

REVISTA DE DIREITO



Revista de Direito

Curso de Direito do IESP

<http://www.iesp.edu.br> • coorddireito@iesp.edu.br

Cabedelo - PB

Vol. 1 – junho de 2013.



Revista de Direito
Revista Científica de Direito

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Msc. José Carlos Ferreira da Luz (IESP) • Prof^a Msc. Mariana Tavares (IESP) • Prof. Msc. Jossano Mendes de Amorim (UEPB/IESP) • Prof. Msc. José Gomes de Lima Neto (IESP) • Prof. Msc. Donato Henrique da Silva (IESP) • Prof^a. Msc. Mayra Andrade Marinho (IESP) • Prof. Msc. Ricardo Berilo Bezerra Borba (IESP/FESP) • Prof. Dr. Antônio Marcus Alves de Souza (IESP) • Prof^a Joana D'arc de Sousa Cavalcanti (IESP).

EDITORA

Juliana Figueiredo e Carvalho Costa

ENDEREÇO DA REDAÇÃO

IESP - Instituto de Educação Superior da Paraíba
Campus Universitário
Estrada de Cabedelo - BR 230 - Km 14
Cabedelo - PB - CEP 58.310-000
Fone: (xx83) 2106.3509

IESP

Instituto de Educação Superior da Paraíba

DIRETORA GERAL

Prof^a. Msc. Christianne Melo de Leopoldino

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Prof. Richard Euler

**COORDENADOR DO CURSO
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Prof. José Carlos Ferreira da Luz

SUMÁRIO

Apresentação	04
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A Responsabilidade Civil do Estado por Fato de Segurança Pública.	
Marcel Silva Luz	05
‘RECALL’: O chamamento do consumidor para solucionar defeitos dos produtos e serviços	
Francisco de Assis Barbosa dos Santos	16
TRIBUNAL DE CONTAS DA PARAÍBA: A Problemática da Notória Especialização nos Julgamentos da Inexigibilidade de Licitação.	
Josivaldo Felipe Santiago	38
ESTATUTO DO DESARMAMENTO: o possível reconhecimento da atipicidade do crime de posse e porte de munição desarmada em face de princípios de Direito Penal minimalista.	
João de Farias Pimentel Neto	66
REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ICMS: as potencialidades de proteção ao meio ambiente suscitadas com a publicação da Lei nº 9.600/2011 que instituiu o ICMS Ecológico no Estado da Paraíba	
Francisco Petrônio de Oliveira Rolim	94
DESAPOSENTAÇÃO: Possibilidade de sua Aplicação no Sistema Previdenciário Brasileiro	
Karyn Milenna Mourato de Almeida e Silva	126
Normas e Critérios para Publicação	150

Os autores são os responsáveis pelas ideias expressas em seus artigos.

APRESENTAÇÃO

Este primeiro número da revista eletrônica do Curso de Direito do IESP inicia uma nova fase nas publicações do Instituto de Educação Superior da Paraíba.

A publicação dessa revista, objetiva divulgar os Trabalhos de Conclusão de Curso dos bacharelados do Curso de Direito, dessa forma o IESP aperfeiçoa as discussões advindas não apenas do plano teórico, mas também do plano empírico, onde se dá a realização do direito. Nossa periodicidade a partir desta edição será semestral.

A previsão da produção acadêmica para professores e alunos é objetivo expresso do projeto político pedagógico do curso de direito do IESP. Essa iniciativa reconhece a importância da pesquisa jurídica, que é indissociavelmente ligada ao ensino e extensão.

A opção, pelo meio eletrônico de publicação, visa a permitir o franco acesso da comunidade jurídica ao seu conteúdo, além de conferir o dinamismo necessário à rápida divulgação de informações e notícias atuais.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Conselho Editorial

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:

A Responsabilidade Civil do Estado por Fato de Segurança Pública.

Marcel Silva Luz*

José Carlos Ferreira da Luz**

RESUMO: É lugar-comum o fato de que bens adquiridos sejam destruídos ou de alguma forma danificados, essa situação é tão absoluta que não se pode imaginar a vida sem que tais perdas ocorram. Muito embora tais danos sejam vistos como um fato provável, isto não quer dizer que a sua materialização superveniente por motivo alheio a vontade do detentor da coisa passará despercebida pelo poder Jurisdicional do Estado, há então a figura da responsabilidade civil. Embora a obrigação de ressarcir o dano causado seja um desdobramento da aplicação da responsabilidade civil pelo Estado na resolução da lide, como se proceder quando o dano em estudo foi causado por ato próprio da Administração Pública? A teoria do Risco Integral assegura a indenização por parte do Estado a todos que sofrerem danos em razão dele, mesmo que a conduta danosa não seja comissiva, tomando como Estado, suas entidades e funcionários. Nessa temática, o presente artigo se propõe a analisar a obrigação de reparação do Estado diante de dano ocorrido em função de realização de serviço público relativo à segurança pública.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Segurança Pública

ABSTRACT: It is common place the fact that acquired property comes to be destroyed or damaged in some sort of way, this situation is so absolute that it can't be imagine life without such losses. In spite of the fact this damages may be seen as a likely fact, it does not mean that its supervening fruition by the hands of other than the owner's, will go unchecked by the jurisdictional force of the State, there appears the civil liability. However the obligation to compensate caused damage is and unfolding of civil liability applied by the State, how to proceed when the damage is caused by direct action from the Public Administration? The Integral Risk Theory ensures compensation to all that suffer damage caused by the State, even if the damaging conduct is not volunteer, seen as State, its' entities and employees. In this theme, the present essay seeks no analyze the compensating obligation regarding damage occurred due to public service related to public security.

Key words: Civil Liability, State, Public Security.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Evolução histórica da Responsabilidade Civil; 3. Classificações da Responsabilidade Civil; 3.1 Responsabilidade Civil por Fato de Terceiro; 4. Dano, Culpa e Nexo Causal; 5. Responsabilidade Civil Subjetiva; 6. Responsabilidade Civil do Estado; 6.1. Teoria do Risco Integral; 6.2. A Segurança Pública; 7. Considerações finais.

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professor orientador

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É lugar-comum o fato de que bens adquiridos sejam destruídos ou de alguma forma danificados, essa situação é tão absoluta que não se pode imaginar a vida sem que tais perdas ocorram, o dano pode não ser esperado, porém a compreensão de tal acontecimento se forma no momento em que o adquirente pensa em si mesmo com determinado bem e tem receio de sua futura decadência. Muito embora tais danos sejam vistos como um fato provável, isto não quer dizer que a sua materialização superveniente passará despercebida pelo poder Jurisdicional do Estado. A priori, o titular dos proveitos de determinado bem da vida também está fadado a arcar com os prejuízos que lhe sobrevenham, porém, há situações nas quais um terceiro que não detém direitos sobre o bem supracitado, terá de reparar os danos, há então a figura da responsabilidade civil, como disse Couto e Silva 1997, “a repartição dos riscos da vida social”.

A apreciação estatal encimada é feita objetivando identificar um fenômeno, o da “responsabilidade”. Desde eras remotas se considerava a figura do delito como fato originário da responsabilidade de se ressarcir, isto é, a reparação do dano causado como um dever jurídico. Ainda que a responsabilidade civil, vista como instituto jurídico, tenha um conteúdo de maneira essencial, econômico; originalmente não se era feita distinção entre aquela e a responsabilidade penal. É de fácil observação que nos sistemas jurídicos primevos, prevalecia a vingança privada exercida com autotutela; sobrevivendo a solução para tais conflitos apenas com a centralização de poder para a regulamentação das relações sociais.

É difícil precisar em que período histórico nasceu a figura da responsabilidade civil, uma vez que ela própria evoluiu concomitantemente à evolução social do homem. E, portanto, tal instituto está codificado nos mais antigos monumentos legislativos. Centenas de anos antes do império romano, o ordenamento jurídico mesopotâmico resguardava a idéia da punição do dano causado, condenando o causador a sofrimento proporcional. Seguem o Código de Hamurabi nessa linha de pensamento, o Código de Manu e o antigo direito Hebreu. Os helenos também usavam do instituto, porém, a obrigação da reparação do dano se derivava de uma linha de pensamento objetiva, e não de uma codificação que a determinava.

Tais acepções acerca da responsabilidade civil evoluíram de maneira peculiar aos seus respectivos povos, porém com a mesma origem axiológica. Como disse Orlando Soares “Essas novas formas indenizatórias se apresentam agora enoveladas com não menos antigas, utopias, consistentes na busca dos ideais de equidade, justiça social e igualitarismo”.

Embora a obrigação de ressarcir o dano causado seja um desdobramento da aplicação da responsabilidade civil pelo Estado, na resolução da lide, como se proceder quando o dano em estudo foi causado pelo próprio Estado?

Desde o pensamento medieval de “*the king can do no wrong*” o rei não tem possibilidade de cometer erros, muito já se discutiu a respeito da responsabilidade que tem o Estado acerca de danos causados a terceiros, por ele. Como dito, anteriormente vigorava a idéia da irresponsabilidade do Estado, já que o soberano não seria passível de cometer injustiças uma vez que seu status seria de ordem divina, posteriormente veio o pensamento de que o Estado não poderia ser responsabilizado, pois como uma pessoa jurídica, ele seria apenas uma ficção, um poder abstrato e projetado por seus entes. Porém as pessoas jurídicas, assim como as físicas, devem ressarcir os danos que causaram a terceiros; diante disso, o Estado na condição de pessoa jurídica de direito público não poderia se esquivar desse preceito. Suas entidades e servidores desenvolvem atividade funcional, lhes sendo designadas atribuições para que, agindo em nome do Poder Público, busquem o bem comum. Dessa forma, ao realizar as funções estatais, obrigatoriamente, devem respeitar os direitos preceituados na legislação nacional.

Nessa temática, o presente artigo se propõe a analisar a obrigação de reparação do Estado diante de dano ocorrido em função de realização de serviço público relativo à segurança pública.

Modernamente vivemos em uma época na qual dá-se inegável importância aos valores sociais. Evidencia-se a injustiça imposta pelo sistema econômico, que culmina por extremar pessoas em distantes classes sociais. Ora, o direito deve sempre servir à justiça; esta é sua finalidade precípua. Assim, atua ele, também, como instrumento para diminuir referidas diferenças, tornando mais justo o tão injusto mundo, sendo, desta forma, um mecanismo de justiça social.

Ademais, o direito é uma ciência humana e, como tal, evolui e se modifica com o tempo. Logo, fácil perceber que aquilo que era justo no passado pode não mais ser hoje, que a interpretação de determinada norma passa por várias fases e se modifica, ora para um sentido ora para outro. Todavia, é certo que o escopo dessas alterações é sempre o da realização da justiça, a qual, como visto, oscila de acordo com a época na qual situa-se.

Não obstante o fato de que a inclusão da culpa como elemento da responsabilidade civil tenha significado inquestionável avanço, a verdade é que, com o passar do tempo, demonstrou não ser capaz de solucionar todos os casos, deixando muitas vezes irressarcido o lesado. Essa situação é muito verificada em casos nos quais, não obstante exista um prejuízo,

não consegue a vítima provar a culpa do agente. Da necessidade de solucionar problemas dessa natureza é que surgiu a teoria da responsabilidade objetiva modernamente conhecida, que prescinde da culpa para impor a obrigação de reparar.

O direito brasileiro adota a teoria subjetiva como regra, impondo à vítima o ônus da prova da culpa do agente. Porém admite em exceção casos de responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa e, também, hipóteses onde, embora se exija a culpa para a caracterização da responsabilidade pelo dano causado, seja ela presumida, invertendo-se o ônus da prova da culpa, que deixa de ser da vítima para ser do agente, que para se eximir terá de demonstrar a sua não culpa.

Ora, a tendência do direito moderno aponta no sentido de se ressarcir o maior número de vítimas possível e da maneira mais completa. Fácil notar que, neste aspecto, a responsabilidade civil objetiva se mostra mais apropriada. Óbvio, pois ao retirar um dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade facilita a verificação da mesma e, por extensão, favorece a situação do lesado, que se livra do ônus da prova da culpa. Por outro lado, inegável que, enquanto dá extrema importância aos direitos da vítima, a responsabilidade objetiva dificulta em muito o afastamento da obrigação de reparar pelo agente.

Rui Stoco referindo-se à doutrina objetiva afirma de forma elucidativa que “... o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável...”.

O problema não é de fácil solução, mas talvez uma alternativa intermediária seja a mais adequada. A teoria da culpa presumida parece muito bem preencher este papel. Ao mesmo tempo em que livra a vítima do ônus da prova da culpa do agente, tarefa árdua e que às vezes beira o impossível, mantém ao agente a possibilidade de demonstrar não ter agido com dolo ou de maneira, imprudente, negligente ou imperita. Afasta-se, assim, a terrível hipótese de alguém arcar com a reparação de dano cuja verificação não se deu por culpa sua.

Dentre as correntes que procuram justificar a teoria objetiva, a mais aceita modernamente é a teoria do risco, agora expressamente consagrada no Código Civil em vigor. Segundo essa teoria, será responsável independentemente de culpa quem exerce atividade que, devido à sua natureza, cria risco de dano a direito de outrem, se o dano efetivamente vier a se verificar. Ora, nada mais justo, pois o agente sabia previamente dos riscos advindos da atividade exercida. Mesmo assim preferiu praticá-la. Assumiu o risco visando colher os frutos positivos; logo, terá de arcar com os prejuízos acarretados a outras pessoas, que suportaram o desenvolvimento da atividade.

Foi ousado o legislador. Em primeiro lugar por prever de maneira genérica a responsabilidade civil pela teoria do risco, livrando-a da limitação por previsão expressa em lei. O dia a dia, a evolução do mundo como um todo é que direcionarão nossos julgadores na análise da existência ou não do risco, ou seja, do que realmente é atividade perigosa. Foi ousado também ao estabelecer que a responsabilidade nos casos de atividades cujo normal desenvolvimento implique riscos a direito de outrem será objetiva, “... independentemente de culpa...”. Não se trata de culpa presumida, visto ser a mesma totalmente prescindível. Sequer será verificada, pouco importa se o agente causador do dano agiu ou não com culpa; tanto faz, pois será responsável de qualquer maneira. Não terá, assim, a oportunidade de provar a sua não culpa, pois mesmo que a demonstre sua responsabilidade persistirá, visto que dela independe. Trata-se, repita-se, de responsabilidade civil objetiva, prevista em norma genérica, como tanto defenderam os objetivistas.

Certo que o instituto da responsabilidade civil é de extremada relevância, tanto no âmbito do direito, quanto na esfera da cidadania. Sendo assim, natural que o homem busque o aperfeiçoamento do instituto, no sentido de dar ao mesmo a maior efetividade possível.

Neste aspecto a responsabilidade civil, que era objetiva nos primórdios da civilização, evoluiu gradativamente até atingir a era subjetiva, nos moldes do direito pátrio atual.

Eis, então, o cerne da questão da efetividade da responsabilidade civil na sociedade contemporânea, isto é, responsabilidade com culpa ou sem culpa. O direito brasileiro é eclético, acolhendo as duas posições: de regra exige-se a culpa para que haja a obrigação de reparar; entretanto em casos expressamente previstos a culpa é prescindível, bem como nas circunstâncias em que a atividade desenvolvida implicar em risco para direitos de outrem, não sendo elemento necessário à caracterização da responsabilidade civil.

Andou bem o legislador do novo Código Civil ao manter a exigência da culpa como regra, mas também ao consagrar, de forma genérica, a responsabilidade objetiva de acordo com a teoria do risco, ou seja, pelos danos causados pelo exercício de atividade perigosa, além de manter outras hipóteses de obrigação de reparar independentemente de culpa que não aquelas advindas do risco da prática de atividade perigosa, desde que previstas em lei. Assim, foi facilitado o ressarcimento às vítimas, mas sem que isso significasse uma desenfreada busca por indenizações, já que de regra a exigência da culpa foi mantida.

Talvez o pior problema da responsabilidade civil subjetiva seja a árdua, quando não impossível, tarefa da vítima de provar a culpa do agente. Diante disso, a culpa presumida mostra-se como solução a ser cada vez mais adotada. Têm a seu favor a facilitação da caracterização da responsabilidade civil, vez que a culpa do agente não precisa ser

demonstrada pela vítima e, ainda, permite que o agente demonstre sua não culpa, fato que não é possível na responsabilidade objetiva. Possui, portanto, nuances de ambas as espécies de responsabilidade.

Não se pode negar, entretanto, o significativo avanço que significou a adoção pelo legislador da teoria do risco da atividade através de norma de previsão genérica. Natural que aumente a efetividade da responsabilidade civil, acompanhando a tendência moderna de ressarcir todas as vítimas da maneira mais completa possível.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Certo é que o homem sempre zelou pelo que é seu e, também, por aquilo ou aqueles que lhe são queridos. Dessa forma, seja utilizando o juízo, seja agindo emotivamente, tem-se que quando percebe que seu patrimônio está sendo agredido por outrem o homem reage, defendendo-o, buscando preservá-lo e impedir a ocorrência de qualquer tipo de prejuízo, ou, se o mesmo já se verificou, visa, então, o retorno ao estado anterior ou uma compensação pelo mal sofrido.

Aludida busca sempre existiu. Em todos os tempos o dano foi combatido pelo lesado. Todavia a forma de combater foi se alterando, sofrendo modificações de acordo com o pensamento da época em que ocorria o dano. Essa evolução culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano, a qual, no entanto, não permanece estática, mas sim em contínua evolução, exigida pelo dinamismo da própria sociedade, que está sempre a buscar um direito mais justo e eficiente.

A verificação dessa evolução, bem como da correlação existente com a responsabilidade penal, são fundamentais para uma melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito brasileiro moderno e, também, para a análise de sua efetividade na sociedade contemporânea.

Naturalmente que a compreensão da evolução histórica não é suficiente por si só, tornando-se imprescindível, para isso, o estudo de toda responsabilidade civil, desde seu conceito até, especialmente, seus pressupostos: ação ou omissão; culpa; nexos de causalidade; e dano. Todavia, não é isso que se pretende neste artigo, mas que, talvez, possa ser objeto de estudo em outra oportunidade. De qualquer maneira, não é demais destacar a culpa dentre os requisitos da responsabilidade civil, visto que ela se mostra mais intimamente ligada à problemática da efetividade daquele instituto do direito junto à coletividade.

Isso decorre principalmente devido ao embate entre as correntes subjetiva e objetiva, defensoras, respectivamente, da exigência da culpa e da sua prescindibilidade para a caracterização da obrigação de reparar o dano causado.

Por essa razão é a culpa que merecerá maior notoriedade no decorrer deste trabalho, durante o acompanhamento da evolução e de um apanhado histórico da responsabilidade civil, passando, naturalmente, pelo embate entre as teorias subjetiva e objetiva.

Certo que a problemática da garantia da efetiva reparação à vítima pelo dano sofrido merece confronto com o sistema atual de aplicação do direito, tendo em vista sempre a busca da justiça, o que se objetivará no transcorrer deste trabalho.

Como já salientado, a atual forma da responsabilidade civil é o produto de uma acentuada evolução através dos tempos.

Nos primórdios o ofendido reagia ao dano de maneira imediata e brutal, movido por puro instinto. Nesta época predominava o sistema da vingança privada.

Costuma-se dizer que foi a época da reparação do mal pelo mal. Em tal fase a culpa sequer era cogitada, bastava o dano, fato que possibilita classificar aquela responsabilidade de objetiva.

Note-se, contudo, que às vezes não era possível ao lesado reagir desde logo, mesmo porque ele nem sempre estava presente no momento da prática do ato danoso. Nesses casos o castigo era posterior. A necessidade de regulamentação desse castigo posterior deu origem à pena do “olho por olho, dente por dente”, prevista na Lei de Talião.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade penal é anterior à responsabilidade civil, podendo ser afirmado que esta evoluiu a partir daquela, que, no entanto, continua a existir em ramificação distinta do direito. Enquanto a responsabilidade civil integra o direito privado, a responsabilidade penal está inserida no âmbito do direito público.

Após esse período surge o da composição voluntária, com o qual o ofendido passou a ter a faculdade de substituir a retaliação ao agente por uma compensação de ordem econômica. Passa o lesado a perceber as vantagens advindas desta mudança de conduta junto ao causador do dano. É o dinheiro substituindo o castigo físico. Nessa fase a culpa ainda não é cogitada como elemento necessário à indenização, ou seja, a responsabilidade é objetiva, já que dispensa a análise da culpa.

É de se notar que não é só a responsabilidade que evolui com o passar do tempo. Todo o mundo vai se modificando, nas mais diversas áreas possíveis e imagináveis.

Eis que com a alteração na estrutura estatal, mais precisamente com o surgimento de uma autoridade soberana, ocorre a proibição à vítima de fazer justiça com as próprias mãos.

Com isso o Estado substitui o lesado na tarefa de dosar a pena ao agente causador do ato danoso e, então, a composição deixa de ser voluntária para ser obrigatória. Há a tarifação dos danos, sendo estipulado um determinado preço para cada tipo de lesão. Nessa época, na qual foram elaborados os Códigos de Ur Manu, de Manu e da Lei das XII Tábuas, a responsabilidade era objetiva, prescindindo da verificação da existência da culpa.

Entretanto, com os romanos começou a ser delineado um esboço de diferenciação entre pena e reparação, através da distinção entre delitos públicos e delitos privados. Enquanto nestes a autoridade intervinha apenas para fixar a composição, naqueles, por serem as ofensas consideradas mais graves e perturbadoras da ordem, o réu deveria recolher a pena a favor dos cofres públicos. Ainda aqui a reparação era objetiva, isto é, independente da análise da culpa.

Vale mencionar que data dessa época a origem da ação de indenização, fato que, na Idade Média, colocou a responsabilidade civil ao lado da penal, distinguindo-as. Nessa fase é que, também, se verifica o aparecimento da responsabilidade contratual.

É de se ressaltar, ainda, a importância da Lei das XII Tábuas para os romanos, principalmente devido ao fato de ter ela representado a passagem da norma consuetudinária para a lei escrita. Sua vigência durante cerca de novecentos anos em Roma já é capaz, por si só, de demonstrar a relevância que teve sobre os habitantes do local. As penas impostas por ela iam desde a multa até o exílio, da prisão até a morte, sendo certo que muitas delas tinham por base a sanção da retaliação (pena de Talião).

Com a Lei Aquília desponta um princípio geral da reparação do dano, sendo desta época as primeiras idéias acerca da noção de culpa. É a responsabilidade ganhando traços subjetivos, com a necessidade da averiguação da culpa do agente para a caracterização da obrigação de ressarcir. Nessa fase, além do distanciamento da responsabilidade objetiva, houve a cristalização da reparação pecuniária.

Já na Idade Média, notadamente na França, o pensamento dos romanos foi sendo aperfeiçoado. Evoluiu-se da enumeração dos casos de composição obrigatória para um princípio geral, culminando, passo a passo, na consagração do princípio aquiliano, segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Após a Revolução Francesa (1789), já na Idade Contemporânea, surge o Código de Napoleão, com a previsão da responsabilidade contratual, bem como é feita a distinção entre a responsabilidade penal e a civil.

O direito francês influenciou vários povos e, por consequência, a legislação de vários países, inclusive do Brasil. Assim, ainda que via reflexa, o atual Código Civil e especialmente o revogado Código Civil de 1916, cuja vigência se estendeu até 2002, tiveram aquele Códex

como fonte inspiradora, o que levou a consagração da teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil.

Foi assim com o Código Civil de 1916 que, em seu famoso artigo 159, dispunha:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Cumprido salientar que já era indiferente ser a conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita, sendo qualquer daquelas espécies de culpa suficiente para caracterizar a responsabilidade civil e isso independentemente da gravidade, bastando a culpa levíssima para levar à obrigação de reparar.

A exigência da culpa, nos mesmos moldes já expostos, continua sendo a regra também no atual Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, por força do artigo 2.044, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. É o que se verifica da conjugação dos artigos 927 *caput* e 186 do referido diploma legal.

Enquanto a cabeça da norma contida no artigo 927 estipula que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, o dispositivo trazido pelo artigo 186 deixa claro que a culpa normalmente é exigida para a configuração da responsabilidade civil. Isso ocorre em razão da exigência de ser culposa a conduta causadora do dano, seja em decorrência de imprudência ou de negligência, na qual se insere a imperícia de maneira implícita. Vale a pena explicitar o conteúdo normativo citado:

“Artigo 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Igualmente relevante é a inclusão expressa da possibilidade de indenização por dano moral, que já vinha sendo amplamente admitida pela jurisprudência, até mesmo em virtude de permissão constitucional.

Fruto do projeto de lei 734-B/75, o atual Código Civil manteve como regra a responsabilidade civil subjetiva, mas, por outro lado, ampliou o campo dos casos de responsabilidade civil objetiva, notadamente através da teoria do risco. É o que se extrai do parágrafo único do artigo 927:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A necessidade de a lei especificar que a culpa não será exigida para que exista a obrigação de reparar demonstra que se trata de situação de exceção. Isso porque a exceção depende de previsão expressa, diferentemente do que ocorre com a regra, que se presume. Assim, em nosso direito, a culpa é regra e, por consequência a responsabilidade subjetiva, sendo exceção a responsabilidade objetiva, na qual a culpa sequer é cogitada.

Nesse aspecto nenhuma novidade trouxe o novo Código, pois assim já era na legislação revogada. Exemplo nítido da responsabilidade objetiva por determinação legal é a do Código de Defesa do Consumidor, que data de 1990, sustentada sobretudo pela hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.

Mas além da inexigência da culpa quando assim expressamente estiver declarado em lei, pelo contido no artigo 927, parágrafo único, também passa a ser possível a responsabilização objetiva por previsão genérica, nos casos em que o dano for acarretado por atividade que, por sua natureza, implicar em risco para direitos da vítima. E vale frisar que assim será apesar da atividade desenvolvida ser lícita, bastando o risco por ela criado e que culminou por efetivar o dano suportado pela vítima.

A teoria do risco parte do pressuposto de que aquele que tira os proveitos da atividade deve, por uma questão de justiça, arcar com os danos advindos do exercício da atividade, independentemente da verificação da culpa. Logo, não se cogitará se a conduta foi dolosa, imprudente, negligente ou imperita, visto que a simples verificação do evento danoso bastará para que surja de maneira objetiva a responsabilidade civil.

O artigo 187 do mesmo diploma legal dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. No caso o ato tem a aparência de lícito, mas o excesso ou abuso esconde a ilicitude nele impregnada. De qualquer modo, nessa hipótese a responsabilidade também se verificará objetivamente, ou seja, independentemente da existência de culpa. Inegável que o mencionado dispositivo também aponta para uma tendência cada vez mais objetivista da responsabilidade civil, visando a facilitação do ressarcimento às vítimas.

Aqui cabe nova ênfase em relação ao entrelaçamento entre a responsabilidade civil e penal. Isto porque a primeira evoluiu a partir da segunda, sendo que, como visto, em épocas mais primitivas o dano pecuniário era ressarcido através de pena corpórea sobre o agente. No Brasil, já na era moderna, a obrigação de indenizar esteve prevista na legislação penal. Foi assim, por exemplo, na época do império, quando o Código Criminal de 1830 é que previa o dever do delinquente em satisfazer a vítima pelo dano causado com o delito. Inegável,

portanto, a relevância que teve, e ainda hoje têm, a responsabilidade penal para a construção da responsabilidade civil nos moldes atuais.

Do exposto até aqui, é possível perceber que, de certa forma, há uma tendência de retorno ao abandono da verificação da culpa para a imputação da responsabilidade civil. Com isso, a responsabilidade que evoluiu do objetivismo dos primórdios para o subjetivismo aquiliano inclina a retornar ao objetivismo. Porém, a semelhança de agora com outrora termina na prescindibilidade da culpa, já que não mais se cogita de pena sobre a pessoa propriamente dita, mas sim sobre o patrimônio economicamente apreciável da mesma.

REFERÊNCIAS

BESSION, André. **La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses**. Paris, 1927

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 7**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MAZEAUD, Henri; Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**. 3ª Ed. Paris, 1957)

PEREIRA, Caio Márcio da Silva. **Responsabilidade Civil: De acordo com a Constituição de 1988**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

‘RECALL’: O chamamento do consumidor para solucionar defeitos dos produtos e serviços

Francisco de Assis Barbosa dos Santos*
Ms. Mayra Andrade Marinho Farias**

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo expor o dever dos fornecedores de colocar produtos seguros no mercado de consumo, que não acarretem riscos ao consumidor, com exceção daqueles considerados normais e previsíveis, bem como a obrigação de convocar os consumidores, através de todos os meios de comunicação disponíveis, assim que tomarem conhecimento da alta periculosidade ou nocividade dos produtos inseridos no mercado consumerista, de forma a evitar danos patrimoniais ou morais. O chamamento dos consumidores, iminente ou efetivamente, lesados deveria ser uma medida bastante eficaz para evitar ou restaurar os danos patrimoniais e morais, mas como os fornecedores visam apenas atender as exigências da lei - a comunicação a autoridade competente e aos consumidores mediante anúncios publicitários em jornais ou em televisão - sem se preocupar efetivamente com o consumidor, não evitam ou reparar os danos, frustrando, desta maneira, a vontade do legislador.

Palavras- chave: Chamamento. Consumidor. Fornecedor.

ABSTRACT: This paper aims to expose the duty of providers to place safe products on the consumer market, not imposing risks to consumers, except those considered normal and predictable, as well as the obligation to call consumers across all media available, so take note of high dangerousness or harmfulness of consumerist products entered the market in order to prevent damage or moral. The calling of consumers, imminent or actual, injured should be a very effective measure to prevent or restore the damage and moral, but only as suppliers seek to meet the requirements of the law - to the competent authority and communication to consumers through advertisements in newspapers or on television - without worrying effectively with the consumer, not prevent or repair the damage, frustrating, this way, the will of the legislature.

Key words: Call. Consumer. Provider

SUMÁRIO:1. Relação jurídica de consumo; 1.1. Relação de Consumo; 1.2. Sujeitos da relação de consumo; 1.2.1. Consumidor; 1.2.1.1. Consumidor stricto sensu ou standard; 1.2.1.2. Consumidor equiparado bystander; 1.2.2. Fornecedor; 1.3. Objetos da relação de consumo; 1.3.1. Produtos; 1.3.2 Serviços; 2. Recall; 2.1. Conceito; 2.1.1. Recall branco; 2.1.2 Recall no Código de Defesa do Consumidor; 2.1.3 Recall na Portaria 789/01; 2.2. Recall no Brasil e nos Estados Unidos: Aspecto Comparativo; 2.3. Modos de efetuar no Brasil; 2.4. Recall: Muitos chamados e poucos comparecem; 2.5. Recall teoricamente gratuito; 2.6. Consumidor negligente; 2.7 Recall tem prazo determinado; 2.8 Maneiras de aumentar o comparecimento dos consumidores aos recalls; 3. Considerações Finais; Referencias.

*Bacharelado em Direito pelo IESP

**Professora Orientadora

1. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O presente trabalho tem o escopo de expor o tema relacionado ao aspecto da segurança dos produtos e o *recall*. Para tanto, seguir-se-ão alguns procedimentos metodológicos a fim de conferir um maior grau de cientificidade à pesquisa.

A pesquisa foi feita em torno da realidade vivida pelos consumidores que têm seus direitos básicos constantemente violados pelos fornecedores em razão de sua vulnerabilidade jurídica, técnica ou econômica. Por isso, a natureza da vertente metodológica desta pesquisa é qualitativa, já que seu objeto de estudo está relacionado com o lado social.

O método de abordagem utilizado foi dedutivo, pois partimos de conceitos gerais para chegar a uma premissa específica, qual seja o *recall*.

Quanto ao método jurídico de interpretação, este estudo fez uso do sistemático. E assim se classifica porque, partindo-se da análise de uma situação fática, apresentar-se-á como se deveria ocorrer tal situação. Demonstrando-se como vem sendo praticado o *recall*, dir-se-á como o chamamento deverá ocorrer para que efetivamente se evite danos aos consumidores.

No que concerne à classificação da pesquisa com relação ao objetivo geral, teremos uma pesquisa exploratória. Esta pesquisa assim se classifica porque, em seu estudo, haverá reflexão de idéias. Isto quer dizer que se buscará apresentar métodos mais eficazes de se proceder à convocação dos consumidores.

Tem-se também uma pesquisa bibliográfica no que se refere a uma classificação quanto aos procedimentos técnicos utilizados, posto que foram consultadas fontes secundárias e obras do tipo analíticas, em especial livros, artigos da internet, legislação, dentre outros acervos que facilitaram a explanação do tema proposto.

A técnica de pesquisa seguida foi a da documentação indireta, pois não houve um contato direto com o objeto de estudo, mas sim a utilização de fontes secundárias.

Toda a metodologia descrita facilitou a composição da pesquisa que apresentará a seguinte organização: relação jurídica de consumo; Política Nacional das Relações de Consumo; direitos básicos do consumidor; aspecto da segurança dos produtos e serviços e a responsabilidade civil objetiva; e, por fim, *recall*.

Assim, nesta parte, far-se-á uma análise comparativa entre o *recall* dos Estados Unidos e o do Brasil, mencionando e explicando a legislação que regulamenta o *recall* do Brasil. Enfatizar-se-á, também, nesta pesquisa, o *recall* branco que, antes da regulamentação do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, era tão praticado. Serão expostos os motivos que levam ao baixo índice de comparecimento dos consumidores às convocações, bem como os instrumentos eficazes que os fornecedores podem utilizar para chamar os consumidores para sanar o defeito.

Far-se-á, ainda, uma explanação da controvérsia acerca da gratuidade do *recall* e da divergência quanto à determinação do prazo para reclamar o defeito grave. Também será mencionada a responsabilidade civil objetiva do fornecedor perante o consumidor negligente.

Ao fim, demonstrar-se-á, o descaso dos fornecedores com relação aos consumidores, já que aqueles se preocupam tão-somente com o atendimento da imposição legal, sem levar em consideração o perigo e a nocividade que seus produtos causam à saúde e à segurança dos consumidores.

O objetivo específico não se restringirá apenas à segurança dos produtos e serviços e ao *recall*. Pelo contrário. Para dar alicerce a tudo que vier a ser exposto, faz-se necessário conceituar os sujeitos e os objetos da relação consumerista, apontando os princípios e os direitos que regem as relações de consumo.

O interesse em desenvolver um estudo sobre esse tema surgiu da necessidade de participar, pelo menos indiretamente, de um processo lento na tentativa de se proteger cada vez mais os consumidores. É sabido que, desde tempos remotos, é uma verdade fática a prática gananciosa dos fornecedores.

Desde a Revolução Industrial, com o surgimento da produção em série, nos defrontamos com produtos e serviços com defeito grave, isto porque, nas produções seriadas, os fornecedores visam a atender às necessidades da sociedade e a maximizar os lucros. Por isso, é importante que a sociedade esteja cada vez mais bem informada, exigente e consciente de seus direitos.

A falta de comparecimento aos *recalls* demonstra que os consumidores não conhecem seus direitos nem sabem a importância do instituto para à sua saúde e segurança e a de terceiros, bem como mostra a ganância dos fornecedores, já que pela maneira que se utiliza para chamar os consumidores e para informar os defeitos e riscos do produtos ou serviços, demonstram a falta de interesse no comparecimento dos consumidores para reparo. Os fornecedores vêm, neste âmbito, apenas os grandes dispêndios com o comparecimento do consumidor, tais como: aquisição ou fabricação de nova peça, pagamento de mão-de-obra especializada para fazer o reparo, divulgação da campanha nos meios de comunicação, indenizações decorrentes de acidentes ocasionados pelo defeito que motivou o chamamento, além de denegrir a imagem da marca perante os consumidores, sem preocupar-se com a saúde e segurança dos consumidores.

É nesse panorama em que vivemos. Portanto, para coibir essa prática dos fornecedores, implementamos algumas sugestões no presente trabalho que devem ser aderidas pelos sujeitos da relação de consumo e pelas autoridade competentes.

1.1 Relação de Consumo

A origem da relação de consumo está intimamente ligada às transações de natureza comercial e ao comércio propriamente dito.

Com o implemento e a difusão do comércio, as relações de consumo experimentaram naturalmente um processo de aprimoramento e desenvolvimento até atingir a forma contemporânea regulamentada pela lei 8.078/90.

As relações jurídicas de consumo são definidas por Nelson Nery Júnior como “aquelas que se formam entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços do consumidor”.

Com efeito, do conceito em epígrafe, extraem-se três elementos da relação de consumo, quais sejam: elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento finalístico.

Deve-se entender por elemento subjetivo as partes envolvidas na relação jurídica, ou seja, consumidor e fornecedor; por elemento objetivo o objeto sobre o qual recai a relação jurídica, isto é, produto ou serviço; e por elemento finalístico a retirada do produto ou serviço do mercado.

Logo, para aferir com precisão a existência de uma relação de consumo é indispensável ter o conhecimento de conceitos fundamentais a saber: consumidor, fornecedor, produto e serviço.

1.2 Sujeitos da relação consumerista

1.2.1 Consumidor

Conceituar juridicamente o consumidor, adquirente de um produto ou serviço, significa delimitar os tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, implica a limitação da aplicabilidade da lei consumerista.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, conceitua consumidor iniciando no caput do art. 2º, seguindo por seu parágrafo único, continuando no art. 17 e terminando no art. 29.

Desta forma, não há que se ficar adstrito ao conceito de consumidor *strito sensu* previsto no caput art. 2º, deve-se alargar tal conceituação tendo em vista os consumidores equiparados.

1.2.1.1 Consumidor *Stricto Sensu* ou *Standard*

O nosso ordenamento jurídico, precisamente na Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, conceitua consumidor *stricto sensu* ou *standard*, em seu art. 2º, *caput*, que expressa: “Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O legislador ao mencionar “destinatário final” ocasionou varias controvérsias acerca da real limitação do conceito de consumidor. Com o objetivo de solucionar questões relativas a ampla conceituação da lei consumerista surgiram duas correntes de entendimento.

