doutrina, é importante conferir relevo a classificação pautada na destinação atribuída ao solo urbano, assentando sua classificação em: (a) solo destinado ao sistema viário; (b) solo destinado às edificações, compreendendo tanto aquelas privadas como aquelas públicas; (c) solo destinado às atividades de recreação para a população, abrangendo praças, áreas verdes, jardins, parques urbanos, praças de esportes, áreas de lazer em geral.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980.** Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

IO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de

Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da

inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constitui o (1988). Constitui o (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 ago. 2016: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial   sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e   coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gera es”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em A o Direta de Inconstitucionalidade N  1.856/RJ. A o Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N  2.895/98) - Legisla o Estadual que, pertinente a exposi es e a competi es entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N  9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito   preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. .  rg o Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 ago. 2016.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classifica o do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 06 ago. 2016.

[18] BRASIL. **Lei N . 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constitui o Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016. “**Art.30.** Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016. “**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] *Ibid.* “**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

[34] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.