Para os que defendem a Teoria Maximalista, consumidor compreende toda gama de pessoas físicas ou jurídicas dispostas a adquirir ou utilizar bens ou serviços mesmo que para fins industriais ou comerciais desde que não participem diretamente do processo de produção, transformação, montagem, beneficiamento ou revenda. Logo, para os adeptos desta corrente doutrinária o termo destinatário final, presente no conceito de consumidor, compreende toda a sociedade consumerista, isto é, qualquer indivíduo que retirou o bem do mercado de consumo. Assim, o *caput* do art. 2º do CDC deve ser interpretado da forma mais abrangente possível para que alcance um maior número de relações de mercado. Os defensores da teoria maximalista consideram, ainda, que a definição de consumidor é puramente objetiva, não importando se a pessoa, física ou jurídica, possui fim lucrativo ao adquirir um produto ou utilizar um serviço.

Em contraposição a esta corrente doutrinária, surge a teoria finalista, hoje predominante, entendendo que consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza bens ou produtos a título privado, ou seja, aquele que adquire o bem para satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar e não para desenvolver uma atividade de cunho empresarial. Desta forma, conclui-se que consumidor é o não-profissional, grupo da sociedade mais vulnerável.

Neste sentido o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, evidenciado por André Gustavo Salvador Kauffman, entende:

[...] A aquisição para revenda, por apresentar destinação eminentemente profissional, não é protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há aí consumidor, na acepção jurídica. Só a aquisição para fins não profissionais, isto é, a que não se processa no exercício das funções de produção, de transformação ou de distribuição, recebe a tutela especial do Código.

Seguindo o mesmo raciocínio Claudia de Lima Marques afirma:

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

Vale ressaltar que a finalidade do Código de Defesa do Consumidor, como norma protecionista, é tutelar o grupo da sociedade mais vulnerável e hipossuficiente para tornar equilibrada a relação de consumo e não resolver litígios concernentes às relações comerciais.

Assim, via de regra, exclui-se da proteção do CDC o profissional, pois este está protegido por normas existentes no ordenamento nacional como o Código Comercial e o Novo Código Civil.

Mas, Cláudia de Lima Marques com muita propriedade indaga: “[...] se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com o fim de lucro, também deve ser considerado “destinatário final”?”.

Sobressai, desta feita, um abrandamento na pessoa do consumidor fático e econômico, pois é possível, via de exceção, a concepção de consumidor àquele profissional que adquire um produto para uso próprio, familiar e, ainda, para o fim laboral.

Apesar do legislador não ter falado em bens de produção e consumo, é de fundamental importância saber se o bem é basicamente de produção, destinado à produção laboral ou se é um bem de consumo estritamente, utilizado com o fito de auferir lucro, pois, para lei consumerista, consumidor final é aquele que adquire ou utiliza bem de consumo para fins laborais ou pessoais ou aquele que adquire ou utiliza bem de produção para fins exclusivamente pessoais. Estão excluídos, desta forma, do conceito de consumidor aquele que adquire ou utiliza bem de produção para fins laborais, devendo ser aplicado, nesta hipótese, o direito comum.

Assim, exemplifica Rizzatto Nunes:

[...] pode acontecer – e ocorre mesmo, na realidade – de um produto ser típico de produção e ser adquirido por um consumidor para seu uso pessoal. É o exemplo de um grande avião, digamos, Boeing 737. Não há dúvida de que esse avião é típico de produção, (utilizado no transporte comercial de cargas e passageiros), porém há um milionário que o adquire para seu uso pessoal. Nessa hipótese, temos de aplicar, pela via de exceção, a regra geral do destinatário final – consumidor.

Não poderia ser diferente, pois seria ilógico, feriria o princípio de isonomia constitucional e, ainda, não estaria de acordo com o sistema do Código de Defesa do Consumidor.

1.2.1.2 Consumidor Equiparado (*bystander*)

O CDC não exaure a conceituação de consumidor no *caput* do art. 2º, ou seja, não restringe a apenas uma conceituação individual, pois abrange os terceiros que intervieram na relação consumerista seja como utilizador final do produto ou serviço, seja como vítima de um defeito de serviço ou produto.

Então, o consumidor *bystander*, da mesma forma que o *stricto sensu*, está amparado pelo CDC, podendo, inclusive, pleitear indenizações por danos morais e patrimoniais, pois todo e qualquer serviço ou produto deve ter segurança, não apenas para quem adquire, mas também para quem o utiliza, pois o princípio da segurança e direito de todos e dever do fornecedor.

Buscou-se deste modo uma amplitude no campo de abrangência e atuação da norma protetiva do consumidor, fazendo com que grande parte das possíveis relações estivessem tuteladas.

Existe, assim, uma definição padrão, que abrange apenas os consumidores individualmente considerados, e outras definições por equiparação legal a quais estão previstas nos arts. 2º, parágrafo único; 17 e 29 da Lei 8.079/90.

a) Coletividade

O parágrafo único do art. 2º do CDC ampliou a definição de consumidor equiparando a ele a universalidade, classe, grupo ou categoria de pessoas que tenham intervindo na relação de consumo. Comenta Nehemias Melo que:

A equiparação regulada pelo parágrafo único do art. 2º visa proteger toda a coletividade de pessoas sujeita às praticas decorrentes da relação de consumo. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor conseguiu viabilizar uma rede protetora dos interesses difusos e coletivos da massa consumidora, dotando os órgãos que detenha legitimidade para atuar em sua defesa, de mecanismo de prevenção para obtenção de uma justa reparação para a eventualidade de existência de dano, [...]

Assim, o Código de Defesa do Consumidor conseguiu viabilizar a defesa de todos os que participam das relações de consumo, tanto de forma preventiva como repressivamente, através de órgãos legitimados para tal como Procons, Ministério Público, Curadorias entre outros e de mecanismo de prevenção para obtenção de uma justa reparação para a eventualidade de existência de dano.

É o caso em que um supermercado vende refrigerantes para um condomínio, que dará uma festa, e várias delas estão vencidas, impróprias para consumo. Apesar do supermercado não ter como identificar os consumidores, o condomínio poderia invocar o CDC uma vez que é consumidor equiparado já que se trata de coletividade. Não seria de modo diverso se os refrigerantes fossem adquiridos por diversos clientes de várias partes da cidade, pois, nesta hipótese, tratar-se-ia de uma coletividade indeterminada.

b) Vítimas do evento

O caput do art. 17 do CDC equipara o consumidor, às vítimas, como assim expõe: “Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Para fins da lei consumerista, vítima é o sujeito que fez ou não parte da relação de consumo, mas sofreu prejuízo em razão de defeitos intrínsecos e extrínsecos do produto ou serviço e evento é

um acidente provocado pelo produto ou serviço defeituoso do qual resultaram danos as pessoas participantes ou não da relação de consumo.

Como o artigo mencionado encontra-se inserido na seção que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço só haverá alargamento do conceito de consumidor quando tratar-se de evento ocasionado pelo fato do produto ou serviço, não abrange, assim, os vícios do produto.

Com efeito, as vítimas de um acidente de consumo que não adquiriram ou utilizaram o produto ou serviço não são passíveis de enquadramento no conceito padrão de consumidor do art. 2º, caput, mas são consumidores por força da equiparação do precitado art. 17. Isso porque a lei é também de ordem pública, que visa a proteção e defesa da sociedade como um todo.

Na Paraíba recentemente ocorreu um caso em que um celular Nokia explodiu e incendiou a casa do consumidor-adquirente. Imagine se o incêndio não tivesse sido combatido em tempo oportuno e tivesse incendiado a casa dos vizinhos. Embora os vizinhos não tenham adquirido o referido produto, poderão invocar a tutela do CDC para a reparação dos danos, vez que a Lei 8.078/90 não alcança apenas os adquirentes, mas todos que de certa forma, intervieram na relação de consumo.

O legislador ao alargar o conceito de consumidor objetivou, desta feita, a imposição ao fornecedor a fabricar produtos e prestar de serviços mais seguros já que a segurança é um dos direitos básicos do consumidor.

c) Sujeitos às práticas comerciais

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 29 expõe: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Antonieta Maria Zanardo Donato, evidenciada por Solange Rettmann conceitua as práticas comerciais da seguinte forma:

As práticas comerciais são técnicas, meios usados pelo fornecedor para comercializar, vender, oferecer seu produto ao consumidor potencial, atingindo assim aquele que é pretendido como destinatário final (consumidor/adquirente). Estariam, então, abrangidas pelo CDC desde a oferta do produto até a sua cobrança, isto é, da pré à pós venda.

Há, desta maneira, uma equiparação demasiadamente genérica, pois contempla todas as pessoas que estiverem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial.

Assim, podemos concluir que o objetivo do legislador não foi dilatar inconsequentemente o conceito de consumidor, mas ampliar a aplicabilidade da lei consumerista quando for observada a vulnerabilidade do consumidor profissional ou não.

1.2.2 Fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 3º o conceito de fornecedor, afirmando:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A definição é extremamente ampla, pois o legislador almejou dilatar o máximo possível para abranger o maior número de hipóteses, evitando-se, então, que eventuais condutas danosas aos consumidores escapassem da aplicação da lei consumerista.

Assim, para lei consumerista toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, pode colocar-se na posição de fornecedor desde que realize atividades de forma habitual, isto é, de forma profissional ou comercial. Nesse diapasão lembra Rizzatto Nunes:

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos pólos da relação jurídica está o fornecedor, com o que poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá que existir no outro pólo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo pelo CDC.

Logo, não é suficiente um negócio jurídico com um industrial, importador ou, ainda, com um comerciante para constituir uma relação de consumo se faz necessário que estes exerçam a atividade de forma regular, ou seja, haja habitualidade naquilo que se prestou.

Assim, se uma perfumaria, diante de uma situação de dificuldade financeira, vende seu computador para saldar algumas dívidas para com os seus fornecedores, o adquirente do produto não poderá se utilizar do Código de Defesa do Consumidor caso tenha sido acometido de algum dano, pois, apesar do adquirente ser destinatário final, não se identifica relação de consumo em razão da inexistência do caráter da habitualidade na atividade de venda do computador, ou seja, porque a perfumaria não é considerada fornecedora.

O mesmo se dá quando a pessoa física vende seu celular usado, pois, independentemente de quem o adquira, não se pode falar em relação de consumo já que inexistente a figura do fornecedor.

Nas hipóteses acima descritas aplica-se a legislação comum civil ou comercial e não a lei consumerista.

Verifica-se, então, que é mais fácil conceituar fornecedor por exclusão, isto é, especificar quem não pode ser considerado como tal.

A lei consumerista identifica como fornecedor, afora as pessoas físicas ou jurídicas, os entes despersonalizados, isto é, aqueles que embora não tenham personalidade jurídica no âmbito civil ou mercantil desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços (atividades produtivas de bens ou serviços) com habitualidade.

O legislador não poderia excluir o ente despersonalizado da definição de fornecedor uma vez que se trata de um número extremamente significativo para o mercado consumerista.

Neste sentido se enquadra no seio da norma consumerista o camêlo, comerciante informal, em razão de exercer atividade de maneira regular; a massa falida; o espólio de comerciante individual e as pessoas jurídicas de fato dentre outros.

Recentemente o Fantástico fez uma reportagem acerca de adoçantes que continham um percentual de açúcar e ao encontrar o fabricante destes adoçantes este alegaram a falência para eximir-se da responsabilidade. Apesar de terem alegado a falência não se eximirão de responsabilidade

Desta forma, percebe-se a grande preocupação do legislador com o bem estar das massas consumeristas, daqueles considerados hipossuficientes e vulneráveis à luz do Código de Defesa do Consumidor.

1.3 Objetos da relação de Consumo

1.3.1 Produtos

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu art. 3º, parágrafo primeiro que “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Assim, o produto pode ser de ordem material, como por exemplo, um aparelho celular, ou imaterial que se define como a obra de um determinado autor, sua ideologia e não o livro. Da mesma forma o produto pode ser da ordem móvel como o aparelho de som, ou imóvel no caso de um terreno, uma casa, um apartamento.

É, então, perceptível que o legislador, seguindo a filosofia conceitual do código, definiu produto de forma bastante ampla com a finalidade de não deixar dúvidas sobre a natureza do bem a ser tutelado pela lei consumerista.

Neste sentido afirma o ilustre doutrinador Rizzatto Nunes que “[...] a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis[...]”.

Apesar da lei 8.078/90 considerar produto, todo e qualquer bem, material ou imaterial, de natureza móvel ou imóvel, não os conceituou. Desta forma, há utilização das definições de bem móvel e imóvel do Direito Civil.

Conceitua o novo Código Civil:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

Afirma, ainda, o doutrinador José Geraldo Brito Filomeno que: “Produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final”. Assim, todo e qualquer produto, mesmo que gratuito ou amostra grátis, está sujeito a aplicação da norma consumerista desde que satisfaça uma necessidade do consumidor.

1.3.2 Serviço

Serviço é toda e qualquer atividade, durável ou não durável, desenvolvida em favor do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor em seu art.3º, parágrafo segundo afirma que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O legislador ao inserir a expressão “mediante remuneração” quis dizer que aplica-se a Lei 8.078/90 quando houver remuneração direta ou indireta ou, ainda, quando a remuneração estiver embutida no preço final de algum produto que puder vir a acompanhar o serviço.

Assim, remuneração é o recebimento de alguma vantagem, pecuniária ou não, melhor dizendo, é qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.

Logo, para não incidir a norma consumerista será necessário que o prestador de serviços não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos ou não tenha cobrado o preço.

Torna-se fácil entender quando associamos a exemplos diários. Um técnico de informática que conserta o computador de um amigo sem cobrar nada por isso não está incluso na norma consumerista, uma vez que não recebeu nenhuma remuneração em contrapartida do conserto. Diferentemente seria se esse mesmo técnico liga para uma farmácia e é informado que a entrega é gratuita em razão do aniversário da drogaria. Neste caso a gratuidade está embutida no valor do remédio, sendo, então aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

2 – RECALL

2.1 Conceito

Recall, palavra de origem inglesa, significa chamar de volta o consumidor, tendo em vista a constatação de problemas no produto ou serviço postos no mercado consumerista, evitando, assim, a ocorrência de um acidente de consumo.

A convocação (*recall*) tem por objetivo a proteção da vida, saúde e segurança dos consumidores, que é um direito básico do consumidor previsto no art. 6º, I da Lei 8.078/90, bem como evitar ou, ao menos, minimizar prejuízos de ordem material e moral aos consumidores.

2.1.1 Recall branco

Da década de 60 à década de 90, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, os fornecedores optavam por fazer o *recall* branco. Isto quer dizer que, durante quase quarenta anos, os fornecedores preferiam trocar a peça defeituosa do produto sem informar aos consumidores e às autoridades competentes acerca do problema.

Os fornecedores se utilizavam do *recall* branco primeiramente porque, antes do Código de Defesa do Consumidor, não existia nenhuma lei regulamentando o chamamento dos consumidores em face de descoberta da alta periculosidade ou nocividade dos objetos da relação de consumo pelo fornecedor, depois porque acreditavam que os consumidores iriam pensar que seus produtos não tinham um processo de elaboração ou teste realmente eficiente.

Apesar da existência do CDC, ainda, há fornecedores que se utilizam do *recall* branco. É o caso da Mercedes Benz que está sendo investigada por supostamente realizar *recalls* brancos nos casos das Ações de Saneamento.

2.1.2 *Recall* no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, embora não use o termo inglês, prevê o instituto do *recall* em seu art. 10, § 1º, nos seguintes termos:

Art. 10.

§ 1º O fornecedor de produtos ou serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios deverão informá-los a respeito.

O CDC determina que o *recall* é um dever do fornecedor e um direito do consumidor; esclarece a maneira pela qual deve ser realizada a convocação e, por fim, atribui obrigação às autoridades de comunicar aos consumidores acerca da alta nocividade e periculosidade dos produtos ou serviços.

Como dito anteriormente, a comunicação da periculosidade e nocividade aos consumidores e autoridades competentes não é suficiente. Daí a necessidade do fornecedor chamar de volta os proprietários de produtos altamente nocivos ou perigosos para repará-los ou trocá-los ou, ainda, retirá-los do mercado de consumo.

2.1.3 *Recall* na Portaria 789/01

O Ministério da Justiça regulamentou o *recall* com a Portaria 789, de 24 de agosto de 2001, sendo, portanto, o instrumento de que dispõe a União para regulamentar a convocação dos consumidores pelos fornecedores, mas nada impede que outras entidades da Federação regulamentem, em suas respectivas áreas de atribuições, a matéria.

A Portaria prevê, em seu art. 2º, que o *recall* seja informado por escrito, às autoridades competentes, como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e aos PROCONs. O comunicado do fornecedor terá, ainda, que conter todas as informações essenciais relativas à pessoa jurídica que colocou o bem no mercado de consumo, como razão social, nome fantasia, ramo de atividade, inscrição estadual e CNPJ ou CPF.

Também deverá conter descrições sobre o defeito e risco, quantidade de produtos ou serviços envolvidos no *recall* e a periculosidade ou nocividade de produto ou serviço introduzido no mercado de consumo. Se o fornecedor tiver conhecimento da ocorrência de acidentes de consumo deverá

informar o local e data dos acidentes, destacando os prejuízos físicos e materiais sofridos, além de possíveis processos judiciais e providências adotadas.

Apesar da imposição do art. 2º da referida portaria, os fornecedores têm comunicado a periculosidade e nocividade dos objetos da relação consumerista basicamente ao DPDC e ao SDE.

Os órgãos de defesa do consumidor têm, contudo, acesso à pesquisas acerca dos dados de *recalls*, às notificações feitas pelo DPDC, aos planos de mídia dos chamamentos, aos dados de taxa de comparecimento em cada estado, ao número de veículos atendidos e quantos faltam. O DPDC ao disponibilizar estas informações aos órgãos de defesa do consumidor reforça o controle sobre a efetividade das campanhas de *recall*.

Por envolver a saúde e a segurança do consumidor, o DPDC criou o site www.mj.gov.br/recall com a finalidade de sistematizar os dados e facilitar o acesso às informações.

O fornecedor também deverá, conforme o art. 3º, informar, mediante campanha publicitária, aos consumidores a respeito do alto grau de nocividade ou periculosidade do objeto da relação de consumo.

Após a divulgação, nos veículos de comunicação, os fornecedores deverão apresentar levantamentos periódicos às autoridades competentes para que seja verificada a eficácia das medidas adotadas (art. 4º) bem como entregar ao DPDC relatório (art. 5º) no final da campanha de chamamento.

Não havendo retorno dos consumidores a convocação do fornecedor em número adequado e compatível com a finalidade proposta, poderá o DPDC, de acordo com o art. 6º, determinar novo *recall* às expensas do fornecedor.

2.2 Recall no Brasil e nos Estados Unidos: Aspecto comparativo

O advogado americano Ralph Nader ao descobrir que o Corvaire apresentava defeitos de fabricação que o tornava instável, denunciou a *General Motors*, o que culminou na criação do NHTSA (*National Highway Traffic Safety Administration*), agência reguladora especializada em segurança no trânsito e no controle de qualidade e segurança de veículos automotores. Vale ressaltar, neste âmbito, que o Brasil não possui uma agência reguladora para investigar e determinar a realização de *recalls*.

Nos Estados Unidos o NHTSA é o responsável pela fiscalização dos *recalls* no setor automobilístico, já no Brasil o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) é o responsável pelo acompanhamento e fiscalização das convocações.

É importante esclarecer que o NHTSA é especializado tão-somente em produtos da indústria automobilística ao passo que o DPDC é responsável não apenas por produtos da indústria automobilística, mas também por diversos outros produtos, além do dever de planejamento, coordenação, elaboração e execução da política nacional de proteção do consumidor.

Outro ponto a ser ressaltado é que no Brasil o DPDC toma ciência dos defeitos graves dos produtos mediante informações dos fornecedores, enquanto nos Estados Unidos, além dessa comunicação espontânea, a agência norte-americana detém sistema de testes de segurança e profissionais qualificados no controle de qualidade e segurança dos produtos, sendo, portanto, possível detectar falhas técnicas preventivamente. O NHTSA independe, assim, da manifestação do fornecedor acerca da alta periculosidade ou nocividade dos produtos.

Outra diferença entre o Brasil e os Estados Unidos é o quantum indenizatório devido às vítimas de acidentes automobilísticos ocasionados por defeito de fabricação, pois na justiça norte-americana os fabricantes são condenados a indenizações altíssimas, chegando ao ponto de comprometer a estabilidade econômica do fornecedor. No Brasil, todavia, as indenizações são modestas, pois não tem caráter punitivo, como nos Estados Unidos.

Depreende-se das comparações que o único aspecto positivo do Brasil em relação aos Estados Unidos diz respeito à abrangência das convocações. Nos demais aspectos o *recall* é bastante limitado.

Tomando-se por base os Estados Unidos, o Brasil deveria criar uma agência reguladora especializada na identificação de defeitos graves de modo a evitar que a saúde e a segurança dos consumidores fiquem a mercê dos fornecedores, que no mais das vezes preocupam-se tão-somente com auferição de lucros, sem levar em consideração os danos materiais e morais que podem ocasionar aos consumidores e terceiros.

2.3 Modos de efetuar o *recall*

O art. 10, § 2º da Lei 8.078/90 dispõe: "Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço".

E, ainda, diz o art. 3º, § 3º da portaria 789/01:

Para informar aos consumidores sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço, além dos anúncios publicitário, poderá o fornecedor utilizar-se de outros instrumentos que entender aplicáveis ao caso, como correspondência, anúncios via internet, avisos por telefone, dentre outros.

O fornecedor para efetivar o *recall* deverá se utilizar não somente dos anúncios publicitários, mas também de instrumentos que entender cabíveis ao caso concreto. Em outras palavras, as empresas informarão aos consumidores a periculosidade ou nocividade dos produtos ou serviços por meio da televisão, rádio e veículo impresso. Além destes meios, os fornecedores poderão convocar os consumidores via correio, telefone e internet.

Deve-se, portanto, fazer uma interpretação extensiva do Código de Defesa do Consumidor para que se alcance o real objetivo da norma que é encontrar o adquirente do produto ou serviço defeituoso para que o defeito seja sanado.

Todavia, muitas empresas não mencionam a existência de *recall*, mesmo quando a campanha está em andamento, utilizando os sites apenas para promover a qualidade de seus produtos e serviços.

2.4 Recall: muitos são chamados, poucos comparecem.

O Código de Defesa do Consumidor e a portaria 789/01 impõe aos fornecedores a comunicação as autoridades competentes – DPDC, SDE, PROCONs - e aos consumidores, por meio de anúncios publicitários veiculados na imprensa, rádio e televisão, acerca da periculosidade e nocividade dos produtos ou serviços assim que tomarem conhecimento do fato.

A campanha publicitária deverá informar ao consumidor o defeito e o risco decorrente ou que pode decorrer do produto ou serviço defeituoso, devendo, pois ser dimensionada de modo a atingir a gama de consumidores adquirentes dos produtos ou serviços, objeto da convocação.

Apesar da imposição legal dos parágrafos segundo e terceiro do art. 3º da portaria 789/01, verifica-se que a maioria dos comunicados de recall não chegam ao conhecimento dos consumidores, conforme demonstrado pelo baixo índice de comparecimento.

Os fornecedores ao estipularem prazos para as campanhas de chamamento, induzem os consumidores a pensarem que não trata de risco iminente ou terem a impressão equivocada de que perderam o direito de fazer o reparo sem ônus, contribuindo, portanto, para o elevado índice de não comparecimento.

O percentual muito baixo do real também é reflexo da falta de conhecimento dos consumidores de que o *recall* está em curso, isto porque a convocação dos fornecedores é discreta e restrita a um pequeno número de inserções nos meios de comunicação social, como jornais, rádios e televisão.

Os fornecedores, como se pode verificar, não têm interesse no comparecimento dos consumidores ao *recall*, já que a presença do mesmo acarreta grandes dispêndios para a empresa. Os fornecedores visam tão-somente cumprir a exigência legal para não sofrer as penalidades.

2.5 Recall teoricamente gratuito

Para a maioria dos doutrinadores o *recall* é gratuito, ou seja, corre às expensas do fornecedor. Mas, conforme o ensinamento de Rodolfo Alberto Rizzoto, se tratar-se de convocação de veículos automotores essa gratuidade inexistente em virtude dos dispêndios arcados pelo consumidor com o deslocamento do automóvel à concessionária mais próxima, já que os reparos não podem ser feitos na oficina de sua cidade.

Além dos referidos gastos, o consumidor, para atender ao chamamento, terá que deixar de cumprir os deveres relativos à sua profissão, sem contar com a sensação desconfortável de perigo iminente durante a viagem.

Assim, a gratuidade, na prática, diz respeito tão-somente aos itens: mão-de-obra e peças. Mas, de acordo, ainda, com o ilustre autor do livro “*Recall – 4 milhões de carros com defeito de fábrica*”, o consumidor poderá mudar o atual estado das coisas desde que requeira do fornecedor o ressarcimento das despesas com deslocamento ou exija que o fornecedor providencie o deslocamento do seu veículo e disponibilize outro durante o tempo em que o seu estiver para reparos nas hipóteses em que atender ao *recall* acarreta onerosidade excessiva bem como requisito na justiça o seu direito, caso o fornecedor não atenda a solicitação.

Os fornecedores, segundo a Lei 8.078/90, são responsáveis pelos defeitos dos seus produtos e serviços, por tal razão têm o dever de consertá-los gratuitamente. Mesmo assim, o consumidor poderá adentrar com a ação de responsabilidade civil por perdas e danos, se em decorrência do *recall*, ocorrer algum prejuízo material ou moral, isto porque a reparação de danos é um direito básico do consumidor, previsto no art. 6º inciso VI, já visto no tópico 3.7. Ademais, se o consumidor utiliza o produto como instrumento de trabalho ou, ao menos, como meio de obtenção de renda extra poderá entrar também com ação por lucros cessantes.

Comungamos, portanto, com o entendimento do referido autor, pois não apenas os consumidores residentes nas grandes cidades ou capitais têm direito a *recall* gratuito, mas também aqueles domiciliados nas pequenas cidades. Todavia, nesta hipótese, o consumidor, na maioria dos casos, terá que adentrar na justiça para requerer o ressarcimento das despesas para o atendimento do *recall*.

2.6 O consumidor negligente

Se por um lado muitos consumidores não tomam conhecimento do *recall*, outros deixam de comparecer por negligência, ou seja, não atendem ao chamamento, embora tenham ciência.

Coloca-se, pois, em discussão a questão de saber se a iniciativa do fornecedor em promover o *recall* elide ou não à responsabilidade por dano que venha a ocorrer posteriormente à convocação.

Cabe, primeiramente, enfatizar que o Código de Defesa do Consumidor, como já dito, adota a responsabilidade civil objetiva, ou seja, basta o nexos de causalidade entre a atividade e o prejuízo para que o fornecedor assuma o ônus da reparação dos danos materiais ou morais ocasionados ao consumidor.

Apesar do Código de Defesa do Consumidor ter adotado a responsabilidade sem culpa, previu hipóteses de exclusão de responsabilidade por fato do produto ou serviço nos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 que assim dispõem:

Art. 12.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Art. 14.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O fornecedor ao promover o *recall* admite, assim, ter posto no mercado de consumo o produto bem como confirma a existência de defeito do produto ou serviço. Em razão do defeito presente nos objetos da relação do consumo não há que falar também em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, mas em culpa concorrente.

Daí, pode-se concluir que a comunicação da alta periculosidade e nocividade do produto ou serviço à saúde e segurança do consumidor, na forma do art. 10, § 1º do CDC, não exime o fornecedor da responsabilidade decorrente do acidente de consumo.

Logo, a imposição do art. 10, § 1º do Código de Defesa do Consumidor não visa diminuir a responsabilidade do fornecedor pelos eventos posteriores aos anúncios publicitários, mas apenas minimizar a repercussão danosa do produto ou serviço, ou seja, objetiva impedir que um grande número de consumidores venham sofrer conseqüências, muitas vezes fatais.

2.7 Recall tem prazo determinado

A portaria 789/01 diz em seu art. 7º que “o fornecedor não se desobriga da reparação ou substituição do produto ou serviço mesmo findo prazo da campanha de chamamento”.

O fim da campanha de chamamento não exime, pois, o fornecedor de substituir ou reparar o objeto da relação consumerista. Ocorre que alguns doutrinadores, baseado no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, alega que a responsabilidade pelo defeito persiste somente por cinco anos, cuja contagem do prazo começa com a verificação do acidente de consumo e de sua autoria; outros defendem a inexistência de prazo determinado, tendo em vista o CDC que obriga o fornecedor apenas a fazer o chamamento dos consumidores, mas não fixa tempo para a apresentação do produto ou serviço.

O DPDC esclarece em seu site na internet que:

Enquanto houver no mercado produtos que apresentem os problemas que levaram ao chamamento, o fornecedor será responsável por sua pronta reparação, sem qualquer ônus para os consumidores, ainda que a campanha de chamamento estipule prazo para seu encerramento”.

A advogada Márcia Trevisoli citada por Érica Pólo, expressando entendimento contrário, diz que:[...] uma cláusula do Código Civil sobre direitos pessoais prevê prazo de 5 anos, a partir da data da ocorrência do fato, para que o consumidor exija seus direitos.

O art. 27 da Lei 8.078/90 versa sobre a prescrição quinquenal. Primordialmente se faz necessário conceituar prescrição. Prescrição é, pois, a perda do direito de ação pelo consumidor em virtude de não tê-lo exercido em tempo hábil.

Acreditamos que o direito à reparação e substituição do produto ou serviço prescreve em cinco anos, iniciando-se a contagem do prazo quando o consumidor tomar conhecimento do acidente de consumo e de sua autoria.

Comungamos com tal entendimento em virtude de no Brasil não existir nenhuma pena perpétua. Assim, não deve o fornecedor que colocou no mercado consumerista produto ou serviço nocivo ou perigoso sem ter ciência de tal nocividade ou periculosidade ser punido pela negligência do consumidor durante tempo indeterminado.

2.8 Maneiras de aumentar o comparecimento aos *recalls*

Os fornecedores, para aumentar o comparecimento aos chamamentos realizados para sanar o defeito dos produtos ou serviços, deveriam, nos avisos de *recall*, esclarecer, de maneira clara e precisa, o defeito que motivou a convocação bem como o risco à segurança e à saúde dos consumidores e terceiros (art. 3º, § 2º da portaria 789/01), pois a, tão praticada, publicidade do comunicado sobre *recall* para cumprir a determinação legal do art. 10, § 1º do CDC não é suficiente.

Para informar aos consumidores o defeito e risco do produto ou serviço os fornecedores utilizam linguagem técnica, contudo deveriam usar linguagem fácil para que um leigo de inteligência mediana pudesse compreender as graves implicações a sua saúde e segurança, elevando, conseqüentemente, o nível de comparecimento às convocações.

Os fornecedores, para aumentar o índice de comparecimento aos *recalls*, deverão, também, divulgar a lista de seus chamamentos para que os proprietários, os adquirentes dos produtos usados, as concessionárias, enfim todos os interessados tomem conhecimento do *recall*.

Visando impedir a circulação de veículos com defeito de fabricação, sugerimos ao DPDC o fornecimento da lista de *recalls* ao DENATRAN para que este informando aos DETRANs possam proibir a circulação e a renovação de licença dos automóveis que não tenham comparecido ao chamamento. O DPDC tomando esta atitude contribuiria para que não houvesse venda de veículos com defeitos graves de fabricação.

Os fornecedores de veículos automotores devem, por fim, estabelecer convênio com oficinas municipais, a fim de facilitar o atendimento a convocação nas localidades onde inexista concessionária e evitar onerosidade excessiva para os consumidores.

O DPDC e os fornecedores seguindo tais orientações farão com que o comparecimento ao *recall* seja extremamente maior que o atualmente registrado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo aqui elaborado, pôde-se depreender que o Código de Defesa do Consumidor não exige a segurança absoluta dos objetos da relação consumerista, mas apenas a segurança legitimamente esperada pelos consumidores, já que o próprio legislador admite, nos arts. 8º e 9º, a inserção de produtos ou serviços que acarretam riscos normais, previsíveis e potenciais, embora com algumas imposições. Também foi possível concluir que a comunicação dos *recalls* é ineficaz, pois os fornecedores, para preservarem a sua imagem perante a opinião pública, preocupam-se tão-somente com o atendimento da imposição legal, sem levar em consideração o perigo e a nocividade que seus produtos causam à saúde e à segurança dos consumidores e de terceiros.

Apesar de o fornecedor comunicar aos consumidores, ao DPDC e SDE sobre os riscos e defeitos graves do objeto da relação de consumo, bem como chamar os consumidores para reparar os defeitos, será responsabilizado por prejuízos materiais e morais causados ao consumidor após a convocação, pois a responsabilidade adotada pela Lei 8.078/90 é objetiva.

Para que o *recall* possa vir a ser persuasivo, necessitar-se-á não apenas conscientizar os fornecedores do valor do *recall* para a sociedade, mas também mostrar aos consumidores seus direitos e a importância do comparecimento ao chamamento.

Os fornecedores, neste diapasão, poderiam divulgar na *internet* a lista de recalls para que todos os interessados tomassem conhecimento do chamamento, bem como poderiam estabelecer convênios com as oficinas municipais para que não houvesse necessidade de deslocamento do consumidor para a concessionária mais próxima. E, ainda, deveria dar publicidade aos *recalls* da mesma maneira que divulga seus produtos ou serviços e não de forma discreta e restrita, como atualmente ocorre.

O consumidor, ao ter consciência do risco à saúde e segurança que estaria correndo, compareceria mais eficazmente às convocações e evitaria acidentes de consumo, tão frequentes na atualidade.

Em virtude da relevância do *recall*, o DPDC deveria fiscalizar melhor o comunicado dos *recalls* feitos pelos fornecedores, pois estes, muitas vezes, utilizam-se de linguagem técnica para informar aos consumidores o defeito e o risco do produto ou serviço.

No que diz respeito à indústria automobilística, seria preciso também que o DPDC encaminhasse a lista de *recalls* de veículos ao DENATRAN para que este pudesse impedir a circulação de automóveis com *recall* pendente, pois impedir um veículo de trafegar por estar com o extintor de incêndio fora do prazo de validade, proibir a renovação do licenciamento por pendência de multa e possibilitar a circulação de automóvel com *recall* pendente é um contra-senso, já que naquelas hipóteses não há qualquer perigo à segurança dos consumidores e de terceiros.

A inspeção veicular, sugerida pelo Diretor do DENATRAN, não seria eficiente, pois não impediria que carros novos e semi-novos, que tivessem sido objeto de convocação, circulassem com defeito grave.

Embora de extrema valia, a criação de uma agência reguladora especializada na identificação de defeitos graves em automóveis e em produtos da indústria de autopeças não será uma realidade brasileira, pois o DPDC mal consegue desempenhar suas atribuições em virtude do mal que avassala os órgãos públicos em geral, qual seja: carência de recursos materiais e humanos.

Para que se alcance o real objetivo do legislador, qual seja, evitar danos, muitas vezes fatais, aos consumidores e a terceiros, deverá haver colaboração dos sujeitos da relação consumerista – fornecedores e consumidores-, do DENATRAN, DETRANs, do DPDC, do SDE, dos PROCONs e das demais autoridades competentes.

Pelo exposto, espera-se que a presente monografia tenha contribuído com a comprovação do objetivo que se buscou alcançar, qual seja, expor a proibição da comercialização de produtos e serviços altamente nocivos e perigosos à saúde e segurança, mencionar a obrigação do fornecedor ao descobrir a alta nocividade e periculosidade do produto ou serviço posto no mercado de consumo, mostrar ao consumidor a importância do atendimento ao chamamento, enfim, alertar às autoridades competentes no que diz respeito à forma utilizada pelos fornecedores para comunicar aos consumidores sobre os riscos e defeitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BASTOS, Rodrigo Garcia. **Dos produtos e serviços gratuitos e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6605>. Acesso em: 18 ago. 2006.
- BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor** – Nova ed. rev. atual. e ampl. com o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2003.
- BRASIL. **Código Civil**. Legislação complementar fundamental. Organização Equipe América Jurídica. Rio de Janeiro, 2005.
- _____. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado,1988.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em: _____.
- _____. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 789 de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: <<http://www.decon.ce.gov.br/portarias/port789.htm>>. Acesso em: _____.
- DANUCCI, Daniel D. **Como identificar uma relação de consumo** <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=688>>. Acesso em: 2 de ago. 2006.
- EFING, Antônio Carlos. **Direito do Consumo 2**. Curitiba: Juruá,2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS, Antônio Herman de. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. ver. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n.3, p. 44-47, set/dez. 1992.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **CDC Interpretado**. São Paulo: Saraiva. 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005.

RETTMANN, Solange. **Do consumidor equiparado a bystander**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4338> Acesso em: 23 ago. 2006.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 4.ed. atual. de acordo com o CC de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. V.4.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA PARAÍBA:
A Problemática da Notória Especialização nos Julgamentos da
Inexigibilidade de Licitação.

Josivaldo Felipe Santiago*

Professor Esp. Ricardo Berilo Bezerra Borba**

RESUMO: Cabe ao particular contratar da forma que a lei não proíba. Cabe ao administrador público convencionar da forma disciplinada na lei. Com base nessa informação, o legislador irá contratar por meio da inexigibilidade de licitação, albergado na Lei das Licitações (8.666/93). Feita a contratação, cabe a fiscalização ao Tribunal de Contas do Estado que irá analisar se a notória especialização foi respeitada dentro dos parâmetros legais, permitindo inferir se o trabalho daquele profissional é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A análise em tela dirige-se a visualizar a situação desse tipo de contratação especificamente na Corte de Contas paraibana estabelecendo parâmetros nas análises das câmaras e uniformizando entendimentos por meio do tribunal pleno.

Palavras-chave: Tribunal de Contas do Estado. Inexigibilidade de Licitação. Notória especialização. Lei das Licitações.

ABSTRACT: It is for the private hire of the way that the law does not prohibit. It is up to the administrator of the public agree disciplined manner in the law. Based on this information, the legislature will contract by bidding unenforceability, housed in the Bidding Law (8.666/93). Made hiring, supervision falls to the Court of Auditors that the State will consider whether the recognized expertise was respected within the legal parameters, allowing to infer if the professional work that is arguably the most essential and appropriate to the full satisfaction of contract. The review screen turns to view the situation of this type of contract in the Court of Auditors specifically paraibana setting parameters in the analysis chamber and standardizing understandings through the full court.

Key words: Court of the State. Unenforceability of bidding. recognized expertise. Law of bids.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tribunal de Contas: o desconhecido. 3 Evolução dos Tribunais de Contas no tempo. 4 A verificação da notória especialização conforme artigo 25, § 1º da Lei 8.666/93. 5 A possibilidade de contratação de Advogados sem a realização de concurso público. 6 Decisões dos Tribunais pátrios e do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. 6.1 Decisões do Tribunal de Contas da União – TCU. 7 Uso da inexigibilidade de licitação na contratação direta de escritórios de advocacia. 8 Regramento do artigo 13 da Lei 8.666/93. 9 Da jurisprudência do Poder Judiciário. 10 Considerações finais. Referências.

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professor orientador

1 Introdução

A população brasileira como um todo e em especial a paraibana, espera dos seus governantes eleitos por meio do voto direto, a responsabilidade, a eficiência e uma boa conduta nos modos de conduzir as receitas e despesas do estado. Todo o dinheiro arrecadado pelo governo seja de impostos que pagamos, quando, por exemplo, compramos alguma mercadoria, seja de taxas e contribuições, são destinados a custear a máquina estatal.

Preocupados com o destino a ser dado aos impostos e taxas, a nossa lei máxima (Constituição Federal de 1988) nos revelou que todo administrador público que arrecade, utilize dinheiro público, deve prestar contas a um órgão denominado Tribunal de Contas. Este órgão é responsável por fiscalizar as receitas e despesas de quem utilize, arrecade ou gaste recursos do estado.

No entanto, a Constituição Federal por si só não consegue abarcar todos os pontos a serem alcançados dentro de um estado de direito. Baseado nesse fato é dado à lei infraconstitucional estabelecer, detalhar parâmetros que possam exprimir de forma minuciosa como o administrador público poderá agir no seu dia a dia, visto que ele só pode fazer o que está escrito na lei. Se não está escrito na lei, o que ele vier a fazer é ilegal e cabe penalidade para tal ato.

O legislador, então, nos deu de brinde a Lei 8.666/93, com o objetivo de regulamentar o artigo 37 da Carta Magna e com a finalidade de instituir normas para licitações e contratos da administração pública.

Visto sob este prisma, quem quiser contratar com a administração pública deve se submeter a um processo chamado licitação. O particular entra em um processo aonde apresenta os seus documentos ao órgão público contratante, sejam estes documentos pessoais ou empresariais e concorre a fazer determinado trabalho/atividade ou venda de materiais para o estado. De acordo com a proposta apresentada o particular pode contratar ou não com o setor público. Alguns requisitos são essenciais, como estar em dia com suas obrigações, exemplo impostos estatais, e, ainda, mostrar que tem condições de executar aquela obra a que se dispõe fazer.

Fruto dessa preocupação o autor do presente projeto de pesquisa foi buscar nos arquivos de processos julgados do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, todas as decisões que dizem respeito, especialmente, ao que elenca o art. 25, § 1º da Lei 8.666/93 quando especifica a questão da notória especialização. Para esta lei, notória especialização seria aquele profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorre de

desempenho anterior, permitindo inferir que o trabalho daquele profissional é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ressalte-se que o estudo em tela se aprofundará em discutir se determinado profissional ou empresa considerados como de notória especialização está ou não dispensado de participar de licitação. Estaria o estado apto a contratar o profissional/empresa cujo conceito se enquadra como de notória especialização? A questão é bastante controversa e há julgados com posicionamentos bastante divergentes.

O profissional/empresa a ser considerado nesta pesquisa é o Advogado visto ser o profissional com maior número de contratações por meio da inexigibilidade de licitação. Poderíamos ainda pensar porque não contratar com o devido concurso público de provas ou de provas e títulos que seria a forma mais eficaz para contratar um profissional na atividade pública. A realidade é que usualmente encontramos o instituto de inexigibilidade sendo usado para tal prática de contratação.

A contratação com o dinheiro do povo deve, antes de mais nada, respeitar a decisão popular e respeitar os ditames da legislação pátria, para tanto, o administrador deve atuar em harmonia com aquilo que a população espera, manifestando-se em suas decisões, de forma clara e contratando não apenas o melhor profissional/empresa, mas, também, obedecendo à Lei 8.666/93.

Oportuno indagar se é legal a Administração Pública contratar um profissional ou empresa da área de contabilidade/advocacia sem o devido processo licitatório exigido por meio da Lei 8.666/93 apenas por questão da notória especialização, como ainda, saber se não estaria a lei das licitações sendo benevolente com os que detêm nome no mercado e deixando os novos advogados à mercê dos grandes escritórios.

A contratação do advogado deve ser realizada pela Administração Pública com base no art. 25, § 1º da Lei 8.666/93, com respeito à notória especialização daquele profissional ou daquela empresa, este foi por algum tempo o pensamento da 1ª Câmara (composta por 3 Conselheiros) do Tribunal de Contas da Paraíba pela legalidade da inexigibilidade de licitação.

Deve o Tribunal de Contas da Paraíba julgar pela irregularidade da inexigibilidade de licitação que traga em seu bojo contratações sem o devido procedimento licitatório, deixando, dessa forma, espaço para que novos profissionais consigam adentrar no mercado de trabalho sem maiores dificuldades, este foi o pensamento por algum tempo da 2ª Câmara (composta por 3 Conselheiros) do Tribunal de Contas da Paraíba.

O advogado não deveria ser contratado com base na inexigibilidade de licitação e sim por meio do devido concurso público de provas ou de provas e títulos, respeitando, assim, o princípio da impessoalidade, poderiam pensar outros.

No entanto, visando uniformizar o entendimento o questionamento foi levado ao Tribunal Pleno (composto pelos sete Conselheiros), tendo este entendido que que cabia razão à 1ª Câmara e este tem sido o entendimento nos processos atuais.

O assunto é bastante relevante para futuros estudos, pois tende a observar o posicionamento dos diversos administradores públicos no vasto território paraibano, a respeito do tema, principalmente porque agregará estima jurídica não só para o autor, mas também para os que desse estudo tirarem proveito.

Nesta acepção o projeto de pesquisa que ora proporciono visa trazer um panorama fidedigno do atual posicionamento e quais decisões, em sua grande maioria, estão sendo tomadas, neste caso específico, pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

2 Tribunais de Contas: o desconhecido

Os Tribunais de Contas tem em sua essência, conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, diversos tipos para os quais guardam atribuições diversas com nomenclaturas bastante semelhantes, chegando, muitas vezes, a confundir o leigo.

São eles:

- a) Tribunal de Contas da União;
- b) Tribunal de Contas do Estado;
- c) Tribunal de Contas do Distrito Federal;
- d) Tribunal de Contas do Município;
- e) Tribunal de Contas dos Municípios.

A princípio a Carta Magna trata do Tribunal de Contas da União. Este tribunal tem a responsabilidade da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial **da União** e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Por simetria os demais tribunais acima citados têm a mesma atribuição, apenas alterando a responsabilidade, qual seja, alterando-a para Estado, Distrito Federal, Município ou Municípios.

Percebe-se que, ao longo dos tempos muitos têm confundido o Tribunal de Contas do Município com o Tribunal de Contas de Contas dos Municípios.

O Tribunal de Contas do Município tem a atribuição da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de um determinado município e apenas dele e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Podemos citar como exemplo o Tribunal de Contas do Município de São Paulo e o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Esses tribunais fiscalizam apenas os Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro.

A nomeação dos Conselheiros, num total de sete, realiza-se da seguinte forma:

- a) 01 (um) conselheiro é de livre escolha do Prefeito daquele município.
- b) 02 (duas) vagas são do próprio tribunal, dentre auditores e procuradores, alternadamente;
- c) 04 (quatro) vagas são de livre escolha da câmara municipal.

Por outro lado, o Tribunal de Contas dos Municípios é um órgão estadual e não municipal como o Tribunal de Contas do Município.

A atribuição do Tribunal de Contas dos Municípios é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos municípios de um determinado estado e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Os Conselheiros são nomeados, obedecendo ao seguinte rito:

- a) 01 (uma) vaga de conselheiro é de livre escolha do Governador daquele estado específico.
- b) 02 (duas) vagas são do próprio tribunal, dentre auditores e procuradores, alternadamente;
- c) 04 (quatro) vagas são de livre escolha da Assembleia Legislativa.

O Tribunal de Contas dos Municípios fiscaliza todos os municípios do estado, e no estado em que há esse tribunal, cabe ao Tribunal de Contas do Estado a fiscalização apenas

dos recursos do estado. Onde não há esse tribunal, o Tribunal de Contas do Estado fiscaliza os recursos financeiros, também, de todos os municípios daquele estado.

Cabe observar, ainda, que o Tribunal de Contas dos Municípios não pertence ao Poder Legislativo e sim ao Poder Executivo, cabendo, portanto, ao Tribunal de Contas do Estado analisar sua prestação de contas anual.

3 Evolução dos Tribunais de Contas com o tempo

Os Tribunais de Contas tem, com o passar dos anos e das diversas constituições republicanas pelas quais passamos evoluído de forma significativa.

Suas origens ocorrem no Erário Régio ou Tesouro Real Público, criado em 1808, pelo então Príncipe-Regente Dom João. Contudo, sua instituição se deu, somente, no início do período republicano, por meio de projeto de lei de autoria de Manuel Alves Branco, que resultou no Decreto-Lei nº 966-A, de 07/11/1890, regulamentado posteriormente por influência política de Rui Barbosa.

De acordo com o Parecer PPL-TC- 267/2011, implantado quando da análise da Prestação de Contas Anual da Prefeitura de Santana de Mangueira, exercício de 2009, o Relator destaca que, *em 1891, o Tribunal de Contas passou a ter status constitucional, como se verifica no art. 81 da então Carta Magna, verbis:*

Art. 81 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

Desde aquele remoto passado até a época contemporânea, os Tribunais de Contas ganharam fortes e respeitáveis competências e atribuições, notadamente, pela Constituição de 1988, batizada pela alcunha de Cidadã por Ulisses Guimarães, tornando-os Organismos indispensáveis ao pleno exercício do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Neste diapasão, ao se defrontar com a Prestação Anual de Contas dos Chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - momento em que o gestor é vem fazer prova do bom e regular uso dos recursos públicos postos a sua disposição, o Tribunal de Contas respectivo deve exercê-lo com propriedade, no âmbito de sua função (controle externo), duas de suas principais competências.

Primeiramente, auxiliando o Legislativo, porém, nunca a ele subordinado, aprecia as contas do gestor e, sobre estas, emite Parecer (CF-Art. 71), o qual servirá de lastro para o julgamento político dos atos de gestão pelos Membros componentes do Congresso Nacional

(União), das Assembleias Legislativas (Estaduais), da Câmara Legislativa (Distrito Federal) e da Câmara Municipal (Municípios), vejamos:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

Ainda analisando a Prestação de Contas anual da Prefeitura de Santana de Mangueira, exercício 2009, o relator entende que:

“julga os atos emanados pelo administrador público na condição de ordenador de despesas, ao atestar se este pautou suas ações gerenciais fundadas nos princípios norteadores da Administração Pública, esculpido, explicita ou implicitamente, na Carta Maior, notadamente, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Economicidade e Eficiência, conforme letra do Art. 37 da Carta Magna de 1988.

O Decisum, emanado pelas Cortes de Contas, guarda em si tamanha força que, no mérito, não está sujeito à reapreciação/modificação pelo Judiciário.

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

No âmbito da União Federal o Tribunal de Contas da União é integrado, conforme previsão do Art. 73 da Carta Política, por nove Ministros, nomeados dentre brasileiros com mais trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Os Ministros são escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento e dois terços pelo Congresso Nacional, conforme prevê o § 2º, incisos I e II do Art. 73 da Constituição Federal.

Diametralmente à Carta Federal, a Constituição do Estado da Paraíba traz em seu bojo que os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, são em número de sete, conforme Art. 73, § 2º, incisos I e II:

Art. 73.

§ 2º Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão escolhidos:

- I – três pelo Governador do Estado, com aprovação da Assembleia Legislativa, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;
- II – quatro pela Assembleia Legislativa.

Conforme consta do portal do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, este foi instalado no dia 1º de março de 1971, conforme previsão da Lei de nº 3.627 de 1970, tendo suas atividades disciplinadas inicialmente por meio de resoluções e em 1986 foi editado o primeiro Regimento Interno da Corte paraibana. Hodiernamente o Tribunal de Contas paraibano conta com a modernização da estrutura de informática e procede mediante a ajuda do processo eletrônico, dando grande agilidade na fiscalização orçamentária dos seus jurisdicionados.

4 A verificação da Notória Especialização conforme Art. 25, § 1º da Lei 8.666/93

A Lei 8.666/93, no intuito de regular a notória especialização como hipótese de contratação sem licitação, forma o art. 25, inciso II, a Inexigibilidade de Licitação nos seguintes termos:

Para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Conforme se depreende da leitura do texto normativo acima transcrito, a base legal para se efetivar a contratação direta com amparo na notória especialização do prestador, decorre do nível de qualificação e de capacitação que se presta, de forma irrefutável, a diferenciá-lo dos demais profissionais que operam naquela área específica ou num determinado segmento de mercado, o que dar ao profissional uma inquestionável condição individualizada.

O § 1º do Art. 25 da Lei 8.666/93 no traz norma regulamentar da notória especialização ao registrar:

"... Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato".

A apreciação do que seja um profissional, com o objetivo de caracterizar a notória especialização, será medido com assistência nos parâmetros da disposição legal, levando em

consideração o grau de especialização do prestador, sua experiência pretérita, sua qualificação e, ainda, o nível de aperfeiçoamento e aparelhamento.

O administrador público precisa ter conhecimento, todavia, que a norma elencou rol puramente exemplificativo, sem esgotar a condição do venha a ser notoriedade do profissional qualificado para as funções os quais será contratado.

A Lei 8.666/93 quando retrata e reproduz o artigo 25, II, *serviços técnicos profissionais especializados*, faz referência abertamente às atividades que estão elencadas no rol exemplificativo do art. 13, concernentes a: estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Num olhar mais apurado em seu sentido ordinário, cada vocábulo que compõe a dicção *notória especialização*, torna-se possível, de antemão, prever a acepção conferida, o que facilita o emprego em face da situação concreta. O *notório* é entendido como aquilo que é do conhecimento de todos, que é público. A *especialização* é o ato ou decorrência de particularizar, individualizar, seguir uma singularidade, peculiaridade, abalizar.

Portanto, será especializado aquela empresa ou aquele profissional cuja qualificação por si orbita, que usufrui de alto conceito o diferenciando dos demais daquela área específica de segmento. É um profissional diferenciado, é aquele respeitado por todos.

Celso Antonio Bandeira de Melo (2008, p. 540) indaga se:

Basta que o serviço esteja arrolado entre os previstos no art. 13 e que o profissional ou empresa sejam notoriamente especializados para que se configure a inexigibilidade da licitação, ou é necessário algo mais, isto é, que nele sobreleve a importância de sua natureza singular? Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado “de natureza singular”, logo após a referência feita aos serviços arrolados no art.13.

O referido autor aprofunda mais o assunto quando se refere ao que seria o contrário da notória especialização quando revela:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caixas esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

Numa visão também pertinente ao abordar o assunto, nos afirma Helly Lopes Meirelles a respeito da notória especialização:

"é o reconhecimento público da alta capacidade profissional. Notoriedade profissional é algo mais que habilitação profissional. Esta é a autorização legal para o exercício da profissão; aquela é a proclamação da clientela e dos colegas sobre o indiscutível valor do profissional na sua especialidade. Notoriedade é, em última análise, para fins de dispensa de licitação, a fama consagradora do profissional no campo de sua especialidade. O Estatuto baseia a notória especialização no "conceito", isto é, na boa reputação, na boa fama, na consideração, no respeito, no renome que distingue o profissional ou empresa "no campo de sua especialidade", e indica alguns requisitos objetivos para a sua aferição - desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica - mas sem tolher a liberdade de a Administração louvar-se em outros, relacionados com as atividades do futuro contratado (Decreto-lei nº 2.300/86: art. 12, parágrafo único).

Deve ser observado, ainda, que a notória especialização no instituto aqui debatido diz respeito a trabalho marcado por características individualizadoras.

ADILSON ABREU DALLARI assim diz:

Não se pode confundir notoriedade com popularidade. Não é necessário que o contratado seja tido como reconhecidamente capaz pelo povo, pela massa, pelo conjunto dos cidadãos, pela coletividade. Basta que isto aconteça no âmbito daquelas pessoas que operam na área correspondente ao objeto do contrato.

5 A possibilidade de contratação de Advogados sem a realização de concurso público

A Lei 8.666/93 prescreve a forma de como deve se comportar o administrador público quando estiver diante de situação em que exija contratação por meio da inexigibilidade de licitação, especialmente de advogado, senão vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Boa parte da doutrina especializada em licitações e contratos traz em seus ensinamentos a demanda do desenvolvimento do que poderia ser a notória especialização e dos serviços de natureza singular.

Partindo para além da obrigação do serviço técnico incluir-se no rol do artigo, faz-se necessário, também, que o objeto constitua da singularidade e a notória especialização daquele que vem prestar o serviço ao administrador público. Presentes os três requisitos de forma cumulada, estará configurada a inexigibilidade. Ao conhecer a natureza da prestação

determinada pelos serviços técnicos profissionais especializados, esses conhecimentos vão refletir na habilidade subjetiva da transformação da ciência teórica em uma solução prática voltada para a administração pública.

De início, tem-se a reivindicação da singularidade do objeto. Singular é a natureza daquele serviço prestado, e não a quantidade específica de pessoas certificadas e competentes para a sua execução de forma satisfatória. Essa natureza singular distingue-se como uma situação atípica e impossível de ser avocada de forma satisfatória por outro profissional especializado.

O mestre Marçal Junten Filho (2005, p.283) assim leciona:

A natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão.

Seguindo o entendimento esposado, o serviço técnico especializado e singular, com possibilidade de contratação direta pela Administração será aquele que demonstre o somatório dos fatores a seguir especificados:

- a) grau de especialização elevado e determinado previamente;
- b) característica de diferenciar-se dos demais serviços;
- c) que o contratado apresente um produto final fielmente cumprido de forma heterogêneo, com natureza diferenciada.

A singularidade do serviço, portanto, é característica de um serviço ou produto não corriqueiro, comum. Há que se observar a imperiosa necessidade do serviço, como também o seu grau de complexidade alicerçado numa preponderante necessidade pública para que se para não haver a necessidade de se licitar e sim fazer uso do instituto da inexigibilidade de licitação.

A notória especialização seria, para alguns doutrinadores, um serviço inédito, único, de difícil realização e que só poderia ser realizado por pessoa determinada.

O Brasil, por sua extensão territorial e conter especialização em diversas áreas nos contempla com um número inquestionável de cursos jurídicos espalhados pelo país, o que é salutar pensar que, dentre esses milhares de aplicadores do direito, com absoluta certeza, devem se sobressair centenas e centenas desses.

Discute-se, se é aquele profissional de notória especialização de um município, do estado ou de uma determinada região polarizada por uma metrópole ou, ainda, pela sua

dedicação em um ramo específico do direito pátrio. Seria ele de notória especialização, vale lembrar, no serviço público.

A notória especialização não se configura como causa de conformação da inexigibilidade de licitação, mas sim de eleger, selecionar o profissional a ser contratado. Essa contratação é feita de forma direta devido à impossibilidade de critérios objetivos de julgamento e, ainda, devido à carência da disponibilidade de profissionais capacitados naquele momento específico em relação àquele ramo do direito que o administrador pretende adentrar.

Na busca do implemento do serviço de natureza singular, a lei determinou, trouxe à baila a notória especialização, havendo o administrador de observar a necessidade de dois requisitos de forma conjugada, quais sejam, a especialização e a notoriedade, devidamente definidos por Marçal Justen Filho (2006, p. 284):

*A **especialização** consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos, pós-graduação. O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido. A **notoriedade** significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.*

Vê-se, em suma, que para adentrar na contratação direta prevista no artigo 25 da Lei 8.666/93, o profissional necessita demonstrar a notória especialização, que constitui na constatação material de subsídios que qualificam o profissional, conferindo-lhe habilitação em detrimento aos diversos profissionais do mercado, ao lado do reconhecimento dessa capacitação no meio profissional daquele setor determinado. Não é apenas a administração que deve reconhecer a notoriedade, mas sim toda a sociedade, toda a comunidade.

Nessa seara, confirmando esse entendimento, assim preleciona Carlos Motta (2005, p.237):

Notória especialização, para efeito de exonerar a Administração de prévia contratação de serviço, tem como critério básico para sua conceituação jurídica a singularidade do objeto do contrato, isto é, que a sua matéria ou teor estejam atribuídos de conotação peculiar.

Temos assim, um profissional diferenciado dos demais que fazem o “*feijão com arroz*” ou “*clínica geral*”. Serviço de natureza singular foge do prosaico, do ordinário, escapa ao dia-a-dia da administração pública.

Em caráter exemplificativo como ter um advogado da área trabalhista atuando na cassação de um prefeito que foi acusado por crime de responsabilidade. Necessita, o mandatário político, de alguém com larga experiência naquele assunto peculiar.

Por outro lado, temos o caso em que um chefe do poder executivo faz a contratação por meio da licitação no menor preço e vence o inimigo político do chefe do executivo e sem experiência na área em que se quer contratar.

Vamos desembocar, neste caso, no elemento da inviabilidade de competição. Como falar em competição para advogados quando se busca o menor preço? E o interesse público? Como falar na questão do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, ao ter advogados “brigando” em uma licitação de menor preço? Teria a administração pública, com o instituto do menor preço, o melhor advogado com larga experiência na área que se requer? São questões que não podem ser deixadas de lado quando imaginamos o instituto da inexigibilidade de licitação.

Há que se estabelecer um processo de confiança entre administração pública e advogado que está sendo contratado.

Certa feita o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso assim se pronunciou sobre a matéria em apreço:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor.

Pode-se ainda, citar o Desembargador Relator Luiz César de Oliveira, que assim relatou em seu voto na Apelação Cível Nº 131142-8, dentro de discussão focada na contratação de advogado sem licitação, assim se referiu:

(...) não se pode deixar de ponderar que, no contexto do caso, o objeto da contratação refugia às tarefas rotineiras da advocacia do município, em regra voltada para a resolução das pendências tributárias e administrativas. É razoável admitir que a defesa do prefeito em processo penal, por denúncia de crime de responsabilidade funcional, reveste-se de excepcionalidade, implicando em serviço que exige conhecimento especial, tanto no âmbito penal como no administrativo, notadamente na perspectiva da busca de um atendimento satisfatório aos interesses do Município, que concorrem, na hipótese, indubitavelmente, porque ações daquela natureza, contra seu representante político, podem reservar-lhe reflexos adversos imediatos no curso do feito, como em potencial, conforme o resultado. A escolha do prestigiado advogado e professor contratado, espelha compatibilidade com as circunstâncias... , para o legislador da Lei nº 8666/93, o patrocínio de causas judiciais ou administrativas, considera-se serviço técnico profissional especializado, como se infere do seu art. 13, inciso V. E, como antes explanado, em determinadas circunstâncias é possível a contratação excepcional de técnico alheio ao quadro, para desempenho de um trabalho específico, não duradouro, ainda que o ente público disponha de procuradoria. Por outro vértice, do artigo 25, II, do mesmo diploma, que

se reporta ao referido artigo 13, deflui ser inexigível a licitação quando inviável a competição, mercê da singularidade do serviço técnico.

6 Decisões dos tribunais pátrios e do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba

O tema tem causado diversas decisões conflitantes e entendimentos os mais diversos.

Vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Paraná ao anular resolução do tribunal de Contas desse estado ao impugnar contrato firmado entre a administração pública e advogado, dispensada a licitação:

MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO – TRIBUNAL DE CONTAS - LICITAÇÃO – SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – INEXIGIBILIDADE – PRESSUPOSTOS: NATUREZA SINGULAR E PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – LEGISLAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ATO ILEGAL – CONCESSÃO. Contrato de prestação de serviços de advocacia junto ao Tribunal Superior do Trabalho. Natureza singular e profissional de notória especialização. Inviabilidade de competição e enquadramento Inexigibilidade de processo licitatório. Análise do conjunto de leis que regulam a matéria. Goza a autoridade administrativa de poder de escolha entre profissionais com iguais requisitos de capacitação considerada a área específica de atuação e necessidade do contratante. Resolução ilegal e constrangedora" (Mand. Seg. 028860-4, Rel. Des. Martins Ricci – Julg. 18.11.94).

Como se percebe do exemplo dado a natureza da contratação era trabalhista. Entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná que a contratação consistia em natureza singular.

Em recente decisão assim entendeu o STF:

- 1.A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.
- 2.Extrema dificuldade, de outro lado, de licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB, ART. 7º).

O então Ministro do STF, Eros Grau assim instrui:

Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação. Entendo, não obstante, que "serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo e contratando, em última instância, de acordo com o grau de confiança que ela própria, administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo, como adiante demonstrarei. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da administração em quem deseja contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato",(cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). Há por certo, quem não goste disso. Mas é isso o que define o direito

positivo, apesar do desconforto que possa causar em quem quer que seja, movido pela aspiração de substituir o direito vigente por outro. Até que isso venha a ocorrer, contudo, revolucionariamente ou não, o direito vigente não pode ser desacatado.

Contendas e espertezas à parte, a sociedade precisa compreender que a administração pública, pode, sim, contratar advogados de forma direta, por meio do instituto da inexigibilidade de licitação, desde que o serviço tenha relevância e goze de natureza corriqueira.

Há necessidade de o advogado se sobressair num ramo específico do direito, o que decorre a inviabilidade da competição tendo em vista as normas que regem o Código de Ética da OAB.

Em sendo o trabalho do advogado um trabalho de natureza meramente intelectual, não há como aferir se aquele trabalho é o mais pertinente à administração, por isso, a importância de não haver o processo do menor preço tão discutido na doutrina pátria.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI estabelece como regra que as compras, obras, serviços e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública com a garantia da participação de todos aqueles que se considerarem interessados, todos com a devida igualdade de condições. No entanto, o artigo traz a possibilidade de exceções. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 37.....

XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por outro lado, visando regulamentar o procedimento licitatório o legislador nos presenteia, em 1993, com a Lei Federal 8.666, com todas as disposições gerais a serem seguidas. Encontram-se, nessa lei, os casos excepcionais onde pode-se não ser realizada a licitação, de acordo com a advertência assinalada na primeira parte do inciso XXI, quais sejam: licitação dispensada (art. 17), dispensa (art. 24) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

A Constituição, então, como bem se percebe, ensejou a presunção segundo o qual da prévia licitação brota a melhor contratação, isto é, aquela que garante a maior vantagem possível à Administração Pública, ressaltado o princípio da isonomia. Porém, o texto constitucional restringe tal presunção, quando faculta a contratação direta para os casos da dispensa e da inexigibilidade.

Enxergando sob a ótica da dispensa, a licitação é possível, tendo em vista que há possibilidade de competição, porém não há sua obrigatoriedade, enquanto que, na inexigibilidade, não é possível a concorrência, por haver inviabilidade de competição. A contratação por meio do instituto da dispensa de licitação se faz por ser ela dispensada, conforme artigo 17, ou dispensável, de acordo com a leitura do artigo 24.

É taxativo o rol de hipóteses de dispensa de licitação, estipulado no artigo 24, isto é, somente é possível enquadrar a situação como tal se estiver prevista em um de seus incisos, não sendo admitidas situações análogas. No tocante à inexigibilidade, as hipóteses previstas no artigo 25 são simplesmente exemplificativas, pois estabelece que é inexigível a licitação desde que haja inviabilidade de competição, nas três situações expostas nos seus incisos, especialmente.

Faz-se mister observar duas hipóteses elencadas, sendo a primeira a inviabilidade de competição pela singularidade do serviço. Traduz-se a singularidade num respeito ao serviço a ser executado e pretendido pela administração pública e não quanto ao profissional a ser contratado. Em sendo singular o serviço, deve ser examinada a complexidade, sua relevância, como também o interesse público, e ainda, se irá atender as necessidades prementes da administração pública.

A partir dessa verificação pormenorizada é que o administrador público vai buscar o profissional qualificado na busca do atendimento da satisfação pretendida pelo interesse público.

Deve a administração, nesse momento, observar todos os princípios elencados no artigo 37 da Carta Magna, quais sejam: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, bem como aos pressupostos previstos na Lei 8.666/93.

Regularmente demarcada a singularidade, faz-se necessária a junção da alta complexidade do serviço a ser adimplido com a notoriedade do prestador do serviço, no que diz respeito à notória especialização prevista na Lei 8.666/93.

A notória especialização consiste numa das exceções previstas à regra do processo licitatório, sendo necessários, nesse momento, dois requisitos: a existência da capacidade notória e a especialização notória pela administração.

Os casos de inexigibilidade de licitação brotam, portanto, de sua inviabilidade de competição. A obrigação de licitação é afastada devido à *impossibilidade fática, lógica ou jurídica da concorrência*, conforme preleciona o professor Marçal Justen Filho (2005, p.274), que classifica o conceito de inviabilidade de competição, sob dois aspectos: a) inviabilidade

de competição advinda de circunstâncias pertinentes ao sujeito que vier a ser contratado; e b) casos de inviabilidade de competição abrangida no caráter do objeto a ser contratado:

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado. Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema de inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, TCEMG, tem admitido a contratação direta por inexigibilidade somente em casos muito particulares. Para o caso em que há continuidade dos serviços deve haver o devido procedimento licitatório.

Em recente decisão no TCEMG o Relator observou a possibilidade de se contratar diretamente serviços de consultoria e advocacia pelo Município pelo instituto da inexigibilidade de licitação (artigo 25, inciso II e § 1º c/c o artigo 13, inciso V da Lei de Licitações - Lei 8666/93).

Esclareceu o Relator ainda que:

apesar de ser imprescindível a realização de licitação prévia para a prestação de serviços contínuos de advocacia, inexiste óbice legal à contratação direta de profissional qualificado quando o objeto se referir a casos específicos. ...a interpretação diferente da esposada corresponderia a uma negativa da validade das mencionadas regras da Lei 8666/93 (Processo Administrativo nº 711.020, Rel. Antônio Carlos Andrada, 25.08.09).

O Tribunal de Contas de Estado de Santa Catarina, TCESC observa que a regra “*é a prestação dos serviços de inexigibilidade por ocupante de cargo efetivo (admitido através de concurso público)*”. Portanto, para a Corte de Contas catarinense só cabe a contratação de profissional do ramo do direito, se for devidamente justificada com o objetivo de atender serviços específicos, seja ele administrativo ou judicial. De igual forma também não podem ser realizados por meio da assessoria jurídica, tendo em vista a complexidade e especificidade.

Entende o Tribunal de Contas da União que, desde que seja para serviços específicos de natureza não continuada, é possível a inexigibilidade, atendidas as características singulares e complexas, e ainda que não possam ser prestados por profissional do seu quadro de servidores efetivos.

O TCU em recente julgado, por meio do voto do Ministro José Antonio B. de Macedo entendeu pela devida fundamentação da inexigibilidade de licitação, num

procedimento em que deveria haver cláusula estabelecendo obrigação de que aquele serviço específico fosse prestado por advogado de renome e elevado grau de especialização para justificar o instituto da inexigibilidade. O voto do relator foi no sentido de que o contrato com o escritório Márcio Thomaz Bastos Advogados S/C, fosse aditivado para garantir que os serviços pactuados fossem prestados diretamente pelo advogado Márcio Thomaz Bastos que é o detentor da notória especialização, e ainda que a contratação direta foi feita tendo como base o seu nome e não o de outrem.

6.1 Decisões do Tribunal de Contas da União - TCU

Embora o tema pareça ser tranquilo no sentido da inexigibilidade de licitação para a contratação de assessoria jurídica, essa não parece ser a solução mais adequada, sob a ótica do TCU, porque, além da exigência da hipótese de inexigibilidade com a notória especialização e a singularidade do objeto, exige-se uma excepcionalidade na necessidade a ser satisfeita.

Tribunais de Contas espalhados pelos vários estados têm percebido não ser possível a contratação direta com vistas ao assessoramento, caracterizado pelo serviço corriqueiro. Permite-se, neste caso, a contratação para um processo específico, carecendo dessa singularidade e com exigência, sempre, da notória especialização de quem vier a ser contratado.

Neste mesmo caminho, trilham as palavras de Carlos Motta (2005, p.150):

O mesmo egrégio Tribunal (TCU) decidiu que as contratações de advogado por inexigibilidade “não serão necessariamente ilegais, desde que, para serviços específicos, de natureza não continuada, com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro”.

O Tribunal de Contas da União – TCU firmou entendimento objetivando admitir contratação de profissional por tempo determinado por meio da contratação direta apenas em caráter excepcional, conforme se pode observar das decisões abaixo explicitadas, extraídas do sítio oficial do www.tcu.gov.br:

*Abstenha-se de contratar serviços jurídicos por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, se não restarem comprovados os requisitos da inviabilidade de competição previstos no citado dispositivo legal, especialmente quanto a singularidade do objeto e a notória especialização. **Acórdão TCU - 717/2005.***

Proceda ao devido certame licitatório para contratação de serviços advocatícios, conforme dispõe o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e o artigo 2º da Lei n. 8.666/93, e no caso de a competição se revelar inviável, realize a pré-

qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade. Acórdão TCU - 116/2002.

Cabe observar, ainda, que, via de regra, alguns advogam a tese de que o melhor recurso a ser implantado seria manter advogados contratados de forma permanente, com o sistema do regime celetista ou mesmo estatutário, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme estabelece o artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Ficaria a cargo da administração recorrer de forma eventual à contratação de profissional estranho aos quadros do jurisdicionado, em face de causas especializadas e específicas, desde que presentes a singularidade do serviço, obedecidos os requisitos de diferentes naturezas, entre eles, a complexidade da causa, a jurisdição, a especificidade da matéria, a relevância econômica, o local da realização do serviço, dentre outros.

Nesse diapasão, percebe-se que, se o serviço a ser contratado pela administração não se configurar como de natureza singular e qualquer profissional daquela área tiver em condições de atender de forma satisfatória a necessidade solicitada pela Administração, incabível será a contratação direta pelo instituto da inexigibilidade.

Não satisfaz a notória especialização do profissional apenas. Torna-se indispensável a aborde da singularidade do serviço, não corriqueiro, que não tenha condições de ser exercido por qualquer profissional. Se o serviço não possuir essa característica primordial, haverá a primitiva necessidade da realização da licitação.

Em decisão recente, o Tribunal de Contas da União – TCU foi chamado a se manifestar a respeito da inexigibilidade de licitação, tendo, na Decisão 439/98, no Processo TC 000.830/98-4 decidido, da lavra do Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi:

Considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93; Retirar o sigilo dos autos e ordenar sua publicação em Ata; e arquivar o processo.

Embora o caso acima não se refira à inexigibilidade de licitação com relação a contratação de advogados, mister se faz estabelecer no caso concreto, o quão é difícil prever padrões apropriados no que concerne à competição com vistas a escolher de forma isenta entre diferentes profissionais referidos na decisão supra, o que torna uma tarefa bastante árdua, comparar o talento e a aptidão didática dos diversos mestres.

Sob esta ótica já se pronunciou Ivan Barbosa Rigolin, quando aborda o tema da natureza singular empregada na legislação referente ao treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, especialmente no que se refere à aplicação do Inciso II do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.300/86, senão vejamos:

"A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados - que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuamente.

Ainda com base na ótica do mestre Ivan Barbosa Rigolin:

Singular é aquele serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue; aqueles cujas características inteiramente particulares, próprias do autor, o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único.

Assevera-se, em grande parte da doutrina pátria que, quando alguém de alcunha vultosa tem seu nome ligado a um determinado escritório deve ser usado o nome como requisito para a inexigibilidade de licitação sob o aspecto da notória especialização, demonstrando que, caso coubesse a notória especialização ao escritório a todos daquele escritório se estenderiam a notória especialização cabível apenas a um advogado de renome local, estadual ou mesmo nacional.

7 Uso da inexigibilidade de licitação na contratação direta de escritórios de advocacia

Como nem todos os entes públicos têm em seus quadros funcionais advogados com o objetivo de prestar a assistência jurídica. Como consequência, torna-se comum contratar advogados ou escritórios de advocacia com vistas a prestar consultoria ou promover ações judiciais, participar em processos administrativos instituição contratante, entre outras atividades correlatas ao advogado.

Visto sob o prisma dos princípios gerais do Direito Administrativo, vislumbra-se verificar algumas jurisprudências tanto das Cortes de Contas, quanto do Poder Judiciário, para observar os casos onde são admitidas a inexigibilidade de licitação para contratar escritórios de advocacia, assim como, ver como se realiza o processo.

Parte-se do princípio de que o procedimento administrativo tende a adquirir ou alienar bens ou contratar serviços, com a devida e prévia celebração de um contrato administrativo, destinado a escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública,

tendo em vista que são muitos os licitantes que se apresentam. Porém, nem sempre a proposta mais vantajosa é, via de regra, a que apresenta o menor preço. Dessa forma, o escopo do procedimento a ser analisado pela administração pública pauta-se na qualidade do objeto pretendido com aquela licitação específica, e, ainda com o benefício econômico buscado inicialmente.

Na ótica de José dos Santos Carvalho Filho, licitação seria:

o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Discute-se na doutrina qual seria a natureza jurídica da licitação, pois uns a consideram como um *procedimento administrativo*, enquanto outros trazem a licitação como um *processo administrativo*.

A própria Lei de Licitações (8.666/93), no caput do artigo 38, faz a distinção e observa que a licitação, que é formada por um conjunto de etapas, tem natureza de processo administrativo, senão vejamos:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente

Odete Medauar aponta seu posicionamento afirmando e complementa citando sua competência nos âmbitos federal, estadual e municipal e distrital:

a licitação é um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos, os licitantes, interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições.

a competência da União para fixar normas gerais de licitação e contrato possibilita que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação. O problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas. De regra, Estados e Municípios ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União, ou não editam lei específica e pautam suas licitações por aquela. De acordo com o artigo 3º da Lei 8.666/1993, o procedimento licitatório é norteado por uma série de princípios que devem obrigatoriamente ser observados, sendo eles: isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo das propostas. A doutrina traz ainda outros princípios que devem conduzir a licitação, entre eles, destacamos o do sigilo das propostas e o da adjudicação compulsória.

Prevalece como regra geral para a administração pública brasileira a obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório nas contratações que envolvam serviços, obras, compras e alienações, conforme norma contida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição

Federal. Entretanto, como exceção, admite-se, desde que previsto legalmente, a contratação direta.

Há que ser feita, a princípio, a distinção entre licitação inexigível, dispensada e dispensável.

Na inexigível, não há como se realizar a licitação, visto não haver possibilidade de competição. Dessa forma, mesmo que o administrador público tivesse intenção de realizar o certame, não seria possível pelo fato de não existir mais de um pretendente, empresa ou consórcio com capacidade específica de satisfazer as necessidades e as exigências necessárias àquela atividade pretendida. Trata-se, portanto, de uma situação em que se torna inviável a competição.

Podem haver outras hipóteses de inexigibilidade não elencados no rol exemplificativo do artigo 25 da Lei de Licitações, porém, plenamente aceitáveis por ela.

Segundo o professor Diogenes Gasparini, pode-se conceituar inexigibilidade como *“o que não pode ser exigido... a qualidade do que não pode ser exigido”*.

Seria, para outros a *“circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar”*. Percebe-se, desde o início que não há possibilidade de se confrontar as propostas com vistas aos negócios que se pretende contratar. Pode-se, assim contratar diretamente, sem a licitação prévia. A administração pode até desejar realizar a licitação, no entanto, ante a ausência de concorrentes, torna-se inviável. Não havendo disputa, há haverá licitação. Há uma particularidade naquela contratação, no mérito daquele profissional exclusivo, peculiar. Ele detém a notória especialização, ele é o artista consagrado por toda a crítica, ele é mais respeitado naquela área a ser realizada a contratação.

Partindo agora para as ocasiões em que a licitação é dispensável, percebe-se que nesta situação há possibilidade de se realizar o procedimento licitatório, porém, é objetivamente inconveniente para a administração e para o interesse público, ficando o administrador com total discricionariedade para decidir se realiza ou não o certame.

Ocorre no artigo 24 da Lei 8.666/1993 a dispensa para os casos da licitação deserta ou fracassada, cujo valor do objeto da licitação é baixo. Repete-se o fato no caso de compra ou locação de imóvel desde que previamente destinados ao atendimento das finalidades precípuas da administração pública.

Seguindo a seara de definições anteriores temos a licitação dispensada que ocorre quando for expressamente vedada a sua realização. Neste caso, mesmo que o administrador público tenha intenção de realizar e teoricamente haja possibilidade para tal intenção, a lei proíbe. Encontra-se respaldo a licitação dispensada no artigo 17 da Lei 8.666/93.

Para o mestre Marçal Justen Filho “*não há diferença real entre dispensável e dispensada*”, visto que, “*em ambos os casos o legislador autoriza a contratação direta*”. No entanto, para outra parte de doutrinadores ocorre sim distinção entre “*dispensada*” e “*dispensável*”.

A contratação via inexigibilidade de licitação não significa dizer que há permissão para o administrador público realizar contratações desrespeitando as leis e os princípios do Direito Administrativo.

Leila Tinoco nos traz o ensinamento de que “*é imperioso, para que se resguarde a legalidade do ato, que seja realizado um processo administrativo no qual se demonstre o cabimento da hipótese de dispensa ou inexigibilidade*”.

Mesmo sob o instituto da inexigibilidade de licitação o administrador deve anexar a documentação prevista legalmente com vistas a comprovar a capacidade técnica e a regularidade fiscal do futuro contratado. Da mesma forma deve ser afixado no procedimento o preço da mercadoria ou do serviço contratado, visando demonstrar o preço praticado no mercado e sua compatibilidade com o preço contratado.

Requisito essencial ainda é a publicação do ato, condição especial e necessária para o cumprimento do princípio da publicidade (artigo 37, CF) para que o ato obtenha a sua eficácia.

O embasamento legal para a contratação de profissionais de advocacia por meio da inexigibilidade está no artigo 25 combinado com o artigo 13, ambos da Lei de Licitações. O artigo 13, em seu inciso V estabelece o “*patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*”.

Para o doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos, ferrenho defensor da contratação direta de advogados, “*os próprios princípios que norteiam a profissão conduzem à inexigibilidade*”.

Há, sem sombra de dúvidas, nexos ao se demonstrar a inexigibilidade na contratação de prestação de serviços jurídicos, pois torna-se difícil, senão impossível, aferir conhecimento jurídico da cabeça de um advogado, fato que induziria a julgamentos subjetivos.

De acordo com o demonstrado são compreensíveis as dificuldades que surgem visando a contratação de serviços advocatícios. Vê-se, sob este ângulo o grau de complexidade na qual ocorre a concorrência entre advogados, por ser subjetiva a prestação dos serviços.

Verifica-se que há que se buscar a razoabilidade e a proporcionalidade em busca de um meio termo que possa aferir qual advogado é mais apropriado para realizar a tarefa buscada pela administração pública.

8 Regramento do Artigo 13 da Lei 8.666/93

Nem todo serviço elencado no artigo 13 precisa ser feito necessariamente com base no instituto da inexigibilidade. O parágrafo 1º demonstra que a regra é a realização da licitação preferencialmente na modalidade concurso. A contratação direta, portanto, configura-se como uma exceção para os casos de serviços de natureza singular.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino asseveram que, singular é:

aquele serviço visivelmente diferenciado em relação aos serviços de mesma natureza prestados por outros profissionais do ramo, e que seja prestado por profissionais ou empresas de notória especialização.

Quando se tratar de contratação de pessoa jurídica por meio da inexigibilidade, tendo como justificativa principal a notória especialização dos “*integrantes do seu corpo técnico*”, a concretização da contratação da execução do serviço será feita de forma direta. Portanto, é perfeitamente plausível a contratação de empresas por meio da inexigibilidade, contanto que gozem da notória especialização e que sejam de natureza singular. Obrigatoriamente, no entanto, deverá o administrador público utilizar o procedimento administrativo e seus requisitos legais.

O cuidado deverá ser redobrado quando se trata do caso de empresa para contratação de advogados. Neste procedimento observa-se não a quantidade de advogados pertencentes ao grupo, mas sim a qualidade daquele advogado principal, a sua notoriedade no mundo jurídico. A contratação é feita com base em seus conhecimentos e não na totalidade dos advogados. E somente ele estará apto a prestar os serviços para os quais foi contratado aquela pessoa jurídica.

9 Da jurisprudência do Poder Judiciário

Os questionamentos a respeito do instituto da inexigibilidade de licitação estão constantemente sendo alvo de inúmeras ações judiciais onde são questionadas a legalidade das contratações diretas realizadas com escritórios de advocacia, onde o Poder Judiciário vem se manifestado de forma convincente.

Quanto aos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem entendido que a inexigibilidade de licitação é resultante necessariamente da inviabilidade de competição, e que essa inviabilidade precisa estar devidamente comprovada no processo administrativo que a embasa. Entende o STJ que “a inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada”.

Para o STJ para que os serviços previstos no artigo 13 da Lei n. 8.666/93, sejam contratados sem o devido procedimento licitatório, devem estar previamente previstos de sua regular natureza singular e ser prestados por profissional com notória especialização, de acordo com a discricionariedade administrativa.

Caso não esteja comprovado nos autos do processo que os serviços jurídicos para os quais a administração pública pretende contratar gozam da singularidade, assim como não estando demonstrada a notoriedade dos advogados componentes daquele escritório de advocacia ser contratado, ocorrerá a ilegalidade da contratação.

A singularidade do serviço é um pré-requisito essencial para a contratação pela via da inexigibilidade de licitação, sem o qual não pode haver a contratação pelo administrador público.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal - STF, este acolheu a inexigibilidade apresentando um componente subjetivo: a confiança que o gestor deposita no profissional da advocacia. O gestor público, antes de mais nada, ao assumir um cargo necessita ter como profissional da advocacia alguém de sua inteira confiança, e é nessa seara que seguido o STF em seus julgados.

Percebe-se, da análise acima demonstrada que o STF acolhe a discricionariedade no instituto da inexigibilidade de licitação, dando margem a que o gestor dê preferência a um profissional de sua confiança para prestar serviços advocatícios durante a sua administração naquele órgão que administra.

10 Considerações Finais

Feitas as observações tratadas, verificou-se a importância dos diversos tipos de tribunais de contas existentes na legislação brasileira, assim como sua importância na fiscalização financeira e orçamentária do estado brasileiro.

O Brasil é fiscalizado por inteiro, desde o mais longínquo município até o Município de São Paulo e desde o menor estado da federação até alcançar a União.

Diante do que foi explanado pode-se chegar à conclusão de que a administração pública pode, sim, contratar advogados de forma direta, a partir da inexigibilidade de licitação, desde que o serviço seja de natureza corriqueira e de relevância.

Não importa que haja diversos profissionais especializados naquela matéria, a contratação do profissional, de forma direta, baseado na notória especialização, consiste em que o mesmo se sobressai naquele ramo do direito ou da contabilidade.

Poder-se-á, ainda, justificar a inviabilidade da competição, tendo em vista as normas éticas, estatuídas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Seria, também, inexequível a competição em virtude do alto grau de subjetividade do contratante, tendo em vista o fator confiança do futuro contratado, o que, via de regra, induz à inexigibilidade da licitação.

Na mesma seara em sendo os afazeres do advogado de caráter intelectual, torna-se impraticável cotejar se o seu trabalho é ou não o mais apropriado para a administração, quando o critério de escolha recai sobre o menor preço.

Portanto, não é louvável vincular o administrador público à licitação para contratar advogado, visto que o fator confiança é indispensável. Como as pequenas prefeituras das pequenas cidades têm poucos advogados, o administrador correria o risco de admitir, por meio do concurso público, um adversário para defender no Tribunal de Contas as causas daquele município. Deveria, o prefeito, antes de mais nada, confiar por demais no advogado, em sua ética, para manter todas as informações da prefeitura nas mãos daquele advogado, que ele sabe, é seu adversário político.

A correta compreensão poderá dar maior abrangência do correto instrumento de orientação para o administrador público com vistas ao adequado enquadramento das situações específicas que porventura surjam.

Não dá para fazer interpretação rigorosa da lei, nem discordar completamente dos entendimentos jurisprudenciais emitidos pelos órgãos competentes. Há que se haver uma flexibilização, baseada nos conceitos de singularidade e de notória especialização.

Feitas todas as análises e avaliações e estando presente o conceito de prestador no mercado, sempre por intermédio do preceito contido no § 1º do artigo 25 da Lei 8.666/93, avalia-se a adequabilidade à situação concreta somada ao interesse da administração pública. Concluída a análise estará o administrador autorizado a contratar diretamente, sem a concretização do precedente concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Observa-se, diante de todo o exposto nesta explanação que o procedimento de inexigibilidade de licitação com vistas a contratação de escritórios de advocacia deve sempre ser visto como exceção à regra geral, que é o devido procedimento licitatório.

Vale observar, também que a contratação deve observar qual ramo do direito aquele advogado concorre. No caso de um advogado da área do Direito Ambiental que é de um ramo pouco usual a contratação fica mais específica e menos convencional. Para um tributarista já não é uma área tão incomum.

Pode ser levada em conta também na observância da notória especialização se aquele profissional tem trabalhos publicados, se ministra palestras, se é professor daquela área específica, se tem doutorado, mestrado, entre outros.

Em igual síntese a contratação via inexigibilidade é admissível para o advogado atuar em um caso específico. Caso o serviço seja contínuo, não pode ser esquecido o devido procedimento licitatório. Se o caso for de contratação de escritório de advocacia, sob o aspecto da inexigibilidade o procedimento deverá ser com base naquele profissional que embasou a licitação. Não se admite qualquer advogado do escritório e sim apenas aquele que detém a notória especialização.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 out 1988. www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 ago 2012.

_____. **Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 ago 2012.

CHARLES, Ronny. **Lei de licitações públicas comentadas**. 4ª ed., Salvador: JusPodium, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 20ª ed., SP: Atlas, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de direito administrativo**, 19ª ed., RJ: Lumen Júris, 2008.

FILHO, Marçal Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed., SP: Dialética, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

Licitações & Contratos – Orientações Básicas. Tribunal de Contas da União. 3ª ed. Brasília: 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

_____. **Licitações e contratos públicos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa, BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático de licitações**. 8º ed. São Paulo, 2012.

Material da internet:

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, jul. 2000. Disponível em: Acesso em: 02 set 2012.

BRASIL. www.tce.pb.gov.br/institucional/breve-historia. Acesso em 10.09.2012

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Prestação de serviços advocatícios à administração pública diretamente, sem licitação, é licita**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1588, 6 nov. 2007. Disponível em: Acesso em: 07 set 2012.

MAGALHÃES, Wellington. **Escritórios especializados em serviços jurídico-tributários: licitação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: Acesso em: 22 ago 2012.

ROESLER, Átila Da Rold. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: uma visão geral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1970, 22 nov. 2008. Disponível em: Acesso em: 17 ago 2012.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: o possível reconhecimento da atipicidade do crime de posse e porte de munição desarmada em face de princípios de Direito Penal minimalista.

João de Farias Pimentel Neto*

Prof^a Ms. Lara Sanábria Viana **

RESUMO: O presente trabalho demonstrará a possibilidade de exclusão de tipicidade dos delitos de posse e porte de munição desarmada, em face de certos princípios de direito penal, como, por exemplo, a intervenção mínima do Estado, a proporcionalidade e a ofensividade. O Estatuto do Desarmamento trata-se da Lei Federal nº 10.826 de 23 de dezembro de 2003, fruto de uma movimentação popular junto ao Congresso Nacional, bem como movimentos internacionais diversos, com o intuito de restringir ao máximo a comercialização e o porte de arma de fogo pelos cidadãos, liberando as possibilidades do porte em casos específicos apenas. Na citada lei há dispositivos criminais, tipos penais, criados pelo legislador, com o intuito acima especificado, o de mitigar a proliferação das armas de fogo no país. Dentre esse tipos penais temos a posse e o porte de armas de fogo, munições e acessórios, previstos, respectivamente, nos artigos 12 e 14 do referido diploma legal. Ao equiparar os delitos de posse e porte de armas de fogo municiadas com munições desarmadas, o legislador criou um tipo penal maximalista, voltado para o modelo de Direito Penal Máximo, e, conseqüentemente, desrespeitou diversos princípios de direito penal, como os especificados acima. Assim sendo, demonstraremos a aplicação de tais princípios pelos tribunais pátrios e sua aceitação, ainda que minoritária, pela doutrina penalista.

Palavras-chave: Estatuto do Desarmamento, direito penal mínimo, intervenção mínima do Estado.

ABSTRACT: This paper will demonstrate the possibility of exclusion typicality of the offenses of possession and carrying of ammunition disarmed in the face of certain principles of criminal law, for example, the minimal state intervention, proportionality and offensiveness. The Disarmament Statute it is the Federal Law No. 10 826 of 23 December 2003, the result of a move popular with Congress, as well as international movements diverse, in order to restrict the maximum sale and possession of firearm citizens, freeing the possibilities of scale in specific cases only. In law there cited devices criminal offenses, created by the legislature in order specified above, to mitigate the proliferation of firearms in the country. Among that criminal types have the possession and carrying of firearms, ammunition and accessories, for, respectively, in article 12 and 14 of that statute. By equating the crimes of possession and possession of firearms with ammunition municiadas disarmed, the legislature created a criminal type maximalist, facing the Model Penal Law of Maximum, and therefore breached several principles of criminal law, as specified above. Thus, we demonstrate the application of these principles by the courts patriotic and acceptance, even as a minority, the doctrine punitive.

Key words: Disarmament Statute, criminal law minimum, minimal state intervention.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estatuto do Desarmamento: breve comentários; 3. O Direito Penal Máximo e o Estatuto do Desarmamento; 4. O Crime de Porte e Posse de Armas de Fogo e Munições no Estatuto do Desarmamento; 5. O Posicionamento dos Tribunais Superiores; 6. Considerações Finais; Referências.

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professora Orientadora

1. Introdução

Em 22 de dezembro de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou, através da publicação em Diário Oficial, a Lei 10.826 que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, que define crimes e dá outras providências, popularmente denominada Estatuto do Desarmamento.

A legislação tem o objetivo de modificar a forma de aquisição de armas de fogo, tendo em vista o crescente número de mortes por armas de fogo, dificultando o acesso livre, bem como exigindo testes psicotécnicos para a aquisição e o devido porte.

Em seu capítulo IV (art.s 12 à 21) são definidos os crimes e as respectivas penas, tendo o presente trabalho um foco maior nos artigos 12 e 14, que tratam respectivamente da posse e porte de armas e munições de uso permitido.

Muito embora tais dispositivos penais sejam considerados pela doutrina majoritária, seguidos pela jurisprudência dominante, como crimes de mera conduta, em relação à posse e ao porte de munições desarmadas iremos demonstrar que com a aplicação de determinados princípios de Direito Penal verificaremos atipicidade.

O ordenamento jurídico brasileiro em sua seara penal possui como princípio básico, a Intervenção Mínima do Estado. Esse princípio é aplicado na área penal a partri da ideia de ultima ratio. Da mesma forma, deve-se levar em conta a não potencialidade de uma munição desarmada, o que, atrelada ao Princípio da Intervenção Mínima, descaracteriza totalmente a necessidade de tal tipificação.

Mas não só tais princípios são aplicados ao caso concreto. Inúmeros corolários principiológicos do Direito Penal, aceitos em nosso Sistema Jurídico, nos levam à uma atipicidade dos casos em questão, tais com o princípio da ofensividade e da proporcionalidade, que veremos mais a frente.

Dessa forma, foi fixado em nosso ordenamento dispositivos penais que estabelecem penas de até 04 anos de reclusão totalmente desnecessários, pois onde não há potencialidade de lesão à direito não deve haver a intervenção do Direito Penal. O legislador com isso comparou o simples porte de uma munição desarmada a um furto, previsto este ultimo no artigo 155 do Código Penal.

O presente trabalho buscará demonstrar que essa desnecessidade através de estudos dos princípios penais envolvidos, bem como a demonstração da não potencialidade de delito do porte e/ou posse de munições.

Mesmo não sendo esse o entendimento jurisprudencial pátrio predominante, verificamos forte tendências principalmente nos tribunais estaduais no sentido buscado pelo presente trabalho.

Assim sendo, demonstraremos, como dito antes, uma total desnecessidade de tipificação da posse e porte de munições desarmada, utilizando para tanto princípios já consagrados em Direito Penal.

2. O Estatuto do Desarmamento: breves comentários.

A lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003 dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências, comumente denominada de Estatuto do Desarmamento.

Esse movimento não se concentrou apenas no Brasil, mas em toda parte do mundo. Diversos tratados sobre o tema foram firmados, bem como diversas convenções internacionais foram realizadas com o intuito de criar, em âmbito mundial, um controle maior na fabricação e comércio de armas.

Podemos citar como importantes movimentos internacionais para tal controle o IX CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO DO CRIME E TRATAMENTO DO DELINQUENTE, realizado no Cairo, Egito, em 1995.

Dentre os documentos importantes, célebres tratados sobre o tema, temos o Documento E/CN.15/1996/14 de 16 de abril de 1996, do Conselho Econômico e Social, em sua Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal.

Diante de tais tratados, convênios e convenções, o Brasil, editou a Lei 9.437/97, comumente denominada de “Lei das Armas de Fogo”, que muito embora tratasse basicamente sobre o objeto do presente Estatuto do Desarmamento, possuía inúmeras lacunas, sendo uma legislação inócua.

Sobre o tema, ensina Damásio E. de Jesus (2007, p.2 e 3):

“Oportunamente, o Presidente da República e o Ministro da Justiça iniciaram movimento no sentido de sensibilizar o Congresso Nacional a modernizar a legislação criminal, atendendo a recomendações das Nações Unidas. Em 1995, o Brasil compareceu ao IX Congresso da ONU sobre Prevenções do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo. Estivemos no Quarto Período de Sessões da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal, em Viena, em maio/junho de 1995. A delegação brasileira também compareceu ao Quinto Período de Sessões da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal das Nações Unidas, em Viena, em maio/junho de

1996. Desse encontros trouxemos princípios que, bem aplicados, estão revolucionando o sistema criminal do mundo inteiro e começando a dar bons resultados.

Verifica-se pois, a grande preocupação do Governo Brasileiro no sentido de atualizar e modernizar a nossa legislação penal, adequando-a às aspirações de segurança pública e humanização do sistema criminal.

Realmente, o Governo Federal, em 1997, no sentido de reduzir a delinqüência urbana, a chamada “criminalidade de massa”, fez entrar em vigor a Lei 9. 437, de 20 de fevereiro de 1997, hoje revogada, criando do Sistema Nacional de Armas de Fogo (SINARM), transformando a contravenção de porte ilegal de arma de fogo em crime, regulando sua aquisição e posse e introduzindo outras providências, medidas que reclamávamos desde 1995”.

Como dito anteriormente, muito embora trate de tema regulamento pelo Estatuto do Desarmamento, a Lei das Armas de Fogo foi uma legislação inócua, que tratou do tema, mas deixou inúmeras lacunas, não atendendo à pretensão social da época.

Dessa forma a pressão da mídia e da sociedade em geral à época da elaboração do Estatuto do Desarmamento foi tanta que impossibilitou os legisladores de negarem essa regulamentação legal, com a revogação da citada “Lei das Armas de Fogo”.

Mesmo com o lobby da indústria de armas, a sociedade saiu vencedora desse embate, e vemos o resultado com a publicação da citada lei, que regula todos os pontos sobre armas e munições, desde seu registro à crimes pelo porte e uso ilegais.

O estatuto do desarmamento estatui o SINARM – Sistema Nacional de Armas, junto ao Ministério da Justiça, em seu artigo 1º. Já no artigo 2º estabelece a competência do SINARM nos incisos I a XI, quais sejam:

Art. 2o Ao Sinarm compete:

- I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;
- II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;
- III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal;
- IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;
- V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;
- VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;
- VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais;
- VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade;
- IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições;

X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante;
XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta.

O SINARM constitui importante ferramenta do Governo Federal no controle do material bélico do Estado, seja esse material de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Regula ainda o registro, instituindo sua obrigatoriedade. O artigo 4º estabelece os requisitos para adquirir arma de fogo. Explica Paulo Alves Franco (2005, p.35) o procedimento para a aquisição da arma:

O interessando irá a uma loja especializada no comércio de armas de fogo, munições, acessórios e de produtos controlados e após escolher a arma de sua preferência, o vendedor lhe solicitará a autorização para a aquisição concedida pela Polícia Federal. O comprador deverá requerer à Polícia Federal a autorização e se não houver antecedentes criminais, o requerimento será encaminhado ao SINARM. Autorizado por aquele órgão a Polícia Federal expedirá a autorização para que a transação da arma seja consumada quando então deverá ser emitida a nota fiscal. Depois de efetuada a aquisição o comprador deverá requerer à Polícia Federal o registro da arma que será expedido nos termos do parágrafo 1º, do art. 5º da lei em comento. A loja deverá liberar a arma depois de devidamente registrada e cadastrada.

O artigo 6º do Estatuto, por sua vez, dispõe sobre a proibição e as exceções do porte de armas no território nacional. Em seus dez incisos estão dispostas as exceções que permitem o porte de armas de fogo e munição.

Damásio E. de Jesus nos ensina que o “porte de arma de fogo é proibido (art. 6º, caput), salvo raras exceções, atendendo-se a exigência de certas funções públicas e atividades privadas (incisos do art. 6º)” (2007, p. 4). O autor ainda complementa dizendo que a “burocracia vai tornar a obtenção tão trabalhosa que afastará a pretensão do cidadão comum de possuir arma de fogo, o que certamente está na mira do legislador” (2007, p. 4).

O citado artigo 6º faz uma ressalva em seu parágrafo 5º. Ele dispõe que os residentes em área rural, maiores de 25 anos que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência alimentar poderão ter o porte de arma concedido pela Polícia Federal, em categoria especial, qual seja, a de caçador para subsistência. Tal dispositivo faz restrições quanto ao tipo de arma. Por ele é permitido apenas arma de tiro simples, de um ou dois canos, de alma lisa e de calibre igual ou inferior a dezesseis, e desde que o interessado comprove os requisitos em lei determinados.

Sobre o tema, afirma ainda Paulo Alves Franco que o “caçador deverá ser cadastrado e registrado pelo IBAMA para obter a licença e poder caçar o necessário para sua subsistência e de sua família” (2005, p.56).

O artigo 10 da lei em estudo afirma claramente sobre a competência para a autorização do porte de arma, que é da Polícia Federal, e como dito anteriormente, após autorização do SINARM.

Com essa disposição, ao contrario do que ocorria antes do advento do Estatuto do Desarmamento, a competência é exclusiva da Policia Federal. Antes da lei, as policias civis estaduais e do Distrito Federal emitiam porte de armas, mesmo que restritas a seus territórios. Dessa forma, desejou o legislador a unificação da competência, inclusive para evitar fraudes e corrupção.

No capítulo IV do Estatuto são definidos os crimes e as respectivas penas. São, ao todo, definidos 07 (sete) tipos penais, pela lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. São eles:

- a) Posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12);
- b) Omissão de Cautela (art. 13);
- c) Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14);
- d) Disparo de arma de fogo (art. 15);
- e) Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16);
- f) Comercio ilegal de arma de fogo (art. 17);
- g) Trafico internacional de arma de fogo (art. 18 à 21)

O nosso estudo será sobre a posse e o porte de munições desarmadas, conforme explicitado na introdução do presente trabalho, motivo esse pelo qual não no ateremos, no presente capitulo, sobre o tema, pois, também, veremos a posse e o porte de armas de fogo e acessórios, estudando, portanto, os artigos 12 e 14 do estatuto.

No artigo 23 foi delegado ao Poder Executivo o poder de disciplinar, através de ato próprio, a classificação legal, técnica e geral bem como a definição das armas de fogo e demais produtos controlados, de usos proibidos, restritos, permitidos ou obsoletos e de valor histórico, mediante proposta do Comando do Exército.

Verifica-se nas disposições gerais do estatuto, bem como em todo o seu corpo, que o legislador buscou ao máximo controlar o comercio, posse e uso de armas de fogo no território nacional.

Verifica-se esse intuito protetivo e controlador do legislador na disposição do artigo 26, pelo o qual fica proibida a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir. Excetua-se a proibição do mencionado dispositivo em relação às replicas destinadas à

instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército.

A lei proíbe ainda a aquisição de arma de fogo pelo menor de 25 anos, ressalvados os integrantes das Forças Armadas, das Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civis, Militares e Corpo de Bombeiro, das guardas municipais das Capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, dentre outros excepcionados pela lei. citar fonte de onde tirou isso.

Vale destacar que o Estatuto do Desarmamento foi objeto de referendo popular, no dia 23 de outubro de 2005, cujo objeto era a possibilidade de venda ou não de armas de fogo no Brasil. Com 63,94% dos votos dos eleitores brasileiros, ficou permitida a venda de armas, a aquisição por civis, desde que o requerente preencha os requisitos determinados pela legislação, em seu artigo 4º.

Tal possibilidade, a de aquisição de arma de fogo, não implica no porte, mas sim na posse dela. O porte, como visto mais acima, é proibido, sendo possível apenas para os excepcionados no artigo 6º.

O legislador, com elaboração do presente estatuto, buscou de todas as formas desarmar a população civil, dificultando ao máximo e burocratizando ao extremo, as condições de se possuir uma arma, e proibindo expressamente o seu porte, com as exceções, claro, previstas em lei.

De grande interesse é o ensinamento do Professor Damásio E. de Jesus (2007, p.5):

“Não nos devemos iludir com o milagre da lei solitária Ela e o instrumento de que se vale o Estado para impor as suas determinações. Isolada, porém, não produz a eficácia desejada. Nesse campo, não adianta ter boas idéias, bem boas leis. É preciso concretizá-las, executá-las com seriedade, eficácia e responsabilidade, em conjunto com o auxílio de outros meios, como investimento em educação, saúde, oportunidade de trabalho, etc. E mais: o desarmamento popular só pode ser imposto quando se tem uma polícia apta a garantir a segurança social. Ao lado do “Estatuto do Desarmamento” deveria existir o “Estatuto da Polícia”, concedendo-lhe instrumentos reais e capazes de concretizar a sua missão de prevenir a criminalidade”

Desta forma, importante os ensinamentos do autor. Em um país de grandes proporções como país, com fronteiras extensas, há uma dificuldade do Poder Policial em controlar o cumprimento do estatuto. Assim sendo, sem um aparelhamento policial no sentido de coibir o tráfico de armas, inócua será a legislação em estudo.

Complementa o citado autor (2007, p.5):

“Se o legislador pretende que ninguém possua arma de fogo, a não ser os titulares de determinadas funções públicas e atividades privadas, é

necessário, proporcionalmente, que garanta a segurança pública. É preciso desarmar a população ordeira e ao mesmo tempo dotar os órgãos de prevenção de instrumentos hábeis para a garantia de nossa segurança. Desarme-se o povo, mas arme-se a polícia de meios suficientes para a concretização de sua missão constitucional. Só desarmar a população, sem a respectiva garantia da sua segurança, é armar o lobo e desarmar o cordeiro”.

Vamos para o estudo da posse e do porte de armas de fogo e munição, conforme disposição legal.

3. O Direito Penal Máximo e o Estatuto do Desarmamento.

Para a contextualização do presente trabalho é válido um breve estudo sobre o Direito Penal Máximo, bem como sua relação com o Estatuto do Desarmamento e o objeto do trabalho, qual seja, o tipo de posse e porte de munições desarmadas.

Na década de 1990, em Nova York, o prefeito local, Ruldolph Giuliani, implantou a política da tolerância zero, onde buscava, mediante ações de toda a sociedade, reduzir os índices de violência com a proibição da mendicância, e a dura repressão contra pequenos delitos, sendo esse um dos exemplos de aplicação mais famosos do modelo penal em estudo.

O Direito Penal Máximo trata-se de um modelo de direito penal que se caracteriza pela desconsideração de algumas garantias do acusado em prol de uma certeza da punição, mesmo que isso signifique a possibilidade de injustiças.

Ferrajoli (2002, p. 84-85), citado por Rafael Braude Canterji (2008, p. 42), diferencia o Direito Penal Máximo do Direito Penal Mínimo da seguinte forma:

“A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune às custas da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrario, em que nenhum inocente seja punido, às custas de que também algum culpado possa ficar impune.”

Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho (2002, p. 26), citados pelo autor acima (2008, p.41-42) nos ensinam:

“(…) as estruturas de Direito Penal são caracterizadas, entre outros fatores, pela presença ou pela ausência de critérios de racionalidade e de previsibilidade ao arbítrio punitivo, indicando diversas opções políticas e a decorrente (pré)disposição aos custos a serem pagos: maximização das garantias ou do poder.”

Nessa senda de definições e diferenciações sobre o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo, sabe-se que um dos princípios expoentes, informadores do direito penal

mínimo é o Princípio da *ultima ratio*, ou seja, o direito penal como ultimo recurso para resolução de conflitos, principio esse que estudaremos mais afundo posteriormente.

Ao contrário do direito penal mínimo, o direito penal máximo buscar ao criminalizar as mínimas ações do indivíduo, para que, em vista da possibilidade de punição, o mesmo se exima de realizar qualquer ato criminoso, e realizando o ato, receba sempre punições exacerbadas, sem o respeito às garantias individuais.

As definições acima, quando analisadas com o objeto do trabalho, nos levam a concluir que o Estado brasileiro, com a edição de alguns tipos penais do Estatuto do Desarmamento, entendeu pela aplicação do direito penal máximo, mesmo que isso signifique a possibilidade de ocorrência de injustiças.

Carolina Freitas Paladino (2010, p. 67), faz a seguinte constatação: “(...) curioso é notar que, no atual momento, países como o Brasil convivem com duas formas de controle que se situam em posições extremas correspondentes a um Direito Penal mínimo e a um Direito Penal máximo”.

Ao tipificar o porte e a posse de munições, juntamente com o de armas de fogo, o legislador buscou a proteção da coletividade, com a intenção de afastar a possibilidade de indivíduos realizarem delitos com tais objetos.

Com isso levou à uma injustiça, qual seja, a de punir, da mesma forma e com o mesmo rigor, o simples portador de um munição desarmada, comparando-o com aquele que carrega consigo uma arma de fogo municada (de periculosidade indiscutível), e mesmo com o indivíduo que desfalca o patrimônio alheio, furtando, aplicando, a esses casos, penas semelhantes.

Apenas para efeitos de comparação, sobre a predominância do Direito Penal Máximo no estatuto do desarmamento, a pena de furto, prevista no art. 155 o Código Penal, varia de 01 à 04 anos de reclusão, enquanto que o porte de armas, delito considerado mais grave pela lei, possui penas entre 02 e 04 anos de reclusão.

Verifica-se que o delito de porte de munição desarmada é considerado um delito de maior periculosidade à sociedade, tendo em vista que sua pena mínima é maior que a do furto. Obviamente que, a sociedade claramente considera bem mais gravosa a ação de furto do que de porte de munição desarmada apenas, não se tornando a lei, por essa ótica, reflexo da sociedade.

O já citado autor Rafael Braude Canterji (2008, p. 28), em relação à pena, diz que em relação à esta “fica clara a intenção de manter a ordem jurídica, sendo essa a condição para a

convivência humana na comunidade”. Uma equiparação entre o porte de munições desarmadas e o furto, definitivamente não leva em conta tal ensinamento.

Muito embora o modelo do Direito Penal Máximo vá contra o objetivo do presente trabalho, qual seja o de apresentar uma possibilidade de atipicidade do porte e posse de munições desarmadas (que, como visto, é um dos exemplos daquele modelo em nosso ordenamento), há exemplos de aplicação do Direito Penal Máximo, em outros ordenamentos que deram certo, com reduções consideráveis da criminalidade, como a já citada política da tolerância zero, instituída em Nova York, EUA.

O Estatuto do Desarmamento, muito embora não seja, nem possua relação com a supra citada política americana, possui estreita relação com o modelo do direito penal máximo, pois, em prol de uma suposta segurança maior da sociedade, suprime certos direitos e garantias individuais do cidadão.

Desta forma, verificamos que o Estatuto do Desarmamento, em alguns de seus dispositivos, é, na verdade, expressão prática do modelo de Direito Penal Máximo.

4. O Porte e a Posse de Armas de Fogo e Munições no Estatuto do Desarmamento.

Como dito anteriormente, o foco de nosso trabalho é sobre a posse e o porte de munições. A lei 10.826/2003 define como crime o porte e a posse ilegal de armas de fogo de uso permitidos em seus artigos 12 e 14. Vejamos:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Tais dispositivos tipificam o porte de armas de fogo e munições de uso permitido, havendo, portanto, diferenciação entre o porte e a posse de armas.

Damásio E. de Jesus (2007, p.33) nos coloca à disposição o seguinte ensinamento sobre a posse:

Significa agir como proprietário ou simples titular do poder de ter a arma à sua disposição. Diferencia-se de “portar” (art. 14). Neste, há mera detenção da arma sem o conteúdo de relacionamento douradouro. “Possuir” tem o sentido jurídico de ter em seu poder, fruir. Não é preciso que o sujeito seja proprietário da arma (JTACrimSP, 88:401).

O Ministro Felix Fischer, em julgamento de habeas corpus, no Egrégio STJ, assim entendeu:

“Não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho” (STJ, HC 53.144/PR, 5ªT., j. 23-5-2006, v.u., rel. Min. Felix Fischer, DJU de 7-8-2006, RT 854/564)

Muito embora o objetivo do estudo seja demonstrar a aplicação de princípios excludentes da tipicidade para o porte ou posse de munições, é importante essa diferenciação entre tais institutos.

Tais delitos muito embora semelhantes, possuem definições próprias, tendo recebido tratamento diferenciado pelo legislador, o que se constata por uma rápida análise dos tipos penais em comento, que possuem penas diferentes. A posse é tratada mais brandamente, com penas detenção com o máximo de 03 (três) anos, enquanto que o porte possui pena de reclusão, com um máximo de 04 (quatro) anos, ambas cumuladas com multa.

A posse de arma de fogo, acessório ou munição, prevista no artigo 12, possui as condutas típicas de possuir ou manter sob sua guarda, no interior de sua residência ou na dependência desta, ou ainda, no seu local de trabalho. A lei ressalva que em casos de armas de fogo, acessórios e munições em local de trabalho, o responsável pelo estabelecimento ou titular é o sujeito ativo.

Tal dispositivo, nas palavras de Damásio E. de Jesus (2007, p.33) trata-se de norma penal em branco. Segundo o autor, seria devido a necessidade de complemento que indique qual a determinação legal ou regulamentar. Complementar ainda informando que, “além

disso, o conceito de arma de fogo de uso permitido está contido em dispositivos complementares”.

Na tipificação do artigo 12 figuram como sujeito passivo toda a coletividade, enquanto que o sujeito ativo poderá ser qualquer um, se tratando de crime comum, com a ressalva da posse em local de trabalho, cujo crime é próprio, devendo ser responsabilizado como sujeito ativo o responsável ou o titular do estabelecimento.

A doutrina classifica esse delito como um crime de mera conduta e de perigo abstrato, muito embora vejamos o tema de uma forma inversa, qual seja, demonstrando que não há lesividade, em relação à posse de munições, com vistas à afastar a punibilidade, o que será visto melhor adiante.

O crime de mera conduta, como se sabe, é aquele onde não é necessário um resultado naturalístico para a concretização do delito. Basta que o agente realize a ação que o núcleo do tipo informa. No caso em tela, basta que o agente possua ou mantenha sob sua guarda a arma de fogo, acessório ou munição para que esteja consumado do delito.

Já o crime de perigo abstrato é aquele que não exige a lesão de um bem jurídico específico, nem ao menos sua colocação em risco real e concreto. Eles descrevem um comportamento, uma conduta, sem um resultado específico como elemento do injusto.

Renata Carvalho Derzié Luz (2012), comenta que, no caso dos delitos em questão “o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreto a determinado bem jurídico, mas a mera possibilidade de dano”.

Essa qualificação do delito como de mera conduta se deve também ao fato de que o objeto juridicamente protegido com tal tipificação é a incolumidade pública, a sociedade em geral.

O artigo 14 trata do porte ilegal de arma de fogo, acessórios e munição, possuindo as mesmas características do artigo 12, sendo crimes de lesão presumida, crimes de mera conduta.

Tal artigo, ao contrario do artigo predecessor, traz muitos mais núcleos, ou seja, muito mais condutas que, se ocorridas resultarão do cometimento do ilícito penal.

São condutas típicas desse artigo portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar. Todas essas ações exigem uma condição, a de que essa ação ocorra sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Damásio E. de Jesus (2007, p. 51) diferencia transportar de portar. Informa o autor que no “transporte, a arma de fogo é levada de um lugar a outro por algum meio de

locomoção (automóvel, aeronave, barco, etc). O porte indica a idéia de carregar (pessoalmente)”.

Tal como na posse, incorre nesse delito, como sujeito passivo, qualquer um que realize quaisquer das ações acima mencionadas, mesmo que sem intenção de uso da arma de fogo, tendo em vista trata-se de crime de mera conduta.

O presente trabalho busca a demonstração de certos princípios que podem ser aplicados pelo julgados de casos relativos com o tema, buscando a absolvição do acusado.

Trata-se de uma busca pela justiça efetiva, através do Poder Judiciário, tendo em vista absurdos legislativos, com o apresentado no presente estudo. O atual estatuto do desarmamento é uma atitude do legislador em vistas à diminuição dos delitos envolvendo armas de fogo, entretanto, essa busca desmedida por uma segurança utópica leva à absurdos legislativos como o tratado aqui.

Veremos então alguns princípios que podem ser aplicados levando-se em conta o objetivo acima. Deve-se esclarecer antecipadamente, entretanto, que o presente trabalho não busca exaurir todos os princípios que, ao menos em tese, podem ser aplicados ao estudo.

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito deve ocupar-se, igualmente, da segurança de seus cidadãos, lançando mão de recursos e meios para a prevenção e resolução de conflitos. Um desse meios à ser utilizados pelo legislador, pelo governante, é o Direito Penal. Porém o Direito Penal deve ser utilizado como ultima ratio, um ultimo recurso, devendo haver a possibilidade de resolução de qualquer conflito instaurado por outros ramos do Direito.

O princípio da intervenção mínima do direito penal, nesse contexto, consiste exatamente nessa aplicação excepcional do mesmo. O direito penal deve ser aplicado apenas em ultima circunstância. Quando todas as outras áreas jurídicas falharem, entraria então em ação o direito penal.

Guilherme Nucci nos ensina que “a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade”. (2008, p.72)

Complementa o citado autor: “Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo-se sanção penal ao infrator”. (2008, p. 72)

Ensina Rogério Greco da seguinte forma: “O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância”. (2008, p. 49)

A Ministra do STF Carmem Lúcia, no julgamento do RHC 89.624/RS, o qual funcionou como relatora, cita trabalho de Damásio de Jesus e Eugênio Raúl Zaffaroni nos seguintes termos:

Como explana Damásio de Jesus, “recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (Revista da ESMape, Recife, vol. 5, nº 12, 2000, p. 229)

Da mesma forma, Eugênio Raúl Zaffaroni pronuncia-se no sentido de que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requerer sempre “alguma atividade”, uma vez que nem toda afetação “é capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal” (Manual de Direito Penal Brasileiro, Revista dos Tribunais, 2004, p. 534).

Verifica-se então que aplica-se o referido princípio buscando sempre o afastamento do Direito Penal, exceto quando estritamente imprescindível. No caso em estudo, não é verificada de forma prática qualquer lesividade no porte ou posse de munição desarmando. Não se vê qualquer ameaça à incolumidade pública o fato de um cidadão portar ou ter em sua posse uma simples capsula de munição, fato esse que muitas vezes nada mais é do que um artigo decorativo ou objeto de estima pessoal, sem qualquer vinculação com delitos ou afins.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, trata-se de um princípio implícito em nossa Ordenamento. Fernando Capez (2008, p. 20), em seu estudo sobre o princípio em questão assim doutrina:

Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas.

Por outro lado, esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. A sociedade vê limitados certos comportamentos, ante a cominação da pena, mas também desfruta de uma tutela a certos bens, os quais ficarão sob a guarda do Direito Penal.

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da sociedade.

O trecho do referido autor, quando analisado à sombra dos delitos de porte e posse de munições, verifica-se o total desrespeito à proporcionalidade, pois é contra todo pensamento

lógico e racional a equiparação dos delitos de porte e posse de armas de fogo e apenas de suas munições. Tal princípio busca evitar esse tipo de situação, ao criar as bases para uma legislação mais justa.

O direito é o meio para alcançar a utópica justiça, ou ao menos algo parecido ou próximo, e podemos utilizar como exemplo máximo dessa busca pela justiça o princípio da proporcionalidade.

Graziele Martha Rabelo (2009), em artigo sobre o Princípio da Proporcionalidade, doutrina: “O princípio da proporcionalidade integra uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos”.

Rogério Greco (2008, p.77), citando Cesare Beccaria assim fala: “Em seu § XLVII, Cesare Bonessana concluiu que, ‘para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionais ao delito e determinada pela lei”.

O delito de posse e porte de munições, muito embora haja esse entendimento de ser um crime de mera conduta, vêm contra toda a proporcionalidade inerente ao bom funcionamento do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Para constatar essa total desproporcionalidade dos tipos penais em estudo ao ordenamento em geral, vemos que aqueles possuem penas de 01 à 03 anos de detenção para o delito de posse e 02 à 04 anos de reclusão para o delito de porte. Tais penas são muito parecidas à prescrita pelo artigo 155 do Código Penal.

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O delito de furto, previsto no artigo transcrito acima, como se verifica, possui pena entre 01 e 04 anos de reclusão. A pena do furto torna-se ainda mais branda que a do porte de munições, pois, neste variação da pena é menor que a do furto. Enquanto em um o aplicador do direito possui 03 anos entre o mínimo e o máximo (furto), no outro o aplicador possui apenas 02 anos (porte).

Ainda mais o mínimo do porte de munições se mostra superior ao do furto, que obviamente, trata-se de delito bem mais gravoso e ofensivo à sociedade que o simples porte de munições desarmadas.

Dessa forma, o julgador, ao entender a aplicação de alguns princípios penais, tais como o em estudo, pode afastar a punibilidade do delito, para haver um respeito à tais princípios.

A equiparação dos delitos estudados nos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/2003 é algo que fere a proporcionalidade, pois são, claramente, delitos de periculosidade diferentes. O fato de andar com uma única munição no bolso da calça não faz com que o cidadão seja um criminoso apto à ser processado e julgado como se mantivesse em suas mãos uma arma de fogo devidamente muniada e pronta para disparos.

De fato, o princípio em questão muito pode ajudar aos julgadores no momento de sentenciar o acusado, buscando dessa forma, realizar verdadeira justiça não conhecida pelo legislador.

O Princípio da Ofensividade busca, inclusive, quebrar o entendimento de que os delitos dos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/2003 são de mera conduta, crimes de perigo abstrato.

Fernando Capez (2008, p. 22), define que, segundo tal princípio “não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico”.

Busca, em verdade, tal princípio, afastar o condão intervencionista do Estado, garantindo maior liberdade ao cidadão. Para que haja uma punição penal pelo Estado, em análise com o princípio da ofensividade, deve haver ao um perigo real na ação do indivíduo. A idéia dos crimes de perigo abstrato ou de mera conduta, com base nele, é fora da realidade.

Rogério Greco (2009, p. 53), faz uma comparação entre o princípio da lesividade ou ofensividade e o da intervenção mínima.

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.

Verifica-se que a aplicação conjunta dos princípios aqui estudados corroboram ainda mais a tese de destipificação dos delitos de posse e porte de munição desarmada.

Complementa Greco (2009, p. 53), da seguinte forma:

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O princípio da lesividade ou ofensividade, busca a descaracterização de delitos que não afetem o bom andamento da sociedade. O porte de uma munição, por si só, não causa qualquer tipo de constrangimento ou gera uma ameaça a sociedade. Uma simples munição desarmada é tecnicamente impossibilitada de realizar disparos, não havendo, portanto, qualquer ameaça à sociedade.

5. O posicionamento dos Tribunais Superiores.

Ao contrario do que busca nosso trabalho, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores entendem pela tipicidade do porte e posse de munição desarmada, levando-se em conta serem, seguindo entendimento da doutrina igualmente majoritária, crimes de mera conduta, onde a lesividade ou potencialidade de lesão não são consideradas. Vejamos algumas dessas decisões:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA.

1. O porte ilegal de munição submete-se ao tipo descrito art. 14. da Lei 10.826/2003, por trata-se de crime de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante a averiguação de sua potencialidade lesiva.

2. Habeas Corpus denegado.

(HC 200.973 - SP / Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze / STJ - Quinta Turma)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. PORTE DE ARMA. AUSÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PROVIDO.

I. O porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (incluído no tipo os acessórios e a munição) é crime comum, de mera conduta, isto é, independe da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e de perigo abstrato, ou seja, o mau uso do artefato é presumido pelo tipo penal.

II. Considera-se materialmente típica a conduta daquele que, mesmo sem portar arma de fogo, é surpreendido portando qualquer de seus acessórios ou munição.

III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(Recurso Especial 1.191.122 - MG / Rel. Min. Gilson Dipp / STJ - Quinta Turma)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. DELITO DE PERIGO ABSTRATO.

Na linha de precedentes desta Corte o porte de munição é delito de perigo abstrato, sendo, portanto, em tese, típica a conduta daquele que é preso portando munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. (Precedentes). Recurso improvido. (Recurso Especial 883824 - RS / Rel. Min. Feliz Fischer / STJ - Quinta Turma)

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE CALIBRE RESTRITO (ART. 16 DA LEI 10.826/03). PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E DEZ DIAS-MULTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1610.8261. Na linha de precedentes desta Corte, para a configuração do delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, basta o porte de munição de uso proibido ou restrito sem a devida autorização da autoridade competente.1610.8262. O aludido crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 visa a resguardar a incolumidade pública, sendo presumida, por Lei, a ofensividade ao bem jurídico tutelado, que decorre da mera conduta de portar munição de arma de fogo, a qual, portanto, é, em tese, típica. Não há, dessa forma, como ser acolhida a tese da defesa, relativa à atipicidade material da conduta, mormente na hipótese dos autos em que o paciente foi surpreendido por Policiais Cíveis, portando 16 cartuchos, calibre 40, todos com capacidade para sofrer deflagração e sendo adequados para armas do tipo pistola e submetralhadora, consoante o Laudo de Exame de Munição.1610.8263. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.6. Ordem parcialmente concedida, para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

(112553 RJ 2008/0170736-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 18/03/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2010)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO SEM MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação encontrar-se a arma muniçada ou não. Precedentes. Writ denegado.

(HC 103539 - RS / Rel. Min. Rosa Weber / STF - Primeira Turma)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. (ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MATERIAL DA

CONDUTA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado por MARÇO ANTÔNIO ARANTES DE PAIVA e ISAURA MEDEIROS CARVALHO, advogados, em benefício de FÁBIO DOS SANTOS ARAÚJO, contra decisão do Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, que, em 29.2.2012, indeferiu a medida liminar requerida no Habeas Corpus n. 233.498. O caso 2. Pelo que se tem nos autos, o Paciente foi preso em flagrante e denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (posse ilegal de munição de arma de fogo de uso permitido). 3. A defesa impetrou o Habeas Corpus n. 0012999-68.2012.8.26.0000 contra ato do juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande/SP, requerendo a sustação da ação penal. Em 26.1.2012, o Relator, Desembargador Ronaldo Sérgio Moreira da Silva, do Tribunal de Justiça de São Paulo, indeferiu a medida liminar requerida: "1. Trata-se de habeas corpus impetrado pelos Advogados Março Antonio Arantes de Paiva e Isaura Medeiros Carvalho e pelo Estagiário Bruno Nogueira Souza de Castro, com pedido de liminar, em prol de Fábio dos Santos Araújo, contra ato do MM. juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, sob a alegação de constrangimento ilegal. É que o paciente foi processado por porte ilegal de munição de arma de fogo, de uso permitido, crime este cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. No entanto, portar munição desacompanhada da respectiva arma de fogo é conduta atípica, pois não possui poder lesivo algum, não afeta, sequer em potencial, o bem jurídico tutelado pelo legislador pátrio. Por isso, ante a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, postula liminarmente pela imediata sustação da marcha processual e das audiências determinadas e, ao final, pelo trancamento da ação penal. 2. É sabido que, para o pronto exame da legitimidade das alegações contidas na impetração e o alcance da eficácia almejada, mister se faz a presença dos requisitos necessários à outorga da cautela - concessível somente em casos excepcionais -, o que não se vislumbra nesta etapa cognitiva sumaríssima, não aflorando dos autos, de resto, ilegalidade manifesta. Indefiro, pois, a prestação jurisdicional buscada em caráter liminar. 3. Outrossim, oficie-se à digna Autoridade Judiciária apontada como coatora, solicitando urgentes informações acerca das alegações fático-jurídicas postas na impetração, com cópias de peças do processo, pertinentes e necessárias à solução deste remédio constitucional. 4. Após a apresentação das informações, o Cartório encaminhará os autos à E. Procuradoria Geral de Justiça, para oferecimento de seu imprescindível parecer. 5. Ao final, deverão os autos voltar imediatamente conclusos a este relator". 4. Contra essa decisão foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça o Habeas Corpus n. 233.498. Em 29.2.2012, o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, indeferiu a medida liminar requerida nessa impetração: "Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Fábio dos Santos Araújo, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela suposta prática do fato típico descrito no artigo 12 da Lei n. 10.826/03 (posse ilegal de munição de arma de fogo de uso permitido). Irresignada, a defesa impetrou o Habeas Corpus de n. 0012999-68.2012.8.26.0000 na origem, objetivando o trancamento da ação penal. O desembargador-relator indeferiu o pedido liminar. Impetrado então o presente habeas corpus, alega o impetrante, em suma, que a munição desacompanhada da respectiva arma de fogo não possui poder lesivo algum. Equipara-se, portanto, à arma ineficaz ou de brinquedo, razão pela qual, certamente, ao final da presente ação penal, deverá ser reconhecida a atipicidade material da conduta do réu, com sua consequente absolvição (fl.

2). Ao final requer, liminarmente e no mérito, a sustação da marcha processual perante o juízo de primeiro grau (fl. 5). É o relatório. A concessão de liminar em habeas corpus é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano. Em juízo de cognição sumária, afigura-se inviável acolher-se a pretensão, porquanto a motivação que ampara o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito do writ, devendo o caso concreto ser analisado mais detalhadamente quando da apreciação e do seu julgamento definitivo. Com essas considerações, não tendo, por ora, como configurado constrangimento ilegal passível de ser afastado mediante o deferimento da liminar ora pretendida, com manifesto caráter satisfativo, indefiro-a. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora. Após a juntada das informações, dê-se vista ao Ministério Público Federal". 5. Essa decisão é o objeto do presente habeas corpus, no qual os Impetrantes reiteram a alegação de atipicidade material da conduta imputada ao Paciente suscitada nas instâncias antecedentes, pois a "munição desacompanhada da respectiva arma de fogo não possui poder lesivo algum". Este o teor dos pedidos: "Isto posto, serve a presente para pedir a V. Exa. se digne em cautelarmente determinar a sustação da marcha processual perante o juízo de primeiro grau, até que se manifeste a D. Câmara do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto ao mérito do writ interposto, e, após oitiva do Subprocurador da República, se digne a D. Turma em convalidar a liminar concedida". Examinada a matéria posta à apreciação, DECIDO. 6. A análise dos elementos da impetração não demonstra a existência de ilegalidade ou constrangimento ilícito a que estaria submetido o Paciente. A pretendida flexibilização da Súmula n. 691 deste Supremo Tribunal somente poderia ocorrer se configurada situação excepcional, quando patente a transgressão às normas vigentes pela decisão questionada e a sujeição da pessoa a manifesto constrangimento, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido é a jurisprudência deste Supremo Tribunal (HC 89.970, de minha relatoria, DJ 22.6.2007; HC 90.232, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.3.2007; HC 89.675-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 2.2.2007; HC 90.602, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.6.2007). 7. Na espécie vertente, a situação dos autos traduz dupla supressão de instância, pois se insurgem os Impetrantes contra o indeferimento de medida liminar pelo Superior Tribunal de Justiça, após a liminar ser indeferida no Tribunal de Justiça de São Paulo. Quanto a essa matéria, este Supremo Tribunal assentou a impossibilidade de seguimento regular da ação: "Habeas corpus. Questão de ordem. Inadmissibilidade de habeas corpus em que se pretende seja concedida liminar por esta Corte substitutiva de duas denegações sucessivas dessa liminar pelos relatores de dois tribunais inferiores a ela, mas dos quais um é superior hierarquicamente ao outro. -A admitir-se essa sucessividade de habeas corpus, sem que o anterior tenha sido julgado definitivamente para a concessão de liminar per saltum, ter-se-ão de admitir consequências que ferem princípios processuais fundamentais, como o da hierarquia dos graus de jurisdição e o da competência deles. Habeas corpus não conhecido" (HC 76.347-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 8.5.1998). E: "HABEAS CORPUS. Impetração contra ato de ministro do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de medida liminar em habeas corpus. Caso de ilegalidade aparente. Cognição que implicaria, ademais, dupla supressão de instância. Não conhecimento. Denegação ulterior de HC de co-réu, pelo STJ. Irrelevância. HC indeferido. Agravo improvido. Aplicação da Súmula 691. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere, com legalidade aparente, a liminar, sobretudo quando o conhecimento implicaria

dupla supressão de instância" (HC 86.552-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.2.2006). 8. Inviável o temperamento da aplicação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, por não se identificar, na espécie, ilegalidade flagrante ou afronta a princípios constitucionais ou legais na decisão objeto de impugnação. Ademais, em juízo preliminar do exame da espécie, tem-se que a alegação de atipicidade da conduta imputada ao Paciente não tem plausibilidade jurídica. Este Supremo Tribunal assentou ser típica a conduta de posse ilegal de munição, como o é também a conduta de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada sem autorização. Nesse sentido: "PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003). TIPO NÃO ABRANGIDO PELA ATIPICIDADE TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. VACATIO LEGIS ESPECIAL OU ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA RESTRITA À POSSE DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE RESIDÊNCIA OU LOCAL DE TRABALHO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA OU PERIGO ABSTRATO. TUTELA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. A atipicidade temporária ou vacatio legis especial prevista nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 restringe-se à posse de arma de fogo no interior de residência ou local de trabalho, não se aplicando ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da mesma Lei). Precedentes: HC 96383/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Dje de 15/4/2010; HC 93188/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 5/3/09; HC 94213/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ de 5/2/09; HC 88291/GO, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 21/8/2008. 2. In casu, a denúncia formalizada contra o paciente narra que este detinha e transportava a arma em via pública, mais precisamente no interior de veículo automotor, tratando-se, portanto, de conduta em tese tipificada como porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003), e não como posse, que se limita ao interior da residência ou do local de trabalho. 3. A conduta de portar arma de fogo desmuniçada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar configura o delito de porte ilegal previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, crime de mera conduta e de perigo abstrato. 4. Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar muniçado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Precedentes: HC 104206/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/8/2010; HC 96072/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dje de 8/4/2010; RHC 91553/DF, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009. 5. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada, cassada a liminar para que o processo retome o seu trâmite regular" (HC 88.757, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20.9.2011 - grifos nossos). 9. Pelo exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), ficando, por óbvio, prejudicada a medida liminar requerida. Publique-se. Brasília, 12 de março de 2012. Ministra CÁRMEN
LÚCIA Relatora 1210.8261210.8261210.826 ESTATUTO DO
DESARMAMENTO 1410.8263032 ESTATUTO DO
DESARMAMENTO 303210.826: HC 96383/MG 1410.8261410.826
(112549 SP , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento:
12/03/2012, Data de Publicação: DJe-055 DIVULG 15/03/2012 PUBLIC
16/03/2012)

Alguns dos julgados apresentados tratam de armas de fogo desmuniada. Utilizamos tais julgados tendo em vista, como dito acima, serem fundamentados da mesma forma que o julgamento de processos que versam sobre munições desarmadas.

A fundamentação pela atipicidade do porte de arma de fogo desmuniada é a mesma utilizada em relação às munições desarmadas. De fato, o fundamento de ambas está na ausência de lesividade e na desnecessidade de intervenção do Estado em situações que não causem, sequer, ameaça de lesão à bem jurídico.

O STF, efetivamente, tem realizado julgamentos em relação apenas à arma de fogo desmuniada, entendendo, assim como o STJ, pela sua tipicidade, em razão de se tratar, seguindo o entendimento da Quinta Turma do STJ, de crime de mera conduta e perigo abstrato.

A discussão jurisprudencial maior sobre o tema encontra-se no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde suas turmas criminais, a 5º e a 6º, possuem entendimentos contraditórios e conflitantes.

Os julgados acima apresentados foram retirado de processos que tramitavam perante a Quinta Turma do STJ. Em entendimento contrário a Sexta Turma julga da seguinte forma:

Arma de fogo (porte ilegal). Falta de munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.2. Não comete, pois, crime de porte ilegal de arma de fogo aquele que consigo tem arma de fogo desmuniada.3. Habeas corpus concedido
(116742 MG 2008/0214551-5, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 11/12/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/02/2009)

Lembramos, como dito mais acima, que o fundamento utilizado pela jurisprudência tanto em favor, como contra, a atipicidade do porte e posse de munição, são os mesmos argumentos utilizados para o porte e posse de armas desmuniadas, a lesividade ou ao menos sua potencialidade.

Alguns Tribunais Estaduais, entretanto, divergem do entendimento dos Tribunais Superiores, entendendo pela atipicidade do porte e posse de munição, levando-se em conta que tal ação não afeta ou ao nem ao menos ameaça qualquer bem jurídico tutelado pelo direito.

PORTE DE MUNIÇÃO DESARMADA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

Assiste razão ao recorrente quando busca a sua absolvição da acusação de infração ao artigo 16 da Lei 10.826/03 por estar ele na posse e guardar um único cartucho calibre .40 adequado a arma de uso restrito.

Primeiro porque, discussão sobre a tipicidade da munição desarmada ou arma desmuniada à parte, certo é que a lesividade que a lei pretende punir não restou violada, já que um único cartucho seria incapaz de gerar perigo concreto ao bem jurídico que se afirma protegido. Depois porque o laudo atesta apenas se tratar de um cartucho calibre .40 que se encontra íntegro e tem capacidade para ser disparado, mas não afirma a sua eficácia, vale dizer, se disparado de fato a espoleta percutiria e o projétil seria lançado?

(Apelação 3857/2008. Rel. Des. Ricardo Bustamente. TJRJ - Terceira Câmara Criminal)

Porte ilegal de munição. Ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Atipicidade.

O porte de munição, sem alcance à respectiva arma, não tem capacidade para submeter a risco ou perigo concreto o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, impondo-se a absolvição por atipicidade da conduta.

(Apelação - 0002940-52.2010.8.22.0501. Rel. Des. Valter de Oliveira. TJRO - 1º Câmara Criminal)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONFIGURAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO - ATIPICIDADE.

1. Não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação do apelante, tampouco que a mesma foi baseada em indícios, diante do conjunto probatório existente.

2. O porte de munição, por si só, desacompanhada de arma ou artefato que viabilize sua efetiva utilização é desprovida de tipicidade material, porque inapta a produzir dano potencial ou efeito. (Precedentes).

3. Apelo provido parcialmente. Unânime.

(Apelação 0000666-24.2010.8.01.0009. Rel. Des. Feliciano Vasconcelos. TJAC - Câmara Criminal)

PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. Portar ou guardar meia dúzia de cartuchos de arma de fogo, não destinados ao comércio ou tráfico ilegal e desprovidos de instrumento detonador, não caracteriza a conduta incriminada no art. 14 da Lei n.º 10.826/2033. APELO DEFENSIVO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. (TJRS - Apelação Crime no 70018918854, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, j, em 17/05/2007)

CRIMINAL - POSSE DE MUNIÇÃO - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO. O simples porte de munição, sem alcance à respectiva arma, não tem capacidade para submeter a risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, pois o delito em exame, além da conduta, reclama um resultado normativo que acarrete dano, ou perigo concreto, já que o perigo abstrato, sem qualquer concretude, não resiste mais à adequada filtragem constitucional, nem às modernas teorias do Direito Penal. Recurso provido. (TJMG - Apelação Crime no 1.0411.06.027447- 8/001 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - j. 14/10/2008 - D.O.P.J. 23/10/2008).

Como se verifica dos julgamentos acima, há ainda uma escassez de julgamentos relativos ao porte e posse de munições por parte dos Tribunais Superiores, estando os poucos julgados desfavoráveis à atipicidade.

Dentre os poucos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que prescrevem o entendimento buscado pelo presente trabalho, temos:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. FALTA DE ACESSO PRONTO À MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC no 81.057-8/SP, "para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato." 2. De feito, o simples portar arma, sem que se tenha acesso à munição, não apresenta sequer perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, no caso, a segurança pública, devendo ser reconhecida a atipicidade material da conduta, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do direito penal. 3. Na hipótese, o paciente foi abordado portando uma espingarda, tipo carabina, desmuniçada, e na oportunidade acompanhou os policiais militares até a sua residência, onde foi encontrada a munição. Conduta atípica. 4. Ordem concedida. (HC 140.061/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010)

Em relação à julgados do Supremo Tribunal Federal, muito embora não haja decisões relativas aos dispositivos estudados (artigos 12 e 14 da Lei 10.826/2003), há decisão dissidente da majoritária, em relação à posse de munições de uso restrito, previsto no artigo 16 da lei em comento. Vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/03). PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. ORDEM CONCEDIDA. I - Paciente que guardava no interior de sua residência 7 (sete) cartuchos munição de uso restrito, como recordação do período em que foi sargento do Exército. II - Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/03. III - Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV - Ordem concedida.(HC 96532, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Há, entretanto, em alguns Estados uma jurisprudência mais favorável ao tema, com o entendimento de que a falta de lesividade ou mesmo potencialidade de lesão leva a atipicidade da ação.

Na apelação nº 3857/2008, do TJRJ, julgado na terceira câmara criminal, em seu voto, o relator Desembargador Ricardo Bustamente comenta:

Realmente essa questão é bastante controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência dos tribunais estaduais e Superiores, já tendo inclusive o Pleno no Supremo Tribunal Federal se manifestado quando do julgamento do HC/SP 85.240 por cinco votos a um pela atipicidade do porte de arma demuniçada, e *mutatis mutandi*, já acenando para a mesma orientação no caso de munição desacompanhada da arma, devendo por isso ser reconhecida a inteligência e coerência dos argumentos de direito postos a embasar a tese sustentada pela combativa defesa.

Já no processo 0002940-52.2010.8.22.0501, em sede de apelação, o Relator Desembargador Valter de Oliveira, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em seu voto, entende a situação em estudo da seguinte forma:

Entretanto, malgrado se afigure indubitável o porte ilegal das munições (art. 16, caput, da Lei no 10.826/03), venho adotando o entendimento de que a infração penal não é só conduta, impondo-se também um resultado, vale dizer, um dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado pela norma de regência.

Essa posição, de certa forma, renega os crimes de perigo abstrato, na medida em que torna sem sentido a punição pela simples ação, sem probabilidade de dano ou risco ao bem jurídico tutelado, como no presente caso.

O recorrente portava tão somente os cartuchos balísticos, sem possibilidade de uso, pois ausente a arma de fogo que proporcionasse o imediato carregamento. Essa circunstância permite concluir que, ao menos naquela oportunidade, as munições encontradas eram imprestáveis ao fim que se destinam.

Em razão disso, entendo que o caso deve ser solucionado pela aplicação do princípio da ofensividade mínima, segundo o qual não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Esse princípio, na verdade, constitui verdadeiro limite ao *ius puniendi*.

Para o Professor Luiz Flávio Gomes, a construção doutrinária que previa para a tipicidade apenas a exigência de conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica, é incompleta e formalista, pois só se preocupa com a subsunção formal da conduta à letra fria da lei. Assim entende o autor porque essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo, por meio do qual se chega ao cerne do delito, que reside na ofensa ao bem jurídico.

Destaca o autor que é possível ao sujeito realizar formalmente a descrição típica, mas não afetar o bem jurídico tutelado, como ocorre, por exemplo, com a falsidade inócua ou grosseira, em que o agente, formalmente, falsifica o documento, mas se este não tem potencialidade de enganar ninguém não afeta a função probatória do documento, que é um dos bens jurídicos protegidos. Nesse caso, então, em que não se atinge o bem jurídico colimado, não se reconhece tenha o agente violado a norma de valoração; daí, concluir o autor que, sem esse resultado (jurídico), não há se falar em

crime. (in “Princípio da Ofensividade no Direito Penal”, RT, 2002, pág. 60/61).

Na espécie versada, em que a denúncia imputou ao apelante a prática do delito previsto no art. 16, caput, da Lei 10.826/03, o bem jurídico tutelado é a segurança pública, exigindo-se à sua configuração que a conduta tenha colocado em perigo ou em risco concreto a incolumidade física de um número indeterminado de pessoas, o que não ocorre, a meu ver, com o simples porte de munição.

Desse modo, inexistindo, no caso concreto, ofensividade ou lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado – incolumidade pública –, não há falar em fato típico e, por conseguinte, em crime.

Verifica-se, em verdade, uma divisão jurisprudencial, mais favorável para a tipicidade do porte e posse de munições desarmadas, entendendo esses casos, bem como os de posse e porte de armas desmuniçadas (análogos, em tese), serem crimes de mera conduta e perigo abstrato, que pela simples ação do agente, em conformidade com o tipo penal, haveria o delito.

6. Considerações Finais.

Como visto no presente estudo, o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), em alguns de seus dispositivos, é expressão do modelo de Direito Penal Máximo em nosso ordenamento jurídico, em especial os dispositivos em estudo (artigos 12 e 14 do referido diploma legal).

O Estatuto, editado em razão do crescente número de crimes com armas de fogo, foi uma tentativa do Poder Estatal de amenizar tal situação criando mecanismos de regularização bem como de combate à posse e ao porte de armas de fogo, munições e acessórios.

Com essa busca pela “justiça” o legislador criou certos absurdos como a criminalização da posse e do porte de munições, mesmo que desarmadas. Em tais dispositivos, ficou equiparado a posse e o porte de munições desarmadas à posse e porte de armas devidamente muniçadas, com penas equivalentes ao do furto, crime bem mais danoso à sociedade.

Desta forma, cabe ao judiciário, com a aplicação de certos princípios do direito penal absolver o acusado de tais delitos, levando-se em conta a intervenção mínima do Estado, em direito penal, bem como o princípio da proporcionalidade, tendo em vista à equiparação de tais penas à penas de outros delitos bem mais prejudiciais, como, por exemplo, o delito de furto. Deve-se levar em conta ainda, o julgador, a total ausência de lesividade concreta na simples posse ou porte de munição desarmada.

Entretanto, o judiciário brasileiro, bem como a doutrina, majoritariamente, entendem de forma diversa. Apenas algumas decisões de tribunais estaduais, bem como dos Tribunais Superiores, esses último em habeas corpus, entendem pela atipicidade dos delitos de porte e posse de munição desarmada, levando em conta a ausência de lesão à sociedade.

Assim sendo, ficou demonstrado que há possibilidade de se considerar atípico o porte e posse de munição, gerando assim uma maior proteção ao acusado e à sua dignidade, por não ser condenado à um delito como o estudado.

Referências

BRASIL, Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências.

CANTERJI, Rafael Braude. Política Criminal e Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 1: parte geral. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de ; CARVALHO, Amilton Bueno de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.26. In: CANTERJI, Rafael Braude. Política Criminal e Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. In: CANTERJI, Rafael Braude. Política Criminal e Direitos Humanos. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p.42)

FRANCO, Paulo Alves. Estatuto do Desarmamento Anotado. 2º Ed. Campinas, SP: Servanda Editora, 2005.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal, vol. 1. 10º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LUZ, Renata Carvalho Derzié. A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada com base na jurisprudência do STJ e do STF. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3123, 19 jan. 2012](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20877>>. Acesso em: 24 out. 2012.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal do Desarmamento: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCÃO, Renato. Estatuto do Desarmamento: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RABELO, Grazielle Martha. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, nº 71, dez 2009. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990> Acesso em nov 2012.

PALADINO, Carolina Freitas. Política Criminal: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo. Rio de Janeiro: Rev. SJRJ, V. 17, n. 29, p.61-82, dez. 2010.

REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ICMS: as potencialidades de proteção ao meio ambiente
suscitadas com a publicação da Lei nº 9.600/2011 que instituiu o ICMS Ecológico no Estado da
Paraíba

Francisco Petrônio de Oliveira Rolim*

Ms. Mayra de Andrade Marinho**

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise dos institutos que envolvem a proteção ao meio ambiente por meio da possibilidade de os Estados repassarem aos seus respectivos Municípios parcelas da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS – como mecanismo de incentivo econômico e de proteção ao meio ambiente. Desse modo, pretende-se, em sentido amplo, a apreciação de conceitos, princípios e instrumentos próprios do Direito Ambiental, como forma de garantir a preservação dos recursos naturais, além da ligação entre este ramo e o Direito Econômico. Serão abordadas, ainda, as atividades tributária e financeira do Estado visando arrecadar recursos para atender aos fins a que se destinam. Em sentido restrito, pretende-se demonstrar a possibilidade de aplicação do produto da arrecadação do ICMS para a manutenção e preservação do meio ambiente, direito fundamental de toda a coletividade.

Palavras-chave: Proteção ao meio ambiente. ICMS Ecológico. Lei estadual nº 9.600/2011.

ABSTRACT:

Keywords:

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Proteção ao meio ambiente; 2.1 Princípios do Direito Ambiental; 2.2 Política Nacional do Meio Ambiente; 2.3 Espaços territoriais especialmente protegidos; 2.4 Direito Econômico e a proteção ao meio ambiente; 3. Tributação ambiental; 3.1 Atividade tributária do Estado; 3.2 Atividade financeira do Estado: repartição constitucional de receitas tributárias; 3.3 Tributação ambiental: finalidade extrafiscal e função social do tributo; 3.4 Instrumentos econômicos de política ambiental; 4. Análise do ICMS Ecológico; 4.1 Normas gerais sobre o ICMS; 4.2 ICMS Ecológico no Brasil e suas potencialidades; 4.3 Análise da Lei nº 9.600/2011 do Estado da Paraíba; 4.4 Possibilidade do repasse do ICMS Ecológico no Estado da Paraíba; 5. Considerações finais; Referências.

* Bacharelado em Direito pelo IESP

**Orientadora

1. INTRODUÇÃO

A importância dos problemas ambientais nos faz, diante da emergência e da gravidade, procurar alternativas para o fomento do progresso humano, cuja questão passa pela preservação do meio ambiente, condicionada aos aspectos legais normatizados no ordenamento brasileiro. Num contexto nacional e global de crescentes desigualdades econômicas, no qual ocorre a apropriação de recursos naturais cada vez mais concentrada, é crucial conceber e aplicar princípios de justiça ambiental.

A presente pesquisa é baseada no uso de recursos bibliográficos, artigos científicos, análise das legislações nacionais e estaduais. Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa compreende duas etapas distintas e complementares: a bibliográfica, caracterizada pelo estudo teórico do material já publicado, e a documental, caracterizada pela análise comparada das legislações estaduais.

Neste trabalho, a investigação caracteriza-se como qualitativa uma vez que a principal fonte de dados é proveniente do exame de legislações relativas ao repasse do ICMS para os municípios dos Estados do Brasil, e como descritiva, em função do conhecimento emergido ser o foco principal da abordagem. Portanto, tal procedimento metodológico possibilita a definição dos elementos a serem analisados, com vistas a identificar os aspectos da legislação do ICMS Ecológico no Estado da Paraíba, relativamente às semelhanças e diferenças, com a finalidade de verificar se os conteúdos legais contribuem para o desenvolvimento sustentável dos municípios.

O ICMS Ecológico surgiu no Brasil, pioneiramente no Paraná, em 1991, a partir da aliança do entre o Estado e Municípios, mediatizado pela Assembleia Legislativa do Estado. Nascido sob a égide da “compensação”, o ICMS Ecológico evolui, transformando-se ao longo do tempo, também, em instrumento de incentivo, direto e indireto, à conservação ambiental.

Em 21 de dezembro de 2011, foi publicada a Lei n.º 9.600 que institui o ICMS Ecológico no Estado da Paraíba. A lei prevê a destinação de 5%, de 1/4 do ICMS arrecadado pelo Estado para os Municípios que abrigarem, na totalidade ou em parte de seu território, uma ou mais unidades de conservação públicas e/ou privadas, instituídas nos âmbitos municipal, estadual e federal, considerados os critérios de qualidade a serem definidos e aferidos pela Superintendência de Administração do Meio Ambiente (SUDEMA), o órgão estadual responsável pela gestão ambiental; na mesma razão, 5% destinados aos Municípios que promovam o tratamento de, pelo menos, 50% do volume de lixo domiciliar coletado, proveniente de seu perímetro urbano, podendo esses recursos serem repassados cumulativamente.

O ICMS Ecológico representa uma iniciativa que pode ser adotada por qualquer estado brasileiro. Considerando 1/4 da arrecadação do ICMS, o perfil da sua atual distribuição nos Estados brasileiros permite esta possibilidade, sendo que em algumas unidades da Federação o critério do repasse pelo Valor Adicionado Fiscal esta acima dos 75% determinados pela

Constituição Federal; 16 Estados já possuem o critério ambiental, dentre os quais 13 estão em funcionamento.

A principal tarefa da gestão ambiental deixou de ser apenas o combate ao desenvolvimento irracional, tornando-se uma ferramenta de fomento ao desenvolvimento sustentável, que considera as relações econômicas ao longo do tempo. No campo das atividades econômicas, sabe-se que elas quase sempre geram repercussões ambientais, na medida em que se utilizam do seu poder transformador sobre os recursos naturais.

Nesse contexto, as tradicionais práticas de gestão ambiental baseadas no comando e controle, na fiscalização e licenciamento ambientais, são insuficientes para induzir novos comportamentos nos agentes econômicos. Eles precisam ser combinados com instrumentos econômicos que venham induzir os empreendedores a adotarem atividades ambientalmente sustentáveis.

Este trabalho foi desenvolvido com base no estudo e na análise das potencialidades a serem exercitadas com o advento do ICMS Ecológico no Estado da Paraíba, objeto de políticas públicas de proteção ao ecossistema, dentro de um modelo operacional de desenvolvimento ambiental sustentável, tendo como base o princípio protetor-recebedor, que visa incentivar economicamente a quem operacionaliza as suas atividades de maneira ecologicamente correta.

No segundo capítulo, analisou-se os principais aspectos sobre a proteção ao meio ambiente, os princípios do Direito Ambiental, a Política Nacional do Meio Ambiente, os seus objetivos e instrumentos, dentre os quais se destacam os espaços territoriais especialmente protegidos. Explora-se, também, a questão das externalidades da produção econômica e a necessidade de internalização das mesmas, enfatizando a relação entre o Direito Econômico e a proteção ao meio ambiente.

No terceiro capítulo, é abordada a tributação ambiental, a repartição constitucional de receitas tributárias, o caráter extrafiscal da tributação ambiental e as formas de sua implementação e os instrumentos econômicos da política ambiental.

No quarto capítulo, o foco chega ao tema principal deste trabalho, o ICMS Ecológico, como instrumento financeiro de proteção ao meio ambiente. Passa-se a descrever o contexto em que ele surge, as diversas formas como foi adotado pelos Estados brasileiros, e os benefícios auferidos com a sua concretização.

Ao final do presente trabalho monográfico, procurou-se demonstrar e enfatizar o que o ICMS Ecológico, à luz da Lei nº 9.600/2011, proporcionará ao meio ambiente, no âmbito das gestões municipais, para o Estado da Paraíba.

2. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal (CF), artigo 225, assegura que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de um direito fundamental, de terceira geração, direito difuso aplicado a toda coletividade, dentro de várias dimensões.

Para Milar (2001, p.109), Direito Ambiental “é o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”.

O conceito de meio ambiente está previsto na Lei nº 6.938/81, art. 3º, I, sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas”. É considerado “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, I).

O Direito Ambiental é regido por princípios, normas jurídicas, regras e instrumentos para preservação e restauração dos processos ecológicos, dos ecossistemas, dos patrimônios cultural e genético, além da definição de espaços territoriais especialmente protegidos, de exigência de estudos de impacto ambiental e de prévio licenciamento para as obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, do controle da poluição em todas as suas formas, da educação ambiental e da participação popular em audiências públicas e processos licenciatórios (ANTUNES, 2007).

A Carta Magna, nos artigos 20, inciso II, e 24, incisos VI, VII e VIII, determina que a competência administrativa e legislativa, respectivamente, são comum e concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no sentido de promover a proteção do meio ambiente e combater à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e responsabilidade por dano ao meio ambiente.

À União cabe legislar normas gerais aplicadas a todos os entes, enquanto os Estados e o Distrito Federal possuem competência para suplementar a legislação federal para satisfazer suas necessidades regionais, ao passo que aos Municípios cabe a suplementação sempre que houver interesse local.

A Constituição Federal traz, ainda, outros dispositivos de proteção ao meio ambiente, tais como: ação popular e ação civil pública na defesa do meio ambiente (art. 5º, LXXIII; art. 129); preservação do meio ambiente como princípio da ordem econômica (art. 170, VI); estabelece o dever do sistema único de saúde de colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 200, VIII); a caracterização do conjunto urbano e sítios de valor ecológico como patrimônio cultural brasileiro (art. 216, V); dentre outros.

A responsabilidade de proteção ao meio ambiente é dos entes federativos, bem como da coletividade, sendo que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os

infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, §3º, CF).

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Os princípios são verdadeiras normas jurídicas presentes no texto constitucional capazes de atuar como premissas a serem observadas por todo o ordenamento jurídico. No Direito Ambiental não poderia ser diferente; os princípios foram elevados ao *status* de norma constitucional possuindo natureza finalística. É importante ressaltar que, embora sejam princípios do Direito Ambiental, a doutrina aponta relação direta entre esse ramo e o Direito Econômico, sendo, portanto, princípios comuns (ANTUNES, 2007).

O primeiro deles é o princípio da participação, também conhecido como participação popular ou comunitária, consistindo na participação de forma ampla de toda a coletividade nas decisões que envolvem matéria ambiental, tais como: processos administrativos e judiciais, participação legislativa direta (através do plebiscito e do referendo), audiências e consultas públicas, dentre outros.

Como corolário do princípio da participação, encontra-se o princípio da cooperação, estabelecido como o princípio através do qual se consolida uma divisão de funções dentro da ordem econômica, que tem por fundamento as relações de mercado, reportando ao Estado e aos cidadãos a divisão dos custos decorrentes da concretização de uma política preventiva de proteção ambiental (MILAR, 2001).

Outro princípio importante é o da prevenção, que decorre da constatação de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Isso significa que, quando da ocorrência de um dano ambiental, nem sempre poderá ser feita sua reparação e, certamente, nos casos em que isso seja possível, os custos serão bastante altos. Portanto, é necessária uma atuação preventiva, visando evitar o dano, tendo em vista que é mais barato e eficaz a preservação do recurso ambiental do que a sua reparação.

Diretamente ligado à prevenção, porém diferenciado, o princípio da precaução deve ser visualizada não só em relação às gerações presentes, como também em relação ao meio ambiente das gerações futuras, estando relacionada ao controle dos riscos que as atividades e obras podem gerar ao meio ambiente.

De acordo com o Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro (1992):

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da precaução tem um significado mais específico que o da prevenção, querendo fornecer indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos no plano científico.

O que distingue o princípio da prevenção da precaução é que, no primeiro, em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido. Se houver dúvida ou incerteza, expressa com argumentos razoáveis, quanto à existência de dano, também se deve agir prevenindo, ainda que haja incerteza científica quanto à possibilidade, ou não, de o dano acontecer, sendo esta a grande inovação do princípio da precaução (MILAR, 2001).

Dentro desse contexto encontra-se o princípio do desenvolvimento sustentável, que possui duas vertentes. Segundo Antunes (2007), a primeira delas é a denominada “equidade intergeracional”, enquanto que a segunda é compatibilização do crescimento econômico com a preservação do meio ambiente. A ideia básica é a de incluir a proteção do meio ambiente, não como um aspecto isolado, mas como parte integrante do processo global de desenvolvimento dos países. Como consequência disso, deve-se situar a defesa do meio ambiente no mesmo plano, em importância, de outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica.

O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser extraído do enunciado do Princípio 3, da Rio-92, segundo o qual “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”.

A relação entre crescimento e desenvolvimento sustentável se perfaz no âmbito de um conceito moderno de que proteção aos recursos ambientais não necessariamente implica em diminuição do crescimento econômico. Por outro lado, também é questionável o argumento de que só o crescimento econômico pode garantir proteção ambiental. Quanto maior for o crescimento econômico de uma determinada sociedade, maior tende a ser sua preocupação com o desenvolvimento de tecnologias limpas. Porém, sendo maior a produção econômica, maior costuma ser também a quantidade de recursos naturais a serem apropriados. Mas isso não é uma regra (MODÉ, 2003).

A Constituição Federal de 1988 incorporou de forma expressa o princípio do desenvolvimento sustentável, tanto no caput do artigo 225, pela preocupação com a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, quanto no artigo 170, V, tendo firmado a defesa do meio ambiente como princípio conformador da ordem econômica. Assim, o objetivo previsto no artigo 3º, II da Constituição Federal, de garantir o desenvolvimento nacional, deve ser realizado com a observância dos valores acima mencionados.

Outro princípio importante do Direito Ambiental é “o princípio do poluidor pagador, que visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental, e como consequência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente” (MODÉ, 2003, p.63). Por

esse princípio, aquele que causar alguma poluição ambiental deverá arcar com os custos e com as medidas da prevenção e mitigação do dano.

O princípio do poluidor pagador também foi incorporado na Declaração do Rio-92, com o seguinte conteúdo:

Princípio 16: As autoridades nacionais deverão envidar esforços no sentido de promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em consideração a política de que o poluidor deverá, em princípio, arcar com os custos da poluição, considerando o interesse público e sem distorcer-se o comércio e as inversões internacionais.

É possível ressaltar que o princípio do poluidor pagador, não é apenas um princípio que busca a compensação pelos danos causados pela poluição. Seu alcance é muito maior, incluindo todos os custos da proteção ambiental, quaisquer que sejam eles, passando a incluir a prevenção, a reparação e o de repressão ao dano ambiental. Para tanto são necessárias as externalidades da produção econômica e internalização dos custos ambientais.

A produção de um bem ou sua utilização podem acarretar efeitos positivos ou negativos, suportados pelo próprio produtor, ou por toda a coletividade que sequer participou da cadeia produtora ou consumidora do produto. Quando os efeitos da produção ficam retidos no âmbito do próprio produtor, tem-se que tais resultados são efeitos internos; trata-se de efeitos externos quando, ao contrário, o produtor não consegue conter os efeitos de sua produção, ou não se interessa em fazê-lo.

Esses efeitos externos são as chamadas externalidades, que poderão trazer consequências positivas (ganhos) ou negativas (perdas) à sociedade. Pode-se dizer que, uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participaram da ação.

Assim, apresenta-se o problema de como evitar essas externalidades e, já tendo elas ocorrido, ou sendo inevitáveis, de como estabelecer meios para que os responsáveis arquem com a compensação dos danos. O conceito de externalidade é um fundamento da teoria econômica para as políticas ambientais. Segundo a doutrina, essa visão, a melhor recomendação política é a aplicação de instrumentos econômicos que incentivem os agentes a considerarem os custos sociais nas suas decisões individuais.

No que tange às externalidades negativas, o instrumento seria a tributação ambiental. Os tributos incidirão sobre as atividades produtivas poluidoras, considerando-se que o dano ambiental é uma perda social muito grave. Assim, caso um produtor provoque dano a um bem de terceiro, como resultado de sua produção, o custo da reparação desse dano deve ser internalizado pelo produtor, e não suportado pelo terceiro, sob pena de desequilibrar o mercado. Além disso, sendo a atividade potencialmente poluidora, deve o empreendedor arcar com os custos da diminuição, eliminação ou neutralização do dano.

Nesse sentido, a intervenção estatal é útil ao alcance do equilíbrio do mercado, na medida em que dará estímulo suficiente ao aumento da tecnologia não poluente, usando o incremento de incentivos fiscais.

Finalmente, tem-se o princípio do protetor recebedor ou do não-poluidor recebedor, segundo o qual aquele agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado. Pelo princípio do protetor recebedor, receberá incentivos econômicos o agente que, deixando de utilizar os recursos de uma determinada área, contribui para a sua preservação. Pode ser considerado como o oposto do princípio do usuário pagador, abordado acima.

O princípio do protetor recebedor também pode ser utilizado pela faceta do princípio do não-poluidor recebedor, segundo o qual todo agente público que deixar de poluir deve receber um incentivo ou prêmio por essa atitude, diferenciando-se daqueles agentes que ainda continuam a poluir o ambiente. Neste caso, trata-se do inverso do princípio do poluidor pagador.

2.2 POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) foi instituída por meio da Lei nº 6.938/198, e consiste no primeiro diploma legal a disciplinar de maneira sistematizada o meio ambiente, prevendo normas gerais, objetivos e instrumentos, a ser observado por todos os entes. Tem como objetivo maior “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os princípios” (art. 1º, PNMA). A referida lei criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente e o Conselho Nacional do Meio Ambiente, consistindo em mecanismos de promoção da preservação ambiental.

Os Objetivos da PNMA estão previstos no artigo 4º, Lei nº 6.938. O primeiro deles é o da “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (inciso I), estando diretamente relacionado à “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (inciso VI).

Para viabilizar o adequado uso dos recursos naturais é necessária a “definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico” (inciso II), “o estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais” (inciso III), “o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais” (inciso IV); a criação e difusão do uso de tecnologias, informações ambientais e formação de consciência pública (inciso V).

O último objetivo está relacionado ao princípio do poluidor pagador, contemplado no inciso VII, segundo o qual “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. A consequência da aplicação deste princípio está prevista na mesma Lei, no artigo 14, §3º: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Por outro lado, os Instrumentos da PNMA, previstos no art. 9º e seus incisos da Lei nº 6.938, são mecanismos que viabilizam a concretização dos princípios e dos objetivos consagrados na lei, destacando-se: estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; zoneamento ambiental; avaliação de impactos ambientais; licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal; sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental; criação de espaços territoriais especialmente protegidos; dentre outros.

2.3 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

A CF, no art. 225, §1º, inciso III prevê a definição, em todas as unidades da Federação, de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. No mesmo sentido, a Lei nº 6.938 traz como instrumento da PNMA a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas. Tais espaços podem ser instituídos em propriedades privadas ou em áreas públicas.

De acordo com o novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) tais espaços compreendem: Unidades de Conservação, Áreas de Preservação Permanente, Reservas Legais, Apicuns e Salgados e Áreas de Uso Restrito. As Unidades de Conservação são reguladas pela Lei nº 9.985/2000, e de acordo com art. 2º versam sobre o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de proteção”.

As Áreas de Preservação Permanente, de acordo com art. 3º, II, do Código Florestal, é a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos

hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”. São incluídas todas as áreas no entorno de lagos, rios, matas ciliares, cursos d’água, com o intuito de conservar a qualidade e perenidade de tais águas, incluindo dentre suas finalidades o abastecimento da população. .

Segundo o Código Florestal, art. 3º, III, Reserva legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, “com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.

Ainda de acordo o Código Florestal, os Salgados e Apicuns são considerados novos espaços territoriais especialmente protegidos, pois sua exploração depende de determinadas condições, de modo sustentável, regulando as salinas e carcinicultura, ao passo que as Áreas de Uso Restrito são espaços de Pantanaís e Planícies Pantaneiras nas quais é permitida a exploração ecologicamente sustentável, atendidas exigências técnicas.

2.4 O DIREITO ECONÔMICO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

O Direito Econômico consiste no ramo do Direito que busca a denominada ‘jurisdicização’ no sentido de ter como objetivo um tratamento jurídico da política econômica, tendo como sujeito o agente que participa de tal atividade. Sendo assim, tem-se o conjunto de princípios e normas de caráter econômico que visa assegurar os interesses individuais e coletivos, utilizando-se o ‘princípio da economicidade’ (SOUZA, 1999):

Tal princípio traduz a ideia de justiça, o que implica na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação, promovendo, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas, no sentido de verificar o emprego de verba pública através da melhor escolha do administrador, considerando custo-benefício.

O Direito Econômico é um instrumento utilizado pela política econômica, sendo o fundamento desta; o ponto de partida para o seu desenvolvimento, ao conceber na sua relação com a economia o próprio instrumento de sua efetivação e, ao mesmo tempo, um meio de direcionamento da mesma (CARDOSO, 2010).

A proteção ao meio ambiente está relacionada ao Direito Econômico, de modo que um dos os objetivos e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente estão ligados ao princípio do desenvolvimento sustentável, promovendo a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Derani (1997, p.68) demonstra a relação entre políticas econômicas e ambientais, entendendo que:

São indissociáveis os fundamentos econômicos de uma política ambiental conseqüente e exequível. E uma política econômica conseqüente não ignora a necessidade de uma política de proteção dos recursos naturais. Para isto, a economia deve voltar aos seus pressupostos sociais e abandonar qualquer pretensão por uma ciência exata. Pois, o que está em jogo não é só a otimização do uso privado de recursos, mas as 'externalidades' decorrentes e o modo de como esses recursos são apropriados. A economia política deve distender-se para uma política econômica – que na verdade deve ser denominada de modo mais abrangente como política social. Através de uma política econômica, pode-se empreender macro-planejamentos que coordenem interesses privados e coletivos, evitando que a realização de um seja a negação do outro, reinserindo a produção dentro de uma finalidade de constituição de riqueza social, voltando-se à melhoria da vida em sociedade.

Ao visar à manutenção do sistema produtivo, o direito econômico trabalha, necessariamente, com institutos de implementação do desenvolvimento. É, então, o direito do desenvolvimento econômico. Assim, o Direito Econômico e o Direito Ambiental comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam: buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo. Conforme o entendimento de Derani (1977, p.76-77):

A despeito da existência de dois fundamentos orientando a formação do direito econômico e direito ambiental, ambos almejam, em suma, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos substantivados na expressão qualidade de vida. Tal expressão traz o condão de traduzir todo o necessário aparato interno e externo ao homem, dando-lhe condições de desenvolver suas potencialidades como indivíduo e como parte fundamental de uma sociedade.

Sendo assim, o Direito Econômico e o Direito Ambiental andam sempre aliados, não sendo à toa que a Constituição Federal prevê em seu artigo 170 que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se, dentre outros, o princípio da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (artigo 170, inciso VI, CF).

3. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

3.1 ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO

Para Amaro (2009), a tributação por ser uma prática milenar concebida pela necessidade de convivência coletiva do homem, constitui-se na forma mais democrática de financiar as despesas de um País, Estado ou Município, logo se conforma como relevante na relação entre Estado e sociedade.

Nessa perspectiva, o poder de tributar está na origem do Estado que, permitiu a passagem do estado natural para uma sociedade mediada por um governo, que passa a arrecadar recursos para o financiamento de gastos públicos e atendimento às necessidades dos governados.

A tributação concorre para a construção do bem comum que legitima o poder de restringir a capacidade econômica individual para criar capacidade econômica social. Apresentando-se como prerrogativa indispensável para os interesses sociais, como atividade específica do encargo público, pois se trata de obrigação decorrente de lei e financiamento dos mecanismos de manutenção da ordem interna e demais demandas comunitárias.

Ainda dentro do ponto de vista de Amaro (2009), a tributação instituída adquire uma abrangência que influencia transversalmente todos os aspectos da vida, consubstanciando-se em um dos mais poderosos instrumentos de política pública, mediante a qual os governos implementam ações nos diversos campos de atuação, com impactos políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, que interferem na vida da coletividade.

Assim, para Sabbag (2012), o surgimento do Estado moderno aconteceu concomitantemente com o processo de desagregação do “Modo de Produção Feudal”, que legitimou a ação no bem comum, porém fortemente impregnado de interesses escusos. Nesse sentido, ressalta a garantia do poder que ocorreu mediante o uso da força pública desde o Renascimento até a Revolução Francesa, pois a sufocante tributação recaía sobre os contribuintes, burguesia e camponeses, devido a carga tributária evoluir abusivamente na proporção das necessidades régias, uma vez que a nobreza e o clero não pagavam tributos, em razão de benesse concedida pelo Estado.

Desse modo, o Direito Tributário é o ramo do Direito Público formado pelo conjunto de princípios, regras, normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a atividade de arrecadação tributária do Estado (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios), bem como os processos de fiscalização e as relações jurídicas entre o contribuinte e o ente federativo competente, além da repartição de receitas tributárias (ALEXANDRE, 2010).

O Sistema Tributário Nacional, normatizado pela CF é composto pelo conjunto de regras que atribuem competências tributárias aos entes federativos para instituição dos tributos, conferindo a eles o direito-dever de instituir impostos, contribuições de melhorias, taxas, empréstimos compulsórios e contribuições sociais de acordo com a repartição de competências, conforme o princípio da preponderância do interesse. Há previsão, ainda, dos limites ao poder de tributar, quais sejam os princípios e imunidades, aplicáveis à atividade tributária, incluindo instituição e majoração de tributos, arrecadação e fiscalização, de observância obrigatória dos entes políticos.

3.2 ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO: REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

“O Estado existe para a consecução do bem comum. Para atingir tal mister, precisa de recursos financeiros, o que faz basicamente, de duas formas que dão origem a uma famosa classificação dada pelos financistas às receitas públicas” (ALEXANDRE, 2010, p.38). Isto é, o Estado adquire recursos financeiros por meio das receitas originárias (regime jurídico predominantemente de Direito Privado, no qual o Estado explora o seu patrimônio) e as derivadas (regime jurídico predominantemente de Direito Público, originando-se do patrimônio do particular, nos quais se encontram os tributos).

O legislador constituinte ao determinar as competências tributárias, faz uma distribuição de forma desigual, gerando um desequilíbrio entre as receitas da União e dos demais entes federativos, tendo em vista a grande concentração de renda nos cofres daquela. Em razão disso, a CF também determina que a União repasse parcelas da arrecadação de seus tributos para os Municípios, Estados e Distrito Federal, e estes aos seus Municípios.

Sendo assim, tem-se a repartição constitucional de receitas tributárias, sendo certo que “a repartição da receita ocorrerá após o ingresso destas nos cofres de cada ente público, ou seja, após o exaurimento da relação de natureza tributária”, surgindo, pois, a atividade financeira estatal (ALEXANDRE, 2010, p.645). Tais transferências tributárias constitucionais entre a União, Estados e Municípios classificam-se em diretas, referentes aos repasses de parcela da arrecadação para determinado governo, e indiretas, mediante a formação de fundos especiais.

3.3 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: FINALIDADE EXTRAFISCAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

Dependendo dos fins colimados pelo legislador, a tributação pode ser classificada em fiscal, parafiscal e extrafiscal. A fiscalidade correspondente à natureza puramente arrecadatória do tributo, sem finalidade específica, visando, exclusivamente, a arrecadação de recursos financeiros para prover o custeio dos serviços públicos. Os tributos com finalidade parafiscal destinam-se ao custeio de atividades paralelas à da Administração Pública Direta, como, por exemplo, destinar o produto da arrecadação de contribuições sociais (de competência da União) para o financiamento da Seguridade Social (artigo 195, CF).

“O tributo possui finalidade extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica” (ALEXANDRE, 2010, p.99). Segundo Geraldo Ataliba, citado pelo Professor Sabbag (2012, p.157), o caráter inovador no âmbito do Direito Tributário:

Consiste a extrafiscalidade no uso no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

A Constituição Federal, em seu art. 151, I, ao tempo que veda a instituição de tributo não uniforme ou distinções dentro do território nacional, permite a concessão de incentivos fiscais que visem à promoção do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país, buscando atingir a justiça social.

Meirelles (1999, p.45) salienta que:

A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade. É ato de polícia fiscal, isto é, de ação do governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária.

No contexto ambiental, a extrafiscalidade visa à consecução de objetivos relacionados ao bem comum, atendendo a fins outros que não a arrecadação, mas geralmente, à correção de situações sociais indesejadas e a condução da economia, através do estímulo e do desestímulo de certas atividades, em busca da preservação do meio ambiente (VIANA, 2009).

Sendo assim, a tributação ambiental está relacionada à possibilidade de destinar parcela da arrecadação de determinado tributo à preservação do meio ambiente. Segundo o entendimento de Molina (2005, p.107) é possível contextualizar a relação entre o Direito Tributário e o Ambiental, ao conceber que:

Do ponto de vista da política ambiental, pode-se qualificar como tributo ecológico todo aquele cuja principal finalidade é servir à proteção do meio ambiente. Esta abrangente definição inclui também aqueles tributos cujo fato gerador não está relacionado com atividades contaminantes, desde que a arrecadação seja afetada para a proteção do meio ambiente. Os efeitos desses tributos constituem um instrumento de financiamento de políticas públicas.

Ao enfrentar o tema do controle das externalidades negativas, buscando harmonizar os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, merece destaque a figura da tributação ambiental, mostrando-se como um instrumento econômico promissor na luta pelo desenvolvimento sustentável. Assim, o tributo ecologicamente orientado deverá internalizar os custos ambientais, isto é, trazer para dentro o custo do produto o montante exigido pela reparação ambiental do mal que causa.

No caso da tributação ambiental, verificam-se duas finalidades: a fiscal e a extrafiscal. A primeira visa à obtenção de receitas que sejam aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente. A segunda tem por objetivo induzir comportamentos que, na ótica do Estado, sejam ambientalmente desejáveis ou de menor poder ofensivo ao meio ambiente. Nesse sentido, Antunes (2007, p. 9):

O Direito Ambiental é um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a

sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda.

Assim, reconhece-se que o tributo apesar de ter a função primordial de servir de instrumento jurídico financeiro para o Estado arrecadar recursos capazes de garantir as necessidades públicas, a legislação tributária pode constituir-se em mecanismo que pode contribuir com a gestão ambiental, com vistas à implementação do desenvolvimento sustentável, mediante o respeito da biodiversidade e dos recursos naturais, geridos, sobretudo, pelos municípios.

3.4 INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Os instrumentos econômicos são políticas que envolvem incentivos, os quais induzem os agentes a comportarem-se de acordo com o desejado. Um dos principais benefícios derivados do uso dos instrumentos econômicos relativamente aos de comando e controle é a possibilidade de criação de riquezas tarifária e fiscal, por meio da cobrança de tarifas, taxas, impostos ou emissão de certificados, buscando a garantia de recursos para os órgãos reguladores (CARDOSO, 2010).

Em virtude da crescente participação da sociedade brasileira para a instauração de um desenvolvimento que seja economicamente viável, socialmente justo e ecologicamente sustentável, o Estado tem instituído instrumentos econômicos de gestão ambiental, com a função de internalizar os custos ambientais nas atividades de produção e de consumo, como forma de induzir a mudança no padrão de uso dos recursos naturais.

Os instrumentos econômicos são de dois tipos: incentivos que atuam na forma de prêmios, os quais requerem um comprometimento de recursos do Tesouro, e incentivos que atuam como preços, os quais geram fundos fiscais.

Para Almeida (1997), vantagens atribuídas aos instrumentos econômicos pelos economistas neoclássicos são derivadas do posicionamento contrário aos mecanismos de regulação direta, por imporem modificações no comportamento dos agentes poluidores, através de processos interventivos, como padrões de poluição para fontes específicas, controle de equipamentos, de processos de produção e consumo, e produtos, com vistas adequar-se à preservação ambiental, obrigatoriedade de uso de tecnologias limpas já disponíveis, proibição total ou restrição de atividade durante determinados períodos do dia e áreas, por meio de concessão de licenças, não comercializáveis, para instalação e funcionamento, fixação de padrões de qualidade ambiental em áreas de grande concentração de poluentes e zoneamento ambiental.

Nesse sentido, destaca-se que a principal característica da política de comando e controle consiste em reconhecer o poluidor como “ecodelinquente” e, como tal, o obriga a obedecer à regra

imposta, pois caso contrário, o mesmo está sujeito a penalidades em processos judiciais ou administrativos (ALMEIDA, 1997).

Já para Cardoso (2010), os instrumentos econômicos ambientais não impõem proibições, mas estabelecem incentivos que induzem os agentes poluidores a comportamentos de controle de poluição, com custos menores, considerando a flexibilidade de ajustes e tecnologias, as quais resultam em maior eficiência econômica. Portanto, a política ambiental comporta os mais diversos instrumentos econômicos.

4. ANÁLISE DO ICMS ECOLÓGICO

4.1 NORMAS GERAIS SOBRE O ICMS

ICMS é a sigla que identifica o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, inciso II, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir tal imposto, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. A regulamentação infraconstitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996 e alterações posteriores.

Este imposto pode ser seletivo, em razão da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Na maior parte dos casos o ICMS, que é embutido no preço, corresponde ao percentual de 17 a 18%. Entretanto, para certos alimentos básicos, como arroz e feijão, e em algumas Unidades da Federação, o ICMS cobrado é de 7%. Já no caso de produtos considerados supérfluos, como, por exemplo, cigarros, bebidas, cobra-se o percentual de 25%.

O ICMS é um imposto não cumulativo, compensando-se o valor devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado anteriormente. Em cada etapa da circulação de mercadorias e em toda prestação de serviço sujeita ao referido tributo deve haver emissão da nota fiscal ou cupom fiscal. Esses documentos serão escriturados nos livros fiscais para que o imposto possa ser calculado pelo contribuinte e arrecadado pelo Estado.

Para o Estado da Paraíba, o ICMS é a maior fonte de recursos financeiros e, para que o governo possa atender adequadamente às necessidades da população, é importante que o [cidadão](#) exija sempre a nota fiscal ou o cupom fiscal e que esteja atento para defender o uso adequado dos recursos públicos.

4.2 O ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL E SUAS POTENCIALIDADES

A CF ao estabelecer a repartição constitucional das receitas tributárias determina que 75% da arrecadação do ICMS sejam destinados ao Estado para a sua manutenção e investimentos e que 25% dessa arrecadação sejam distribuídas aos municípios (CF, art. 158, IV). Ainda segundo a CF, dos 25% do ICMS destinados aos municípios, três quartos, no mínimo, serão na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios, ao passo que até um quarto, será de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Nesse sentido, cabe à lei de cada ente estadual dispor sobre a destinação de tais recursos, os quais podem ser destinados à fomentação de atividades rurais e agropecuárias, de atividades de preservação do meio ambiente, para população, entre outros.

É certo que, não havendo disposição expressa de destinação de parcelas dos recursos do ICMS para a preservação do meio ambiente e vedando expressamente a CF (art. 167, inciso IV) a vinculação de tributo a quaisquer despesas ou fundos (com exceção das possibilidades permitidas), faz-se necessário a tomada de consciência por parte das autoridades governantes desta realidade, de modo a adotar medidas legais que proporcionem o retorno dos tributos à natureza, com a perspectiva de proteger as respectivas origens.

Dentro desse contexto, o ICMS Ecológico é um instrumento econômico de política ambiental, de modo a destinar determinada parcela do um quarto recebido dos 25% destinados aos Municípios, no sentido de promover à preservação do meio ambiente, de acordo com o que dispuser a lei estadual. Assim, além de assumir conceito de compensação, também atua como verdadeiro incentivo econômico, premiando aqueles municípios que apresentam uma gestão preocupada com o meio ambiente (LOUREIRO, 2002).

O ICMS Ecológico foi implantado inicialmente, em 1991, pelo Estado do Paraná e atualmente está presente em quinze estados brasileiros, que apresentam realidades econômicas e ambientais diferentes. Nesta linha de raciocínio, Dias e Martinez (2011, p.14), enfatizaram:

[...] a trajetória do ICMS Ecológico nestes dezenove anos de existência, sua evolução face ao número de Estados que o adotaram bem como seu perfil em função das diversidades nos percentuais e nas variáveis adotadas ao analisar o critério ambiental de cada Estado. Assim, esse tipo de imposto, que permite a inclusão do critério ambiental na redistribuição dos recursos do ICMS incentiva por meio de seus critérios a mitigação das externalidades ambientais, bem como, o uso mais sustentável de seus recursos naturais.

Desta forma, verifica-se que o ICMS Ecológico, além de influenciar práticas de proteção ao meio ambiente, ainda contribui para o aumento da qualidade de vida da população local, cumprindo com o papel de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da necessidade gritante de proteger os recursos naturais, frente a irracionalidade dos que os utilizam, em alguns casos, e ao desenvolvimento econômico, Loureiro (2002, p.52-53), destaca como se fez emergir, no Estado do Paraná, com vistas a mitigar os prejuízos apontados:

O ICMS Ecológico surgiu da aliança entre um movimento de municípios e o Poder Público estadual, mediado pela Assembléia Legislativa. Os municípios sentiam suas economias combalidas pela restrição de uso do solo, originada por serem mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e por integrarem 53 unidades de conservação. O Poder Público sentia a necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública. Nascido sob a égide da compensação, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se em mecanismo de incentivo à conservação ambiental, o que mais o caracteriza, representando uma promissora alternativa na composição dos instrumentos de política pública para a conservação ambiental no Brasil.

O ICMS Ecológico tem representado um avanço na busca de um modelo de gestão ambiental compartilhada entre os Estados e Municípios, com reflexos objetivos em vários temas, em especial a conservação da biodiversidade, através da busca da instalação e proteção das Unidades de Conservação, das Áreas de Preservação Permanente, das Reservas Legais, da proteção dos recursos ambientais, com o controle da poluição e da destinação dos resíduos, dentre outras medidas.

Como instrumento de gestão, o ICMS Ecológico instala o critério ambiental na redistribuição do imposto, permitindo ao Estado influir no processo de desenvolvimento sustentável dos municípios. Diante do volume de recursos arrecadados com o ICMS, direcioná-los parte em benefício do meio ambiente é sem dúvida, uma iniciativa poderosa, que poderá trazer resultados positivos se aplicado e fiscalizado corretamente, evitando distorções e desvios de finalidade (DIAS; MARTINEZ, 2011).

Tendo o seu principal critério de redistribuição o valor adicionado fiscal, que reflete o nível de atividade econômica do município e conseqüentemente participação na arrecadação, o ICMS acaba por estimular o estabelecimento de novas atividades comerciais e industriais, aliado ao número de postos de empregos que poderão surgir, com registro. Esse critério prejudica os municípios que impõem restrições ao uso da terra, devido à adoção de áreas protegidas. Esses municípios, entretanto, geram serviços ambientais que não possuem mercado, mas que resultam na qualidade de vida. Conseqüentemente os Municípios que possuem espaços territoriais especialmente protegidos merecem receber um pouco mais por essa responsabilidade com o meio ambiente.

O ICMS Ecológico consagra, sobretudo, o princípio do protetor recebedor ou do não-poluidor recebedor, sendo certo que aqueles Municípios que protegem os recursos naturais em seu território em benefício da comunidade (a exemplo dos mananciais em benefício do abastecimento de água da população), que criam mecanismos que impedem a degradação ambiental (a exemplo do controle da poluição) e que instituem instrumentos como os espaços territoriais especialmente protegidos (a exemplo das Unidades de Conservação e das Áreas de Preservação Permanente) recebem uma compensação financeira como incentivo econômico pelo serviço de proteção ambiental efetivado e como estímulo para a continuidade das ações de preservação do meio ambiente (HEMPEL, 2007).

Os Estados brasileiros apresentam modelos diversos de distribuição da cota parte do ICMS pertencente aos municípios, conforme dispõe o inciso IV do artigo 158 da Constituição Federal, no que diz respeito ao Índice de Participação dos Municípios – IPM, na cota parte dos 25% do ICMS a eles pertencente, porém, existindo sempre presente uma discussão sobre a forma como deve ocorrer o mecanismo de redistribuição de receita intergovernamental, e as especificidades de cada realidade regional.

Neste raciocínio se faz interessante refletir sobre demandas socioeconômicas, inclusive envolvendo análises mais profundas do ponto de vista ambiental, onde se vislumbra o desenvolvimento sustentável. No entanto conforme destaca SOUSA, NAKAJIMA e OLIVEIRA (2011, p.30-38), as experiências com ICMS Ecológico desenvolvidas nos diversos Estados Brasileiros, se perfazem da seguinte forma:

1. PARANÁ: O ICMS Ecológico nesse Estado encontra-se assegurado pela Constituição Estadual (art.132, §único) e na Lei nº 9.491/90, tendo a finalidade de estimular a manutenção de mananciais de abastecimento público de água e unidades de conservação, além de critérios de compensação relacionados à população, produção agropecuária, propriedades rurais e território.

Extraídos os 5% constitucionalmente assegurados ao critério ambiental, representado pela existência de mananciais e unidades de conservação, o restante é destinado aos demais itens estabelecidos visando à compensação financeira. Relativamente ao critério ambiental, a distribuição dos 5% dar-se-á da seguinte forma: 50% unidades de conservação e 50% mananciais de abastecimento público de água.

Quanto às mananciais de abastecimento público de água, são contemplados os municípios que abrigam em seu território parte ou o todo de bacias de mananciais para atendimento das sedes urbanas de Municípios vizinhos, observados os critérios técnicos, além do estímulo ao controle de ocupação.

Quanto às unidades de conservação, serão contemplados os municípios que possuem em seus territórios: área de proteção ambiental; áreas de relevante interesse sob domínio público; áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE); áreas de relevante interesse sob domínio privado.

2. SÃO PAULO: Foi o segundo Estado a prever o ICMS Ecológico, através da Lei nº 8.510/1993 que estabeleceu que uma percentagem de 0,5% dos recursos financeiros deve ser destinada aos municípios que possuem Unidades de Conservação e os outros 0,5% aos que possuem reservatórios de água destinados à geração de energia elétrica, totalizando 1% do ICMS devido aos municípios. Em relação às Unidades de Conservação, a legislação prevê beneficiar os municípios que possuem seus territórios integrando Unidades de Conservação criadas pelo Estado, não considerando as áreas criadas e geridas por outros níveis de gestão.

3. MINAS GERAIS: Este Estado implantou o ICMS Ecológico através da Lei 12.040/95, posteriormente revogada pela Lei 13.803/2000. O sistema adotado é muito analítico e diferenciado, abordando um grande número de variáveis e beneficiando com o repasse inclusive municípios específicos em razão da sua recente instalação. Quanto ao critério “Meio Ambiente”, a Lei

13.803/2000 determina que deverá ser repassado o valor correspondente a 1,10% da parcela a que os municípios têm direito (1/4 Constitucional). O critério está dividido em três, sendo o primeiro relativo ao Índice de Saneamento Ambiental, referente a Aterros Sanitários, Estações de Tratamento de Esgotos e Usinas de Compostagem; o segundo referente ao Índice de Conservação, voltado às Unidades de Conservação e outras áreas protegidas e; o último, introduzido pela alteração da referida lei, em 2009, está baseado na relação percentual entre a área de ocorrência de mata seca em cada município e sua área total.

4. AMAPÁ: Aprovou o seu ICMS Ecológico através da Lei Estadual nº 322/1996, que passou a desenvolver critérios de rateio de forma aproximada aos moldes apresentados pelos Estados do Paraná e de Minas Gerais. Além disso, adota também o critério Patrimônio Cultural.

5. RONDÔNIA: Implantou o referido instrumento através da Lei Complementar 147/1996. A porcentagem a ser distribuída, segundo o critério ambiental, será de 5% que serão proporcionais à ocupação territorial dos municípios com unidades de conservação e terras indígenas.

6. RIO GRANDE DO SUL: Em 1997 foi aprovada neste Estado a Lei 11.038 que criou, mesmo que não intencionalmente, seu ICMS Ecológico. O modelo associa o critério ambiental ao critério área do município, definido no inciso III, do artigo 1º da referida Lei; deverá ser repartido entre os municípios 7% com base na relação percentual entre a área do município, multiplicando-se por três as áreas de preservação ambiental e aquelas inundadas por barragens, exceto as localizadas em municípios sedes das usinas hidrelétricas e a área calculada do Estado no último dia do ano civil a que se refere a apuração, informadas em km², pela divisão de Geografia e Cartografia da Secretaria de Agricultura e Abastecimento - SAA.

7. MATO GROSSO: O ICMS Ecológico está em fase de implementação neste Estado, aprovado em 2000 pela Lei Complementar nº 73 de forma gradual. Primeiramente destinou-se 5% às Unidades de Conservação e terras indígenas e, posteriormente, 2% aos Municípios que cuidam do saneamento ambiental, lixo e água tratada. Embora utilizando terminologias diferentes, a Lei definiu procedimentos semelhantes aos utilizados no Estado do Paraná.

8. MATO GROSSO DO SUL: Aprovou o ICMS Ecológico através da Lei Complementar nº 77/1994, a qual já destinava 5% da receita do ICMS para ser distribuída aos municípios. Porém, apenas no ano de 2000, o ICMS Ecológico foi abordado de forma específica pela Lei 2.193 (MATO GROSSO DO SUL, 2000), sendo posteriormente alterada pela Lei 2.259/2001.

9. PERNAMBUCO: O ICMS Ecológico é denominado de “ICMS Socioambiental”. Foi aprovado pela Lei Estadual nº 11.899/2000 e considerando o ICMS devido aos municípios, ¼ do todo arrecadado pelo Estado, destina 8% considerando aspectos socioambientais, distribuídos da seguinte forma: O critério ambiental corresponde a 1% em relação às Unidades de Conservação existentes no município, referenciando: a área da Unidade de Conservação, a área do município, a categoria de manejo e o grau de conservação do ecossistema protegido, e 2% a serem distribuídos aos municípios

que possuam sistemas de tratamento ou de destinação final de Resíduos Sólidos, mediante Unidade de Compostagem ou de Aterro Sanitário, respectivamente.

10. TOCANTINS: Através da Lei 1.323/2002, introduziu o ICMS Ecológico a partir do exercício de 2003. Além dos critérios clássicos utilizados em outros Estados, a lei tocantinense utiliza outros critérios, destinando 13% do total do ICMS devido aos municípios, para premiá-los segundo critérios quantitativos e qualitativos. Esse percentual é dividido em relação aos seguintes temas: a) Política Municipal de Meio Ambiente (2%); b) Unidades de Conservação e Terras Indígenas (3,5%); c) Controle de queimadas e combate a incêndios (2%); d) Conservação do solo (2%); e) Saneamento básico, conservação da água, coleta e destinação do lixo (3,5%).

11. ACRE: O ICMS Ecológico é denominado “ICMS Verde”, sendo instituído pela Lei Estadual nº 1.530/2004, que estabelece: o percentual destinado é de 5% do ICMS arrecadado pelo Estado. De acordo com o decreto regulamentador, de 2009, a implantação desse percentual foi progressiva e anual, da seguinte maneira: 1% no exercício fiscal de 2010; 2% no exercício fiscal de 2011; 3% neste exercício fiscal de 2012; - 4% para o exercício fiscal de 2013; - 5% para o exercício fiscal de 2014.

12. RIO DE JANEIRO: Apesar de já possuir a legislação sobre o ICMS Ecológico, ainda não a regulamentou. Denominado como “ICMS Verde”, foi instituído pela Lei nº. 5.100/2007, sendo o repasse feito da seguinte forma: 45% para áreas conservadas (unidades de conservação, reservas particulares e áreas de proteção permanentes); 30% para qualidade da água; e 25% para a administração dos resíduos sólidos.

13. CEARÁ: Aprovou o ICMS Ecológico através da Lei Estadual nº 14.023/2007, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 29.881/2009. O Estado do Ceará adotou o ICMS Socioambiental considerando, além de meio ambiente, educação e saúde entre os critérios de repasse. Na repartição, da parte relativa aos municípios, ficam 18% distribuídos de acordo com o Índice Municipal de Qualidade Educacional (IQE); 5% pelo Índice Municipal de Qualidade da Saúde (IQS); e 2% pelo Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente (IQM), estando presentes critérios que atualmente se resumem a existência, ou não, de Sistema Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos Urbanos, devidamente licenciados.

14. GOIÁS: Possui legislação aprovada recentemente sobre o ICMS Ecológico, porém ainda não regulamentada, instituído pela Emenda Constitucional nº 40/2007, a qual estabelece: 5% distribuídos na proporção do cumprimento das exigências estabelecidas em lei estadual específica (LC nº 90 de 22/12/2011) relacionadas com a fiscalização, defesa, recuperação e preservação do meio ambiente.

A partilha dos 5% será feita com base nos seguintes critérios: 3% para os municípios que possuem gestão ambiental de acordo com os padrões de desenvolvimento sustentável e de conservação dos recursos naturais (a norma prevê nove providências, tais como: gerenciamento de resíduos sólidos, educação ambiental, combate ao desmatamento, redução de queimadas, proteção dos

mananciais entre outros); 1,25% para os municípios que já tenham regulamentado e colocado em prática pelo menos quatro das nove providências estabelecidas no inciso I; 0,75% para os municípios que já tenham regulamentado e colocado em prática pelo menos três das nove providências estabelecidas no inciso na legislação estadual, específica.

15. PIAUÍ: Instituiu o ICMS Ecológico através da Lei nº 5.183/2008, e o regulamentou através do Decreto nº 14.348/2010, a partir da motivação da experiência de Pernambuco e Ceará. Também criou o Selo Ambiental, condicionando a participação dos municípios ao recebimento do selo, que se classifica em três categorias: A, B ou C. A classificação ocorrerá de acordo com o número de itens atendidos num rol total de nove requisitos, a exemplo de gestão de resíduos, proteção de mananciais, redução do desmatamento, identificação e minimização de fontes de poluição, disposições legais sobre Unidades de Conservação da Natureza e política municipal de meio ambiente.

O percentual de distribuição do ICMS Ecológico é de 5% e sua aplicação será realizada de forma progressiva no decorrer de três anos após a sua implementação. No primeiro ano de distribuição, o percentual foi de 1,5%, no segundo ano está sendo de 3% e, do terceiro ano em diante, o total de 5%, de modo que os percentuais correspondentes a cada categoria sofrerão variação anualmente até estabilizarem-se na divisão de: 2% aos municípios com Selo Ambiental da categoria A, 1,65% aos da categoria B e 1,35% àqueles pertencentes ao grupo C.

Os Estados da Bahia, Espírito Santo, Pará, Santa Catarina, Alagoas, Amazonas, Sergipe, Rio Grande do Norte, Maranhão e Roraima, de forma organizada estão em constante debate, realizando seminários, analisando as experiências exitosas desenvolvidas nas outras Unidades Federadas, discutindo com Poder Legislativo, e na maioria das vezes com os Projetos de Leis do ICMS Ecológico em tramitação. O Distrito Federal não é composto por municípios, não sendo apto a possuir Lei específica sobre o ICMS Ecológico.

4.3 ANÁLISE DA LEI Nº 9.600/2011 DO ESTADO DA PARAÍBA

Em relação à Paraíba, o ICMS Ecológico encontra-se em discussão. Em 18 de abril de 2011 foi apresentado um projeto de lei Ordinária nº 111, propondo a implantação do ICMS Ecológico, com vistas ao aprimoramento da função social do tributo, no sentido de fazer contemplar a questão ambiental nos critérios de distribuição do resultado de parte arrecadação do referido imposto estadual para os municípios. O projeto foi aprovado, sendo o ICMS Ecológico criado através da Lei nº 9.600, publicada em 21 de dezembro de 2011, que deve ser regulamentada através de Decreto, mediante a participação do Conselho de Proteção Ambiental da Paraíba (COPAM), como determina a referida Lei, em seu art. 3º:

O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação, determinando os critérios de participação dos Municípios, bem como os instrumentos de certificação do cumprimento das práticas de preservação ambiental aqui definidas, ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente.

Passando a integrar o ordenamento jurídico, no final do exercício de 2011, a Lei Estadual nº 6.900, teve o seu conteúdo material amplamente discutido pelos operadores do direito, de maneira mais intensa pelo Poder Executivo que passou a questionar a sua constitucionalidade, quanto à fixação dos índices percentuais a serem aplicados nos exercícios futuros, em particular, o próximo de 2013, na distribuição da quota-parte dos Municípios no produto da Arrecadação do ICMS.

Sinteticamente, tem-se que a Lei 9.600/2011 reserva apenas 70% da receita destinada aos municípios para distribuição proporcional ao valor adicionado nas operações com ICMS realizadas dentro de seu território, em descompasso com as determinações constitucionais, trazidas pelo parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal que exige a destinação de, no mínimo, 75% para este fim.

Vê-se, pois, que a Lei 9.600/2011 também colide com a Constituição do Estado da Paraíba, porquanto, ao dispor livremente de 30% da receita de ICMS destinado aos municípios, ultrapassou os limites impostos pelo artigo 164, IV, da Constituição do Estado da Paraíba, o qual prevê a distribuição aos municípios paraibanos de, no mínimo, 75% do produto da arrecadação do ICMS segundo o critério do valor adicionado.

Diante da relevância da situação, bem como dos possíveis efeitos da aplicação inconstitucional da legislação estadual em epígrafe, foi formulado pelo Poder Executivo Estadual, através da Procuradoria Geral do Estado, pedido de Medida Cautelar, no sentido de se obter a suspensão da eficácia da Lei 9.600/2011, o que se encontra pendente de julgamento.

4.4 POSSIBILIDADE DO REPASSE DO ICMS ECOLÓGICO NO ESTADO DA PARAÍBA

A Lei nº 9.600/2011, considerando $\frac{1}{4}$ do ICMS arrecadado pelo Estado, devido aos Municípios, disciplina a participação destes na arrecadação do referido tributo, mediante repasse ecológico, e dá outras providências, de maneira que prevê a destinação de 5% do montante devido, em particular aos 273 municípios paraibanos que abrigarem, na totalidade ou em parte de seu território, uma ou mais Unidades de Conservação públicas e/ou privadas, instituídas nos âmbitos municipal, estadual e federal, considerados os critérios de qualidade a serem definidos e aferidos pela Superintendência de Administração do Meio Ambiente (SUDEMA), o órgão estadual responsável pela gestão ambiental, e 5% destinados aos Municípios que promovam o tratamento de, pelo menos, 50%

do volume de lixo domiciliar coletado, proveniente de seu perímetro urbano, podendo esses recursos serem repassados cumulativamente.

No mesmo sentido, Conceição (2011):

O ICMS ecológico tem sua aplicação a partir da definição de critérios ambientais que, ao serem atendidos pelos municípios, definem a quota-parte que estes terão o direito de receber a partir das transferências do ICMS – Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços. Os municípios que contêm uma maior quantidade de áreas de preservação ambiental, reservas legais, programas de tratamento de resíduos sólidos, dentre outros elementos que servem como parâmetros para medição de qualidade da gestão ambiental, de acordo com cada legislação estadual, teriam direito a um maior repasse de verbas referentes a este imposto.

O ICMS Ecológico, que pode perfeitamente ser desenvolvido em paralelo com a Educação Ambiental, se perfaz como um instrumento capaz de viabilizar a implantação de um sistema de gestão ambiental democrático no Estado da Paraíba, enquanto política pública que possibilitará a fomentação, até certo ponto, da conservação ambiental dos diversos ecossistemas existentes. Tal raciocínio foi ressaltado por Sousa, Nakajima e Oliveira (2011, p.89), ao textualizar que:

As experiências com o ICMS Ecológico dos diversos estados brasileiros pesquisados destacam tratar-se de uma medida positiva que está conscientizando as populações sobre a importância da conservação ambiental. Nos levantamentos foram observados que a finalidade do ICMS Ecológico é estabelecida de acordo com as prioridades ambientais e até mesmo sociais de cada Estado da Federação, estimulando em especial: a) ações de saneamento básico; b) manutenção de sistemas de disposição final de resíduos sólidos e redes de tratamento de esgotos; c) preservação de mananciais de abastecimento público de água; d) criação e manutenção de unidades de conservação; e) investimentos em educação e saúde; f) atividades agropecuárias.

No Estado do Paraíba, o ICMS Ecológico poderá beneficiar municípios que se destacam na proteção ao meio ambiente e dos recursos naturais. Na ótica de que o ICMS Ecológico é um prêmio ao município, o ente municipal tem direito a conquistar e a desenvolver programas exitosos, no sentido de promover a melhoria da qualidade de vida dos seus munícipes, a exemplo do que ocorre em outras Unidades da Federação detentoras da iniciativa de implantarem a política do Selo Ambiental, documento de certificação ambiental, entre outras, sempre demonstrando o interesse em praticar o compromisso social para com as gerações futuras. Fato este lembrado por Conceição (2011):

[...] Nas últimas décadas, em função da gravidade que os problemas ambientais têm atingido a sociedade tem buscado discutir o tema e instituir formas alternativas de extração de recursos, produção de bens, e destinação de resíduos. Assim, tem-se desenvolvido uma nova visão quanto à responsabilidade humana sob o meio ambiente e a administração dos seus recursos naturais.

Neste sentido, no âmbito da Paraíba, e diante de inúmeros problemas ambientais surgidos pelo modo de vida da sociedade moderna, e considerando a especificidade de que 86.44% do território paraibano, segundo Pereira Junior (2007), em 170 dos seus 223 Municípios, estão encravados no perímetro da região semiárida nordestina, onde a degradação ambiental naturalmente ocorre em maior velocidade, a eficácia da gestão ambiental se apresenta com algo de muita relevância.

De acordo com os padrões de desenvolvimento sustentável e de preservação da biodiversidade e dos recursos naturais, a gestão se potencializa pela sua importância, ao se fazer presente, dentro da política de proteção ao meio ambiente, como meio conservacionista vinculado à distribuição da quota-parte dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS, o mais importante tributo estadual.

Ao se promover a eficiência na administração pública municipal, torna-se imprescindível a iniciativa de programar e viabilizar, com vistas a agregar valor ao volume de recursos transferidos ao ente; de acordo com a Lei nº 9.600/2011, tendo como recompensa as seguintes ações de:

a) Gerenciamento de resíduos sólidos, inclusive lixo hospitalar: estas ações dizem respeito à coleta, transporte, tratamento e destinação dos resíduos sólidos, ou seja, aterro sanitário, incineração, reciclagem e compostagem;

b) Promoção da educação ambiental, na zona urbana e rural, nas escolas e grupos da sociedade organizada;

c) Redução do desmatamento, recuperação de áreas degradadas por meio de reflorestamento;

d) Redução do risco de queimadas, conservação do solo, da água e da biodiversidade.

e) Proteção de mananciais de abastecimento público;

f) Identificação de fontes de poluição atmosférica, sonora e visual, procurando minimizá-las;

g) Fiscalização de edificações irregulares e a inadequação às normas de uso e ocupação do solo;

h) Disposições legais sobre unidades de conservação ambiental, que contemple as comunidades indígenas, estações ecológicas, parques, reservas florestais, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, existentes no município;

i) Desenvolvimento de políticas públicas específicas para o lixo, objetivando o seu tratamento, através da solução oferecida pelos aterros sanitários em locais adequados, da

adoção da coleta seletiva, reciclagem e a promoção de campanhas de conscientização, tudo com vistas a não contaminação do solo, do lençol freático e da não proliferação de doenças.

j) Elaboração da legislação sobre a política municipal de meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto.

Portanto, a legislação paraibana, vinculada às questões ambientais, em particular quanto ao ICMS Ecológico, que sem sombra de dúvidas precisa urgentemente sofrer alterações consideráveis, com o foco no alinhamento às Constituições Federal e Estadual, poderá contribuir, em um futuro próximo, de forma satisfatória com a responsabilidade ambiental, exigida a todos, sempre capitaneada pelos entes públicos.

É importante salientar que estas ações ligadas à política ambiental estão relacionadas não somente à educação escolar e ao repasse dos tributos, mas, também, ao envolvimento da sociedade organizada, possibilitando articular os desejos da coletividade e exercer a corresponsabilidade pela defesa do meio ambiente, aliado ao desenvolvimento regional sustentável e inteligente, no entendimento de Conceição (2011):

Os municípios dos estados da região Nordeste que possuem a política fiscal do ICMS Ecológico, podem vislumbrar, portanto, uma possibilidade de aumentar as suas receitas individuais através da adoção de políticas de gestão ambiental, pois terão como consequência, um acréscimo na parcela do repasse do ICMS, além da preservação do meio ambiente e da melhoria da qualidade de vida de sua população.

Pelo exposto, o mecanismo, instrumentalizado pelo ICMS Ecológico, normatizado pela Lei nº 9.600/2011, que carece, urgentemente, de alterações no sentido de se alinhar às Constituições Federal e Estadual (Paraíba), é literalmente uma oportunidade para o Estado influenciar o processo de desenvolvimento sustentável dos municípios, premiando a boa gestão ambiental e a prática de atividades ambientalmente desejáveis e responsáveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de incentivo à preservação ambiental é uma realidade no Brasil e representa uma experiência proativa do Estado que busca beneficiar através de maiores repasses de recursos financeiros aos municípios que adotam instrumentos pré-estabelecidos voltados a prevenir e recuperar o meio ambiente.

Este trabalho procurou apresentar uma discussão preliminar sobre a relação do ICMS Ecológico, em paralelo com a Educação Ambiental no âmbito das gestões municipais estabelecidas no Estado do Paraíba, bem como instigar a reflexão sobre a sua importância, frente as suas

potencialidades, tendo como objetivo potencializar aos sujeitos constitutivos dos processos a efetiva e lúcida participação nas tomadas de decisões referentes aos problemas socioambientais que os envolvem.

A priori, observa-se a função extrafiscal, exercida pelo imposto, que na criação de critérios de repasses procura e possibilita estimular o comportamento dos municípios nas áreas estabelecidas, no caso do critério ambiental com ações que sejam de melhoria da qualidade ambiental. Outra questão importante, é que este instrumento permite incentivar políticas e ações antes dos danos causados ao meio ambiente como é o caso, entre outros, das áreas protegidas em unidades de conservação e mananciais de abastecimento público.

Durante o desenvolvimento de todo o estudo das legislações estaduais, no âmbito de uma análise comparativa dos diversos modelos de estímulo à preservação do meio ambiente, pautado nas relações financeira e tributária, constatou-se que o foco do ICMS Ecológico tem sido a compensação fiscal, centrada numa escala de sustentabilidade ambiental e da necessidade de instituição de mecanismos para a gestão nos municípios, aliado a busca do desenvolvimento sustentável, compatibilizando o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.

Assim, é possível entender que o conteúdo do ICMS Ecológico na Paraíba, embora de suma importância, precisa receber alterações urgentes no texto da Lei nº 9.600 tendo em vista sua incompatibilidade, no sentido de se alinhar a materialidade da Lei à Constituição da República Federativa do Brasil, em especial quanto ao seu art. 158, parágrafo único, bem como, no que diz respeito à Constituição Estadual, que teve o seu art. 164, IV, igualmente atropelado, fato este já observado pelo Poder Executivo Paraibano, onde se verifica que a norma em destaque apresenta-se como um óbice na viabilização do referido instrumento em epígrafe.

Partidário do entendimento de que Lei nº 9.600/2011 deve ser modificada (iniciativa esta que passa pelo poder legislativo estadual), e que na oportunidade deve-se, também, acrescentar dispositivos que incentivem os gestores locais a investirem em ações priorizadas pelo Estado, no sentido amplo, vinculadas à educação ambiental e que vislumbrem o foco nas pessoas, no sentido de conscientizar a todos sobre a preocupação e responsabilidade de cada um dos envolvidos, e em todos os níveis, dentro de um conceito socioambiental moderno, convergente para a nossa realidade, é algo indutor de todo um mecanismo capaz de contribuir para o excelente uso custo-efetivo dos recursos naturais, mediante uma avaliação das oportunidades e riscos oferecidos pelo desenvolvimento.

Ao fim, é de bom alvitre salientar que a dinâmica de distribuição da quota-parte do ICMS para os municípios deve se fazer de forma cognitiva e concatenada com a realidade local e do espaço de tempo em que se vive, e em constante evolução, logo, ressalta-se a inteligência das legislações dos Estados de Pernambuco (Lei nº 11.899/2000) e do Ceará (Lei nº 29.881/2009) que alcançam outros fatores importantíssimos, além do ambiental, e que são capazes de fortalecerem a sociedade civil organizada, e realmente possibilitar o cumprimento da função social do tributo. Outro sim, os Estados

de Pernambuco e Ceará se aproximam consideravelmente da Paraíba, principalmente no que diz respeito à cultura e às questões “edafoclimáticas”.

Pelo exposto, verifica-se a importância de os Estados disporem em suas legislações estaduais sobre o repasse de determinada parcela do ICMS para a proteção ao meio ambiente, conforme permitido implicitamente pela Constituição Federal. Ao tempo em que os Municípios encontram a sua capacidade de produção econômica diminuída em razão dos mecanismos de proteção ambiental que impedem a exploração de determinados recursos naturais, recebem receitas para fomentar a economia, o mercado, gerar postos de trabalhos e aumentar a prestação dos serviços públicos à população, tudo isso aliado à preservação do meio ambiente.

Daí advém a grande necessidade de adequação da Lei nº 9.600/2011 do Estado da Paraíba com as Constituições Federal e Estadual, a fim de concretizar e tornar eficaz as potencialidades de proteção ao meio ambiente surgidas com a publicação da referida lei, conforme discorrido ao longo do presente trabalho. O ICMS Ecológico é uma realidade presente na maioria dos Estados brasileiros e se mostra um relevante instrumento de incentivo econômico e de preservação ao meio ambiente, consagrando, sobretudo, o princípio ambiental do protetor-recebedor e compatibilizando o desenvolvimento sustentável com o crescimento socioeconômico.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.
- ALMEIDA, Luciana Togueira. **O debate internacional sobre instrumentos de política ambiental e questões para o Brasil**. Disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/ii_en/mesa1/3.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**: Monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Vade Mecum. 14ª ed. São Paulo, Rideel, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CARDOSO, Arthur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados**. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/impactos/vi-009.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

CONCEIÇÃO, Mirian Gomes. **Adoção do ICMS Ecológico nos Estados da Região Nordeste e os critérios de repasse para os Municípios**. Disponível em <<http://www.engema.org.br/upload/pdf/2011/474-.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento, de junho de 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, Ricardina; MARTINEZ, Fabiola. **Trajatória do ICMS Ecológico no Brasil**. Disponível em: <http://www.fecilcam.br/nupem/anais_vi_epct/PDF/ciencias_sociais/35.pdf>. Acesso em: 17 out. 2012.

_____. Governo do Estado da Paraíba. Constituição do Estado da Paraíba, de 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/download/Constituicao_Estadual.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado da Paraíba. Lei nº 9.600, de 21 de dezembro de 2011. Disciplina a Participação dos Municípios na Arrecadação do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, mediante repasse ecológico, e dá outras providências. Disponível em: <<http://sssconsult.com.br/icmsecológico/wp-content/uploads/2012/07/leg078.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de Goiás. Lei nº 90 de 22/12/2011. Regulamenta o disposto no inciso III do § 1º do art. 107 da Constituição Estadual, acrescido pela Emenda Constitucional nº 40, de 30 de maio de 2007, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=10159>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de Minas Gerais. Lei Estadual nº 13.803, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/assuntos_municipais/legislacao/leiestadual13803_00>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de Pernambuco. Lei nº 11.899 de 21 de dezembro de 2000. Redefine os critérios de distribuição da parte do ICMS que cabe aos municípios, de que trata o artigo 2º, da Lei nº 10.489, de 02 de outubro de 1990, considerando aspectos socioambientais, e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de Rondônia. Lei Complementar nº 147, de 15 de janeiro de 1996. Altera e acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 115, de 14 de junho de 1994, e dá outras providências. Portal do Governo do Estado de Rondônia. Disponível em: <www.portal.sefin.ro.gov.br/site/arquivos/anexos/52.31394529513822LC96-147-ALT.20LC115.PDF>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de São Paulo. Lei nº 8.510, de 29 de dezembro de 1993. São Paulo: SP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1993/lei%20n.8.510,%20de%2029.12.1993.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. Governo do Estado de Tocantins. Lei nº 1.323, de 4 de abril de 2002. Dispõe sobre os índices que compõem o cálculo da parcela do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios e adota outras providências. Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://sinat.naturatins.to.gov.br/sigie/control/initial/lei.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Acre. Decreto Estadual nº 4.198, de 29 de dezembro de 2009. Regulamenta a Lei nº 1.530, de 22 de janeiro de 2004, o qual destina 5% (cinco por cento) do ICMS arrecadado pelo Estado aos municípios que conservem a biodiversidade e executem projetos de

desenvolvimento sustentáveis, saúde e educação. Governo do Estado do Acre. Disponível em: <<http://www.icmsecologico.org.br/images/legislacao/leg045.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Acre. Lei Estadual nº 1.530, de 22 de janeiro de 2004. Institui o ICMS Verde, destinando cinco por cento da arrecadação deste tributo para os municípios com unidades de conservação ambiental. Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Disponível em: <<http://www.ccejr.ac.gov.br/leisordinarias/2004/Lei1530.doc>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Amapá. Lei Estadual nº 322, de 23 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação dos impostos estaduais conforme disposições contidas no Artigo 158 da Constituição Federal e Lei Complementar Federal nº 63/90, e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/leiord4.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Ceará. Decreto nº 29.881, de 31 de agosto de 2009. Altera dispositivos do Decreto nº 29.306, de 05/06/2012, e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://www.fiscosoft.com.br/index.php?PID=217697&amigavel=1#ixzz2Bwjqn8VS>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Ceará. Lei nº 14.023 de 2007. Modifica os dispositivos da Lei nº 12.612, de 7 de agosto de 1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências.

Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/pdf/20071219/do20071219p01.pdf#page=1>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Mato Grosso. Lei complementar nº 73, de 07 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os critérios de distribuição da parcela de receita do ICMS pertencente aos Municípios, de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 86 157 da Constituição Estadual e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de Mato Grosso. Disponível em :

<<http://www.sefaz.mt.gov.br/spl/portalpaginaleislacao>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Mato Grosso do Sul. Lei Complementar nº 77, de 07 de dezembro de 1994. Altera a redação de dispositivo da Lei complementar, nº 57, de 04 de janeiro de 1991, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.icmstransparente.ms.gov.br/index.aspx?sf=http://arq.sefaz.ms.gov.br/inicio/legislacao.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Mato Grosso do Sul. Lei nº 2.193 de 18 de dezembro de 2000. Dispõe sobre o ICMS ECOLÓGICO, na forma do art. 1º, III, alínea “f” da Lei Complementar Nº 57, de 04 de Janeiro de 1991, com redação dada pela lei complementar Nº 77, de 07 de dezembro de 1994, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.icmstransparente.ms.gov.br/index.aspx?sf=http://arq.sefaz.ms.gov.br/inicio/legislacao.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Mato Grosso do Sul. Lei nº 2259 de 09 de julho de 2001. Dispõe sobre o rateio do índice de 5% previsto no artigo 1º, III, “f”, da Lei Complementar Nº 057, de 4 de Janeiro de 1991, com redação dada pela Lei Complementar nº 077, de 07 de dezembro de 1994, e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://www.icmstransparente.ms.gov.br/index.aspx?sf=http://arq.sefaz.ms.gov.br/inicio/legislacao.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Piauí. Lei nº 5.813, de 03 de dezembro de 2008. Cria o ICMS ecológico para beneficiar municípios que se destaquem na proteção ao meio ambiente e dá outras

providências. Disponível em:

<<http://legislacao.pi.gov.br/scan/pages/jsp/scan/consultaDeAtoNormativo.jsp?idAtoNormativo=8815>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Paraná. Constituição do Estado do Paraná, de 5 de outubro de 1989. Disponível em:

<<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&retira>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Paraná. Lei nº 9.491, de 26 de dezembro de 1990. Estabelece critérios para fixação dos índices de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS. Disponível em:

<<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=4924&codItemAto=33301#33301>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Piauí. Decreto nº 14.348, de 13 de dezembro de 2010. Dispõe sobre as diretrizes da concessão do Selo Ambiental para municípios que atenderem aos critérios estabelecidos na Lei Ordinária nº 5.813, de 03 de Dezembro de 2008 - Lei do ICMS Ecológico, por estarem desenvolvendo ações para melhoria da qualidade de vida, através da promoção de políticas e ações de gestão ambiental. Disponível em:

<<http://www.sefaz.pi.gov.br/arquivos/legislacao/decretos/2012/Dec14861.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.5.100, de 04 out. 2007. Altera a Lei n. 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério ambiental, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/edd5f699377a00078325736b006d4012?OpenDocument>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Lei nº 11.038, de 14 de novembro de 1997. Dispõe sobre a parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pertencente aos Municípios. Disponível

em:<www.sefaz.rs.gov.br/Site/MontaMenu.aspx?MenuAlias=m_legis>. Acesso em: 12 nov. 2012.

HEMPEL, Wilca Barbosa. **A Importância do ICMS Ecológico como instrumento de compensação financeira na aplicação do princípio protetor-recedor**. Disponível em:

<<http://www.sober.org.br/palestra/5/1145.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2012.

_____. ICMS ECOLÓGICO. Disponível em: <<http://www.icmsecologico.org.br>>. Acesso em 28 out. 2012.

LOUREIRO, Wilson. **Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf>. Acesso em 28 out. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILAR, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental – a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOLINA, Pedro Manuel Herrera; VASCO, Domingo Carbajo. **Marco Conceptual, constitucional y comunitario de la fiscalidad ecológica**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEREIRA, Alexandre Macedo. **Educação ambiental e ICMS ecológico: por uma gestão ambiental participativa na Amazônia paraense**. Disponível em:

<<http://www.remea.furg.br/edicoes/vol28/art32v28.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2012.

PEREIRA JUNIOR, José de Sena. **Nova delimitação do semiárido brasileiro**. Disponível em:
<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1604/nova_delimitacao_jose_pereira.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 nov. 2012.

_____. República Federativa do 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/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. República Federativa do Brasil. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA, Roberto Mediato Cunha de; NAKAJIMA, Nelson Yoshihiro; OLIVEIRA, Edilson Batista de. **ICMS Ecológico: instrumento de gestão ambiental**. Disponível em:
<http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/129_152.pdf>. Acesso em: 28 out. 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 1999.

VIANA, Raniery Franco. **A tributação ambiental como instrumento de defesa do meio ambiente**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13052/a-tributacao-ambiental-como-instrumento-de-defesa-do-meio-ambiente>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

DESAPOSENTAÇÃO:

Possibilidade de sua Aplicação no Sistema Previdenciário Brasileiro

Karyn Milenna Mourato de Almeida e Silva*

Prof^a Francisca Luciana Borges**

RESUMO: A Seguridade Social, sistema protetivo previsto em âmbito constitucional, visa garantir condições dignas de existência aos indivíduos que venham a necessitar. Dentre as prestações previdenciárias estão às aposentadorias, benefícios previdenciários por excelência, que visam substituir o salário do trabalhador. Infelizmente, num país com tantas desigualdades sociais como o nosso, os valores recebidos pelo aposentado mostram-se insuficientes para suprir todas as suas necessidades. Por esse motivo, muitos retornam ao mercado de trabalho, ficando obrigados a contribuir novamente à Previdência Social. Nesse contexto, surge a discussão a respeito da possibilidade jurídica da desaposentação, ou seja, se é possível ao aposentado renunciar ao seu benefício, fazendo juntar o seu primeiro e segundo tempo de contribuição, com a finalidade de obter uma aposentadoria mais vantajosa. O presente artigo visa demonstrar a possibilidade de aplicação da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro.

Palavras-chave: Aposentadoria. Renúncia. Possibilidade. Desaposentação

ABSTRACT: The Social Security, protective system provided in the constitutional framework, aims to ensure decent life for the individuals who may need it. Among the benefits are to retirement pension, pension benefits par excellence, designed to replace the worker's salary. Unfortunately, a country with so many social inequalities such as ours, the values received by the retiree to be insufficient to meet all your needs. For this reason, many return to the labor market, being obliged to contribute back to Social Security. In this context, there is discussion about the possibility of legal desaposentação, ie, whether it is possible to waive their retirement benefit, together making your first and second years of contribution, in order to obtain a more advantageous retirement. This article aims to demonstrate the applicability of the desaposentação in Brazilian Social Security System.

Keywords: Retirement. Disclaimer. Chance. Desaposentação

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 PREVIDÊNCIA SOCIAL. 2.1 CONCEITO. 2.2 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA SOCIAL. 3 APOSENTADORIA. 3.1 CONCEITO. 3.2 ESPÉCIES DE APOSENTADORIA. 3.2.1 Aposentadoria por invalidez. 3.2.2 Aposentadoria por idade. 3.2.3 Aposentadoria especial. 3.2.4 Aposentadoria por tempo de contribuição. 4 DESAPOSENTAÇÃO. 4.1 HISTÓRICO E CONCEITO. 4.2 APOSENTADORIAS RENUNCIÁVEIS E MODALIDADES POSSÍVEIS. 4.3 PRESSUPOSTOS. 4.4 MORALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO. 4.5 REQUISITOS DA DESAPOSENTAÇÃO. 4.6 ESPÉCIES DE DESAPOSENTAÇÃO. 4.7 PROJETO DE LEI Nº 7.154/2002. 4.8 JURISPRUDÊNCIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

* Bacharelada em Direito no IESP.

** Professora Orientadora.

1 INTRODUÇÃO

Em face da necessidade de disciplinar as relações entre os homens, tendo como meta a efetivação do bem comum, o que inclui a dignidade humana, o Direito desponta no seio da sociedade.

Os direitos têm caráter relacional e intersubjetivo, sendo exercidos em contextos sociais, devendo estar em harmonia com o bem-estar social e com os objetivos, fundamentos e princípios da Lei Magna.

Como visto na Lei Maior de 1988, em seu artigo 1º, o constitucionalismo atual coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e como núcleo dos direitos fundamentais. Os Direitos e Garantias Fundamentais encontram-se no Título II da nossa atual Constituição Federal que, em seus artigos 6º a 11, trata dos Direitos Sociais.

Na busca do desenvolvimento social, de um lado encontra-se a política dos governos e, de outro, a participação dos setores da sociedade civil, observando-se, como colocado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que os homens possuem obrigações uns com os outros pela realização do bem comum.

As constantes modificações ocorridas no sistema previdenciário no país nas últimas décadas têm trazido inovações que seguramente não atendem, de forma plena e satisfatória, os direitos dos segurados. Nessa linha, as contingências sociais, que são o objeto do sistema protetivo de previdência social, reclamam uma constante readequação do sistema, com vistas à manutenção dos pilares fundamentais do modelo previdenciário no Brasil.

Nesse sentido, uma questão que vem se apresentando como bastante controversa no âmbito do Direito Previdenciário no país é a temática da desaposentação, que tem despertado uma discussão acirrada entre os doutrinadores bem como vem se constituindo em um objeto de decisões judiciais e administrativas.

A Previdência Social é uma forma que o Estado tem de mediar as relações das desigualdades do meio social. Essas relações são Direito de todos os indivíduos, sem que haja desigualdades e distinções entre as pessoas. O objetivo também da Previdência Social é estender seus benefícios para todos os trabalhadores conforme os princípios da universalidade e uniformidade, aos trabalhadores rurais e urbanos. A forma de contribuição para a Previdência Social se liga a idéia de precaução que por ventura venham ocorrer futuramente com o segurado.

O trabalhador brasileiro, na atualidade, tem benefícios, legalmente garantidos, não apenas como empregado, mas como trabalhador autônomo. E, contribuindo para que as garantias de cumprimento dos direitos e das obrigações inerentes ao trabalho sejam efetivadas, evoluem o Direito e a Medicina do Trabalho.

A finalidade da Previdência Social é assegurar aos seus beneficiários, e aos que deles dependam, os meios indispensáveis para uma vida digna, quando estes não mais estão aptos ao mercado de trabalho. Esses meios são chamados de aposentadorias.

Esse trabalho apresenta como objetivo principal o estudo acerca da desaposentação e a sua aplicação no sistema previdenciário de nosso país.

A desaposentação, como instituto do Direito Previdenciário, tem se tornado uma forte demanda social, o que tem provocado a manifestação do judiciário e a construção de uma jurisprudência consolidada, ainda que, momentaneamente, marcada por decisões díspares. A precocidade do instituto em nosso ordenamento jurídico traz em seu bojo a necessidade de uma maior formatação e disciplina doutrinária, que venha dar suporte jurídico relevante às decisões dos Tribunais brasileiros acerca da temática.

A natureza da vertente metodológica utilizada na elaboração deste estudo é a qualitativa. Dessa forma, diante da complexidade do tema, buscamos meios jurídicos passíveis de elucidá-lo. A escolha dessa metodologia se justifica por ser a forma mais adequada de abordar o tema deste trabalho, pois nos permite analisar o caráter social da aplicação da desaposentação, ou seja, traduzir e expressar os benefícios desse instituto no meio social.

Quanto ao método de abordagem, utilizamos o dedutivo, que parte de um contexto geral, para mais a frente abordar um ponto mais específico.

No desenvolvimento dessa pesquisa o método jurídico utilizado é o exegético, pois buscamos a finalidade almejada pela legislação previdenciária, que é eminentemente protetiva, para justificar a tese defendida nesse artigo científico.

Com relação ao objetivo geral, a presente pesquisa classifica-se como explicativa, pois, propõe-se a demonstrar a inexistência de óbices legais à concessão da desaposentação, buscando fundamentos na lei, na jurisprudência dos nossos tribunais e em princípios constitucionais e de direito previdenciário.

Em relação ao procedimento técnico adotado, o presente trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica indireta, fazendo um levantamento de vários estudos já publicados sobre o assunto, de diversas autorias, dentre os quais doutrinas, legislações, revistas científicas, artigos científicos elaborados por especialistas na seara previdenciária, jurisprudências dos tribunais, além de pesquisas na internet, sempre em busca de enriquecer a pesquisa.

2 PREVIDÊNCIA SOCIAL

O art. 201 da CF/88 discorre em seu dispositivo a seguinte redação:

A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e acenderá, nos termos da lei a: (Redação dada pela Emenda constitucional nº 20, de 1998)

- I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - Proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - Proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

2.1 CONCEITO

Para chegar ao atual conceito da Previdência Social, é importante conhecer o seu real significado e os princípios que regem. Segundo Martins (2011, p. 284) a Previdência Social é:

[...] um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinadas a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorre certa contingência prevista em lei.

Então, a Previdência Social é um seguro público, coletivo e mediante contribuição, visa cobrir determinados riscos sociais como: incapacidade; idade avançada; tempo de contribuição; encargos de família; dispensa involuntária do trabalho (desemprego); morte e reclusão.

Assim, vê-se que a Previdência Social possibilita diversas situações que naturalmente favorece aos contribuintes, fazendo que os indivíduos possam obter condições melhores e é um direito adquirido por ser “colaborador” da mesma.

O guia do Ministério da Previdência Social - MPS (2003) discorre que a Previdência Social é uma forma de seguro social que contribui em uma determinada quantia prevista em lei para constituir uma renda, no momento que não seja possível exercer o seu trabalho. Caso seja autônomo, mas paga uma contribuição para a Previdência Social, terá todo o direito da seguridade, e se encontrar doente ou impossibilitado de trabalhar em certo período e não possuir outro tipo de renda, poderá solicitar, por exemplo, o auxílio-doença e ganhará um rendimento mensal, neste caso em um determinado período de auxílio.

Ao completar o tempo determinado de contribuição, será substituída a sua remuneração salarial, por um salário corrigido, e, caso tenha títulos, estes serão incorporados ao mesmo da Previdência Social.

Assim, Tavares (2000, p. 11) deixa mais claro quando diz:

A concessão de benefício que substitua a remuneração direta com suas contribuições corrigidas monetariamente e não poderá ser inferior a um salário mínimo. Esse dispositivo confere justiça ao sistema, uma vez que atrela o valor de benefícios às contribuições efetivadas.

Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdência e conseqüente repercussão nos benefícios, nos termos da lei.

Então, o contribuinte da Previdência Social terá o seu direito previsto por lei, o que exerce e acarreta de títulos, ou seja, o colaborador ganhará a determinada quantia conforme o que exerce no seu trabalho laboral e o tipo de contribuição que foi destinada à Previdência Social.

Martinez citado por Martins (2011, p. 284) reza:

Conceitua previdência social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufera pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidades, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Martins (2011, p. 287), nos deixa bem claro a função da Previdência Social, quando relata que:

[...] consiste, portanto, em uma forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando seja atingido por uma contingência social. Entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa, os aposentados. As contingências sociais seriam justamente o desemprego, a doença, a invalidez, a velhice, a maternidade, a morte etc.

Dessa forma, a Previdência Social age como uma intermediadora dos colaboradores e dos beneficiados no momento, e visa o princípio da solidariedade do ser humano.

Cabe ao indivíduo se enquadrar nas condições de segurado e observar a qual sua função se encaixa, para uma melhor qualidade de vida.

Mostraremos, agora, noções básicas dos três tipos de regime de Previdência Social no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Kertzman (2005, pp. 14 a 17) existem três tipos de regime da Previdência Social no Brasil que são: Regime Geral da Previdência Social (RGPS); Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e Regime de Previdência complementar, entretanto, será mostrado como funcionam essas organizações.

Para Kertzman (Op.cit.), menciona que RGPS é regime de previdência social de organização estatal, contributivo e compulsório, administrativo pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (benefícios) e pela Secretaria da Receita Previdenciária (órgão do Ministério da Previdência responsável pela arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias).

Fazem parte do RGPS os servidores públicos da União, dos estados e dos Municípios que preferiram organizar-se segundo estatuto próprio. Por obedecer normas próprias, tais servidores são chamados de estatutários. Outros que também obedecem a um regime próprio são os militares.

A maioria dos Municípios não possui regime próprio de previdência, por isso, seus servidores participam obrigatoriamente do RGPS. Situação diversa ocorre com os Estados e o Distrito Federal,

pois, todos eles possuem seus regimes próprios - RPPS, com contribuições e benefícios específicos, sempre regidos por lei, que devem garantir os benefícios da aposentadoria e da pensão por morte. Caso não seja dada tal garantia a seus segurados, estes necessariamente se filiarão ao RGPS.

Há dois tipos de Regimes de Previdência complementar: Regime de Previdência Complementar dos Servidores Público e o Regime de Previdência Privada Complementar

O Regime de Previdência Privada Complementar dos Serviços Públicos está previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 40, §§ 14 a 16, CF/88). Como mencionado, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concebidas por seus regimes, o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Vale ressaltar que a previdência complementar dos servidores ainda não foi instituída.

Somente mediante prévia e expressa opção do servidor esse regime poderá ser aplicado àquele que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Facultativo e de natureza privada, o Regime de Previdência Privada Complementar é organizado de forma autônoma em relação ao RGPS e pode ser dividido em duas categorias: Plano de previdência complementar fechado – São os aplicáveis a grupos fechados que contribuem para obter os respectivos benefícios. As empresas costumam aderir a esses planos, em benefício de seus empregados (ex.: Plano Petros, da Petrobrás) – e Plano de previdência complementar aberto – São os organizados por instituições financeiras e disponibilizados para que deles tiver interesse em participar (ex.: BB Prev, Itaú Prev).

Assim, pode-se compreender melhor esses três tipos de Previdência Social, sendo que, o RGPS e o RPPS, são ambos administrados pelo poder público, já os Regimes complementares, como vêm, são de natureza privada. Isto é, “a Previdência Social pública é contributiva e compulsória. Já a previdência complementar é facultativa”, segundo Kertzman (2005, p. 18).

2.2 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA SOCIAL

São princípios constitucionais, isto é, são normas que, ao serem funcionadas e estruturadas, protegem aos segurados os seus direitos por lei. De acordo com o art. 2º previsto na Lei nº 8.213/91, a Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: a universalidade de participação nos planos previdenciários; Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; Irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo; Valor da renda mensal dos benefícios

substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; Previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Este artigo esclarece que a Previdência Social obedece aos seguintes princípios e diretrizes, que são considerados como um orientador e organizador dessa estrutura que é importante e beneficia o segurado. Sob orientação de Martins (2011), detalhadamente, são eles: Princípio da universalidade: estende-se a todos os trabalhadores do País, a todas as pessoas necessitadas em todas as situações de desamparo.

Princípio da uniformidade: não pode haver distinção entre trabalhadores urbanos e rurais. Todos são iguais e devem ter o mesmo tratamento por parte da seguridade social; Princípio da seletividade e distributividade: Propicia ao legislador estudar e priorizar o mínimo essencial e planejar para o futuro uma cobertura das demais necessidades, distribuindo proporcionalmente conforme as necessidades de cada um; Princípio da recomposição monetária: é a garantia do contribuinte e seus dependentes de uma justa recomposição dos valores devidos através do benefício, seja de trato sucessivo ou instantâneo.

Há, ainda, o Princípio da irredutibilidade: o benefício cedido não poderá ser reduzido; o Princípio da unicidade: é a atribuição dada a Previdência Social sendo única e indivisível nos interesses da manutenção do sistema de Previdência Social.

O Princípio da solidariedade contributiva: é a participação dos trabalhadores e empresas para uma melhor redistribuição de riquezas; o Princípio da diversidade da base de financiamento: é a descentralização de uma única fonte de tributo, estendendo essas fontes aos empregadores, trabalhadores e pela sociedade em geral, bem como, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Princípio da comutatividade: é a garantia do trabalhador do direito a aposentadoria ou pensão aos seus dependentes; o Princípio do valor mínimo: é a garantia da renda mínima capaz de atender as necessidades de subsistência do contribuinte; o Princípio da preservação do valor real: é a proteção das prestações continuadas pela possível degradação monetária, gestão administrativa ou atos legislativos contrários à integridade dos benefícios e o Princípio da gestão democrática e descentralizada: é a participação da administração pública e a sociedade civil para gerir e racionalizar as atividades que envolvam seguridade social.

Para conhecer melhor esse conceito da Previdência Social, citado por Tavares (2000, p. 31) diz: “pode-se conceituar como técnica de proteção social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não puder obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho [...]”.

Dessa forma, deixa bem claro que os princípios da Previdência Social nada menos são que estruturas ou tópicos que esclarecem o direito que o segurado possui ao ser um dos contribuintes.

Com base dos estudos apresentados neste capítulo, podemos afirmar que o objetivo da Previdência Social é possibilitar ou estabelecer um tipo de sistema de seguro ou proteção social para proporcionar condições indispensáveis de subsistência ao contribuinte (segurado) e a sua família.

3 APOSENTADORIA

A aposentadoria é o benefício previdenciário por excelência, sendo um direito social garantido a todo trabalhador pela Constituição Federal, no seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, art. 7º, inciso XXIV, *in verbis*: “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIV – aposentadoria”.

O benefício da aposentadoria é regulamentado pelas Leis nº. 8.212/91 e nº. 8.213/91, sendo que a primeira é a Lei Orgânica da Seguridade Social, que trata das questões referentes ao custeio, e a segunda regulamenta os benefícios previdenciários.

3.1 CONCEITO

Nas lições de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2005, p. 45), o conceito de aposentadoria é:

A prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

Sendo assim, entendemos que a aposentadoria é espécie de benefício previdenciário que visa substituir o salário do trabalhador em decorrência de eventos como idade avançada ou invalidez superveniente. É uma espécie de “prêmio” garantido ao segurado em virtude das prestações que este verteu ao instituto previdenciário no decorrer dos anos em que exerceu atividade laborativa.

Nesse norte, a característica de direito personalíssimo torna a aposentadoria um direito intransferível, sendo vedada a sua cessão a terceiros, porém, por também tratar-se de direito subjetivo e patrimonial, poderá perfeitamente ser renunciado.

Para que seja concedida a aposentadoria, é necessário que o segurado protocole requerimento perante o órgão administrativo responsável por sua concessão, o qual, por sua vez, verificando o correto preenchimento de todos os requisitos legais, irá deferir o requerimento e emitir o ato administrativo concessivo do benefício, materializando, assim, a aposentadoria.

Esse ato administrativo é o responsável pela mudança do *status* jurídico do segurado, que passará da situação de ativo para inativo, reconhecendo uma situação jurídica subjetiva.

Entretanto, num país com tantas desigualdades sociais, onde a distribuição de renda é altamente deficiente, é absolutamente normal que o aposentado busque uma melhoria na sua renda mensal, incrementando-a através da continuidade laborativa.

Ademais, ressalte-se que há um natural aumento nas despesas do indivíduo à medida que sua idade vai avançando. Aumentam os custos com remédios e planos de saúde, sendo certo que, muitas vezes, o aposentado é o responsável pelo sustento de toda sua família, aí incluídos, além dos filhos, os netos e agregados que com o tempo vão surgindo.

Nessa conjuntura, o aposentado muitas vezes necessita voltar ao mercado de trabalho para incrementar a sua renda mensal e garantir melhores condições de vida para si e sua família.

Ocorre que, o indivíduo que volta a trabalhar passa novamente a ser segurado obrigatório e terá que contribuir compulsoriamente para a Seguridade Social.

3.2 ESPÉCIES DE APOSENTADORIA

Passemos agora a analisar as espécies de aposentadorias previstas em nossa legislação previdenciária.

3.2.1 Aposentadoria por invalidez

A cobertura de eventos de invalidez está prevista no art. 201, inciso I, da CF/88, o qual determina que competirá aos planos de previdência social a cobertura destes eventos mediante contribuição.

A aposentadoria por invalidez está especificada nos artigos 42 a 47 da Lei nº. 8.213/91. Eis o que estabelece o art. 42 da referida lei:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Dessa forma, o risco coberto é a invalidez, entendendo-se essa como a incapacidade total para laborar, decorrente de doença ou acidente, que, como consequência, gera a impossibilidade do trabalhador suprir, por si só, suas necessidades.

Para que seja concedida a aposentadoria por invalidez o segurado deverá submeter-se a exame médico pericial, a cargo da perícia médica do INSS, o qual deverá constatar a incapacidade permanente para qualquer tipo de trabalho. O segurado poderá, durante a perícia, fazer-se acompanhar de um médico de sua preferência, a suas expensas.

3.2.2 Aposentadoria por idade

Essa espécie de aposentadoria está prevista no âmbito da CF/88 no art. 201, inciso I, quando prescreve que a Previdência Social cobrirá eventos decorrentes da idade avançada, e também no inciso II, § 7º, do referido artigo, que prevê a aposentadoria aos 65 anos de idade para o homem e aos 60 anos de idade para a mulher, reduzido em 5 anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exercem suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. Na legislação infraconstitucional está prevista nos arts. 48 a 51 da Lei nº. 8.213/91.

Antes da EC nº. 20/98 utilizava-se o termo “aposentadoria por velhice”, após a referida emenda passou-se a utilizar a expressão “aposentadoria decorrente de idade avançada”.

A renda mensal do aposentado por idade será 70% (setenta por cento) do salário de benefício, sendo acrescentada de 1% (um por cento) a cada grupo de 12 contribuições mensais. Esse acréscimo não pode ultrapassar o limite máximo de 30% (trinta por cento), pois a renda final não pode ultrapassar 100% (cem por cento) do salário de contribuição.

3.2.3 Aposentadoria especial

Constitucionalmente prevista no art. 201, § 1º, com redação determinada pela EC nº. 20/98:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física** e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar (grifo nosso).

Também conhecida como aposentadoria extraordinária, tem como finalidade compensar o trabalhador que por muitos anos exerceu suas atividades em condições adversas, as quais causaram grandes riscos a sua saúde e integridade física.

Difere a aposentadoria especial da aposentadoria por invalidez, pois esta pressupõe que o segurado esteja irreversivelmente incapacitado para o trabalho, enquanto aquela tem como objetivo evitar danos irreversíveis à saúde do empregado, devido às condições adversas as quais ele se expõe durante a jornada de trabalho.

As mudanças trazidas pela Lei nº. 9.032/95 foram de grande relevância. Antes da referida legislação, o benefício era concedido de acordo com a categoria profissional do trabalhador, não havendo a necessidade de comprovação de efetiva exposição a agentes nocivos.

3.2.4 Aposentadoria por tempo de contribuição

Essa espécie de aposentadoria é bastante criticada e alguns doutrinadores, inclusive, defendem a sua extinção. Argumenta-se a inexistência de características de um benefício tipicamente previdenciário, pois não há riscos a serem assegurados.

Na maioria dos casos, o segurado aposenta-se e continua a exercer atividade laborativa por longo tempo.

Mesmo diante de tanta divergência, essa espécie de benefício foi mantida na Carta Magna. Os requisitos para a sua concessão são 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para os segurados de sexo masculino e 30 (trinta) anos de contribuição para as de sexo feminino, havendo, em cada caso, a redução de 5 (cinco) anos para o professor que comprove tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil e no ensino médio e fundamental, devendo essa atividade ser exercida de forma exclusiva.

A lei nº. 11.301/06 definiu quais atividades são consideradas de magistério.

Assim, além das funções exercidas por professores e especialistas em educação, também são consideradas, no desempenho de atividades educativas, as executadas na direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Essa preferência constitucional dada aos professores se justifica devido ao maior desgaste provocado pela função.

4 DESAPOSENTAÇÃO

Nos capítulos anteriores, analisamos o sistema previdenciário no país, examinando, para tanto, seu conceito, os princípios que o rege, os sistemas, regimes e prestações do sistema previdenciário bem como as espécies de aposentadoria atualmente previstas no ordenamento jurídico. Tal análise teve o objetivo de contextualizar a desaposentação no âmbito do referido sistema.

4.1 HISTÓRICO E CONCEITO

A desaposentação é instituto novo, criado pela doutrina e amplamente aceito pela jurisprudência, que ainda não possui regulamentação legal, sendo bastante discutida nos últimos anos.

Como dito em linhas pretéritas, os proventos recebidos a título de aposentadoria são, muitas vezes, incompatíveis com os gastos que o indivíduo tem à medida que vai envelhecendo. Acabam, os aposentados, retornando à atividade, e tendo que contribuir obrigatoriamente à Previdência, sendo que, esse segundo tempo de contribuição costumava lhe ser inútil.

Com a desaposentação, surge a oportunidade de o aposentado renunciar a sua aposentadoria, emitindo-se a Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) correspondente, e a esta fazer juntar o seu

segundo tempo de contribuição, para então fazer *jus* a uma nova aposentadoria, que lhe será muito mais vantajosa em termos de valor pecuniário.

O neologismo “desaposentação” foi primeiramente usado pelo ilustre doutrinador, advogado previdenciário, Wladimir Novaes Martinez, que desde a década de oitenta vem sustentando a possibilidade do ato de desconstituição de um benefício, com vistas à nova aposentação.

Apesar de algumas vezes ainda se levantarem contra a possibilidade jurídica desse instituto, principalmente o INSS, que vem negando reiteradamente o direito a desaposentação na esfera administrativa, a jurisprudência nacional vem cada vez mais se curvando à possibilidade de renúncia à aposentadoria, com o fim de obter outra mais favorável.

Entretanto, a despeito dessa grande aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência, o tema ainda gera grandes debates, pois, devido à ausência de previsão legal expressa, algumas questões técnicas ainda não estão bem definidas.

A grande divergência, no entanto, está na necessidade ou não do aposentado devolver ao regime de origem os proventos que recebeu enquanto esteve aposentado.

Ibrahim (2007, p. 68) define desaposentação, em sentido estrito, como sendo a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, conseqüentemente encerrando a aposentadoria.

Porém, afirmando que o instituto não deve ter um entendimento tão restrito, traz, o mesmo doutrinador, o seguinte conceito:

A desaposentação então, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. O presente instituto é utilizado colimando a melhoria do *status* financeiro do aposentado. (IBRAHIM, 2007).

Assim, a desaposentação pode ser requerida com a finalidade de obtenção de benefício mais vantajoso tanto no mesmo regime onde se deu a aposentadoria inicial, como também em outro regime previdenciário. Para o autor, a finalidade do instituto é, tão somente, a obtenção de uma aposentadoria mais vantajosa em termos pecuniários.

Para o professor Martinez (2008, p. 36), a desaposentação é basicamente:

Uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, *per se* irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de previdência social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

No entendimento do doutrinador, o objetivo de melhorar almejado pelo aposentado pode ser *stricto sensu* ou *latu sensu*. Assim, a melhora desejada pelo renunciante pode ser somente em termos pecuniários, ou seja, obtenção de uma aposentadoria com proventos de maior valor, como também pode ser em termos pessoais, quando o aposentado apenas deseja a mudança do seu *status* jurídico, passando de inativo para ativo, sem requerer novo benefício, limitando-se a renunciar à aposentadoria.

A desaposentação é, dessa forma, o direito que o aposentado tem de renunciar ao benefício, com a consequente emissão de CTC correspondente, pois o seu tempo de contribuição é irrenunciável, com a finalidade de melhorar a sua situação, seja financeira ou pessoal, podendo aproveitar esse tempo de contribuição para a obtenção de um novo benefício no mesmo regime, ou até mesmo em outro regime previdenciário.

4.2 APOSENTADORIAS RENUNCIÁVEIS E MODALIDADES POSSÍVEIS

A partir do estudo detalhado das espécies de aposentadoria feito em capítulo anterior nesse artigo, podemos afirmar, com propriedade, que as aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade são modalidades de aposentadorias renunciáveis, visto que, nestas modalidades de jubilação, é perfeitamente possível o retorno do aposentado à atividade laborativa.

Porém, no que se refere à aposentadoria por invalidez, vimos que o retorno do aposentado à atividade laborativa gera consequente cessação do benefício, visto que o retorno ao trabalho é incompatível com os ideais dessa modalidade de aposentadoria, a qual pressupõe que o segurado esteja absolutamente incapacitado para qualquer tipo de trabalho.

Dessa forma, subsistindo a capacidade de exercer atividade laborativa por parte do aposentado por invalidez, terá ele sua aposentadoria cancelada e não renunciada.

Ao aposentado especial é vedado o retorno à atividade laborativa insalubre, considerada aquela onde o indivíduo se expõe a agentes físicos, químicos e biológicos em níveis que extrapolem a tolerância legal. Porém, poderá perfeitamente, após a jubilação especial, voltar a exercer atividade considerada comum.

Nesse caso, poderá renunciar ao benefício especial, requer a conversão de tempo especial para comum, fazer juntar o seu novo tempo de contribuição e postular um benefício por tempo de contribuição.

Ao aposentado por idade também é perfeitamente possível o retorno à atividade profissional, passando a contribuir novamente à previdência social, adquirindo novo período contributivo, para posterior renúncia ao benefício por idade e requerimento de uma melhor aposentadoria, fazendo juntar as contribuições vertidas após o deferimento da jubilação.

Entretanto, na prática, essa modalidade de renúncia é pouco utilizada, pois, em virtude da idade avançada do aposentado, é pouco provável que este deseje retornar ao trabalho.

No que se refere à aposentadoria por tempo de contribuição, a modalidade mais corriqueira de renúncia é em relação à aposentadoria proporcional, com finalidade de obter uma integral, passando o seu salário de benefício de 70% (setenta por cento) para 100% (cem por cento).

Todas essas modalidades referem-se ao processo de desaposentação que ocorre dentro do mesmo regime previdenciário, no caso o RGPS. Entretanto, a modalidade mais usual de

desaposentação é, sem dúvida, a que visa a mudança de regime previdenciário, ou seja, a passagem do RGPS para o RPPS, como assevera Martinez (2008, p.62):

Olvidando a complementação supletiva em virtude do nível incomparável das prestações possíveis, o mais usual dos pedidos até agora registrado tem sido o do aposentado pelo RGPS que deseja o cancelamento do seu benefício para, adiante, novamente se jubilar, e no serviço público, migrando do RGPS para o RPPS, ali contado o tempo de serviço anterior da iniciativa privada.

O caso em questão ocorrerá na hipótese do aposentado do RGPS que logra aprovação no concurso público e passa a contribuir para o RPPS. Poderá, nesse caso, renunciar ao benefício do regime geral para, após cumprir as regras de jubilação do art. 40 da CF, requerer uma aposentadoria no RPPS que, quase sempre, é economicamente mais satisfatória.

Ressalte-se, por oportuno, que a renúncia aqui tratada não se refere ao direito à aposentadoria, o qual é irrenunciável, mas sim a renúncia às prestações decorrentes do ato concessivo da aposentadoria

4.3 PRESSUPOSTOS

Como dito anteriormente, a aposentadoria é direito patrimonial disponível e personalíssimo, sendo assim, apenas o seu titular poderá requerer a renúncia a essa prestação previdenciária, devendo esse requerimento ser expresso e fundamentado em motivo justo.

O aposentado deverá, também, estar em gozo de benefício regularmente concedido, do contrário, não se procederá à desaposentação, mas sim à suspensão, cancelamento, anulação, entre outros.

A manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro dos regimes previdenciários é de suma importância. Dessa forma, se a desaposentação estiver acobertada da pretensão de aposentadoria em um novo regime previdenciário, no caso o regime instituidor, deverá o regime de origem, concomitantemente à emissão da CTC, realizar a compensação financeira entre regimes, vertendo os recursos acumulados ao regime instituidor.

A motivação deverá ser nobre e moralmente justa, repudiando-se o pedido fundado na pretensão de causar prejuízos a terceira pessoa. Deverá o aposentado ter sempre o escopo de melhorar, seja pecuniariamente, ou até mesmo pessoalmente.

Deverá, por óbvio, ocorrer o encerramento do benefício e o fim do pagamento das mensalidades, para que não ocorra acumulação indevida de benefícios. Ressalte-se que o que será cancelada é a prestação das mensalidades, e nunca o direito ao benefício, esse irrenunciável.

4.4 MORALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO

Ainda na tentativa de demonstrar a impossibilidade jurídica da desaposentação, alguns especialistas levantam a tese da imoralidade presente no instituto.

Em suma, argumentam os opositores que a desaposentação é imoral, visto que prejudica o equilíbrio atuarial e financeiro dos sistemas previdenciários, além de acarretar enriquecimento ilícito ao aposentado.

Equivocado o argumento, pois, com a promulgação da Lei nº. 9.796/99, que instituiu a compensação financeira entre regimes, pondo fim à solidariedade, não se pode mais falar em prejuízo ao sistema previdenciário.

Ademais, enriquecimento ilícito não há, primeiro porque os valores recebidos a título de desaposentação foram pagos de forma absolutamente legal e regular, pois o aposentado preencheu todos os requisitos previstos em lei para recebê-los; segundo porque a contagem recíproca de tempo de contribuição é garantia prevista na CF/88 (art. 201, § 9º), sendo assim, é mais do que justo que o indivíduo se utilize deste direito, almejando o recebimento de um benefício de valor superior.

Em verdade, acredita-se que a própria moralidade justifique a desaposentação, em especial no seu viés administrativo, pois não carece de sentido a Administração Pública manter a condição de aposentado do segurado ou servidor contra a sua vontade. Da mesma forma, a exigência de contribuição do aposentado que volta à atividade, sem praticamente nenhuma contraprestação, ainda que seja explicada pelo sistema de custeio (repartição simples), também causa estranheza ao senso comum popular.

Mais correto seria possibilitar ao segurado novo benefício mais vantajoso.

Na visão do doutrinador, o aspecto moral é justamente um dos fundamentos que autorizam o pedido de desaposentação, em respeito ao princípio da autonomia da vontade.

4.5 REQUISITOS DA DESAPOSENTAÇÃO

Lima (2008), em excelente trabalho, aponta alguns requisitos próprios da desaposentação, necessários à análise da temática.

O primeiro requisito é a obediência ao princípio da paridade das formas, o qual prescreve que um ato administrativo somente poderá ser desfeito mediante outro de igual envergadura, ou seja, nos mesmos moldes normativos do ato que o precedeu.

De acordo com o referido autor, segundo tal requisito, a renúncia, como ato vinculado - requisitos + vontade do interessado ou segurado -, deverá ser proposta perante o órgão instituidor apenas para fins de registros e apreciação dos requisitos vinculados - obediência ao regramento legal -, mas jamais para aperfeiçoamento mediante deferimento do órgão.

O segundo requisito, no dizer do autor, é a observância do caráter atuarial e financeiro do sistema e o não prejuízo aos regimes ou a terceiros, segundo o qual, na situação do segurado migrar entre regimes previdenciários, e pretender aposentar-se no novo regime previdenciário, carecerá de efetuar a compensação financeira entre os regimes, para que determinado regime não arque com despesa para a qual não possui aporte financeiro suficiente.

Nesse sentido, de acordo com o referido autor, tem-se a necessidade da aplicação de parâmetros atuariais e financeiros entre os regimes quando da desaposentação, para evitar prejuízo ao sistema e aos demais segurados em geral, que são os custeadores diretos dos regimes previdenciários.

O terceiro requisito, segundo Lima, é a restituição do valor necessário ao equilíbrio financeiro, sendo este baseado na devolução ou não do valor recebido pelo trabalhador a título de aposentadoria. Tal problemática, de acordo com o autor, deve ser analisada em consonância com as modalidades de desaposentação, sendo uma dentro do mesmo regime e a outra entre regimes diversos.

4.6 ESPÉCIES DE DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação comporta duas espécies, sendo a primeira aquela operada no mesmo regime previdenciário, e a segunda que ocorre com a transmutação entre regimes previdenciários diversos.

É importante salientar que, no dizer de Marcos Galdino de Lima, a primeira espécie ocorre quando o segurado já aposentado continua a trabalhar e recolher as cotizações previdenciárias no mesmo regime; e, a segunda, quando o segurado, também aposentado por um regime, continua a trabalhar e verter as contribuições previdenciárias em outro regime previdenciário, ficando vinculado a este último regime quanto às novas cotizações.

A segunda possibilidade ocorrerá com maior freqüência quando o segurado, já aposentado pelo RGPS, passa a exercer atividade vinculada a um RPPS; mas, ao menos no campo das hipóteses, é possível cogitar-se a migração pós-aposentadoria de um RPPS para o RGPS, embora talvez não seja muito vantajoso em regra.

É importante frisar que, na primeira hipótese, o segurado torna-se contribuinte obrigatório do RGPS, conforme artigo 11, § 3º da Lei 8.213/91, enquanto que, na segunda espécie, o segurado deseja renunciar à sua aposentadoria junto ao RGPS para obter certidão recíproca de tempo de contribuição e averbá-la em RPPS a que estará vinculado.

Quando a desaposentação ocorrer com a transmutação de regimes previdenciários diversos, aqui é importante salientar as noções devidas de contagem recíproca e compensação entre os regimes, uma vez que esta é deveras relevante para a compreensão da mudança de regime previdenciário. A contagem recíproca pode ser conceituada como a soma de períodos de trabalho prestados sucessivamente, na iniciativa privada e para órgãos públicos ou vice-versa, com vistas à implementação dos requisitos dos benefícios concedíveis pelos ordenamentos nos quais contemplados.

A contagem recíproca encontra-se prevista na Constituição Federal, no parágrafo 9º do artigo 201, acrescido ao texto constitucional pela EC nº 20/98, na Lei nº 8.213/91 em seus artigos 94 a 96, e ainda no artigo 126 do Decreto 3048/99. O aludido dispositivo constitucional assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública ou na iniciativa privada, determinando nestes casos que os regimes procederão à compensação entre si, nos termos da lei. A compensação entre regimes geral e próprios dos servidores da União, Estados e Municípios encontra-se disciplinada Lei 9.796/99, regulamentada pelo Decreto 3.112/99, alterado pelo Decreto 3.217/99 e Portaria

Ministerial nº 6.209/99, observando o autor que não se pode utilizar simultaneamente o mesmo tempo de serviço para fins de duas ou mais aposentadorias.

4.7 PROJETO DE LEI Nº 7.154/2002

Diante da complexidade e relevância do tema, e de todas as discussões por ele suscitadas, a questão acabou despertando o interesse dos nossos parlamentares. O deputado Inaldo Leitão apresentou o Projeto de Lei nº. 7.154/2002, com o objetivo de trazer expressa previsão legal da renúncia à aposentadoria.

Inicialmente, o Projeto de Lei visava acrescentar parágrafo único ao art. 54 da Lei nº. 8.213/91 e apenas previa a possibilidade de renúncia às aposentadorias especial e por tempo de contribuição, não trazendo qualquer previsão a respeito da necessidade de devolução de algum valor ao regime de origem.

Entretanto, por não prever a possibilidade de renúncia à aposentadoria por idade, sem nenhum motivo justificável para tanto, bem como por não abordar a necessidade ou não de devolução de algum valor ao sistema, a redação inicial do Projeto de Lei foi alterada.

Agora, o referido Projeto de Lei prevê a alteração da parte final do inciso III, do art. 96, da Lei nº. 8.213/91, bem como o acréscimo de um parágrafo único ao artigo, nos seguintes termos:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

[...]

III – não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, **salvo na hipótese de renúncia ao benefício;**

[...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral de Previdência Social, somente será contado o tempo correspondente a sua percepção para fins de obtenção de benefício por outro regime previdenciário, mediante indenização da respectiva contribuição, com os acréscimos previstos no inciso IV do *caput* deste artigo. (grifo nosso).

Dessa forma, o Projeto de Lei passou a tratar da renúncia de todas as modalidades de aposentadorias consideradas renunciáveis, excluindo-se desse rol a aposentadoria por invalidez, pois a renúncia é incompatível com esse benefício, como vimos no tópico 3.2 deste capítulo.

Passou também a prever a indenização ao regime instituidor, sem, entretanto, especificar o *quantum*.

O Projeto de Lei nº. 7.154/2002, se aprovado, representará um grande avanço sobre a matéria, pois a previsão legal expressa da possibilidade jurídica da desaposentação põe fim a toda discussão no âmbito administrativo sobre a questão, não podendo mais a autarquia previdenciária negar o requerimento administrativo do pedido de renúncia à aposentadoria, sob o pretexto de ausência de previsão legal expressa autorizadora.

Mesmo assim, algumas críticas podem ser feitas a esse Projeto de Lei, como o fez Kravchychyn, em artigo publicado na internet. A referida autora critica o fato de a matéria ter sido introduzida na seção que cuida da contagem recíproca de tempo de serviço da Lei nº. 8.213/91, argumentando que esse fato poderá levar ao entendimento equivocado de que a renúncia apenas seria possível na hipótese de mudança de regime previdenciário.

De fato, tal entendimento geraria grandes discussões, pois, como visto anteriormente, a desaposentação dentro do bojo do RGPS, com vistas à nova aposentadoria no mesmo regime, é sim possível.

Ademais, tal Projeto esqueceu-se da desaposentação do servidor público, pois trouxe apenas a hipótese desse instituto para os aposentados do RGPS.

Para evitar os contratempus que essas brechas legislativas possam causar, melhor seria reavaliar o referido Projeto de Lei, ou, até mesmo, a apresentação de uma nova e mais completa proposta.

4.8 JURISPRUDÊNCIA

Para dar maior sustentabilidade à tese defendida neste trabalho, trouxemos à tona alguns julgados dos nossos tribunais a respeito do direito de renúncia à aposentadoria.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS *EX NUNC*. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA.

1. **É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia**, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência;

2. Com efeito, **havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei nº. 8.213/1991, segundo o qual "não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro"**, uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício;

3. No ponto da renúncia, ressalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar;

4. **O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex nunc* e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos;**

5. A base de cálculo da compensação, segundo a norma do § 3º da Lei nº. 9.796/1999, será o valor do benefício pago pelo regime instituidor ou a renda mensal do benefício segundo as regras da Previdência Social, o que for menor;

6. Apurado o valor-base, a compensação equivalerá à multiplicação desse valor pelo percentual do tempo de contribuição ao Regime Geral utilizado no tempo de serviço total do servidor público, que dará origem à nova aposentadoria;

7. Se antes da renúncia o INSS era responsável pela manutenção do benefício de aposentadoria, cujo valor à época do ajuizamento da demanda era R\$ 316,34, após, a sua responsabilidade limitar-se-á à compensação com base no percentual obtido do tempo de serviço no RGPS utilizado na contagem recíproca, por certo, em um valor inferior, inexistindo qualquer prejuízo para a autarquia;

8. Recurso especial provido.

(557231 RS 2003/0132304-4, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 08/04/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2008)

Podemos observar que o entendimento do nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido da possibilidade jurídica da desaposentação, sustentando o argumento de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Acolhe a aplicação da contagem recíproca de tempo de contribuição na hipótese de desaposentação, com vistas à obtenção de nova aposentadoria. Afasta a incidência da vedação legal prevista no inciso III, art. 96 da Lei nº. 8.213/91, atribuindo ao instituto o efeito *ex nunc*, entendendo não ser necessária a devolução das prestações recebidas durante a concessão da aposentadoria. Prevê, ainda, como se dará a compensação financeira entre os regimes no caso concreto.

Vejamos mais alguns julgados do nosso STJ e decisões que se utilizam do seu entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário.

2. "O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05).

3. Recurso especial improvido.

(663336 MG 2004/0115803-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 06/11/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/02/2008 p. 1)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE.

1. É firme a compreensão desta Corte Superior de Justiça que, sendo a aposentadoria direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia a tal benefício, não havendo, ainda, impedimento para que o segurado que continue a contribuir para o sistema formule novo pedido de aposentação que lhe seja mais vantajoso. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(1121427 SC 2009/0116056-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/11/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2010)

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. DIREITO DE NATUREZA PATRIMONIAL E, PORTANTO, DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DOS PROVENTOS RECEBIDOS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DO INSS DESPROVIDO.

I -A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado.

II -A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão.

III -Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo ou para a sociedade. A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior.

IV -Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes.

V -O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. Precedentes.

VI -Apelação cível desprovida.

(grifo nosso, 201051018045574 RJ 2010.51.01.804557-4, Relator: Juiz Federal Convocado ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::03/03/2011 - Página::59/60)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE.

1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.543-BCódigo de Processo Civil

2. Esta Corte firmou compreensão de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.

3. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(grifo nosso, 1216953 PE 2010/0181695-5, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 08/02/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2011)

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. NÃO EXIGIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES MENSIS DEVIDAMENTE RECEBIDOS. CARÁTER ALIMENTAR DA

PRESTAÇÃO EM FOCO. PRECEDENTES DO EG. SUEPRIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A hipótese é de remessa necessária e de apelação de sentença que julgou procedente o pedido, em ação objetivando a renúncia de aposentadoria para a concessão de um novo benefício.
2. Não obstante inexistir previsão legal expressa quanto à renúncia de aposentadoria, ou desaposentação como tem sido chamado o instituto, tanto no que tange à legislação previdenciária como em relação à Constituição Federal, tampouco existe preceito legal que, expressamente, estabeleça óbice ao ato de cancelamento de aposentadoria. Constituição Federal
3. A Constituição Federal é clara quando dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), de modo que a inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício, mormente considerando que o fenômeno jurídico em questão não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, não havendo que falar, por isso, em prejuízo para o indivíduo ou mesmo para sociedade. Constituição Federal
4. A renúncia à aposentadoria é um direito personalíssimo, eminentemente disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica constituída entre o segurado e a Previdência Social, sendo, portanto, passível de renúncia independentemente de anuência da outra parte, sem que tal opção exclua o direito à contagem de tempo de contribuição para obtenção de nova aposentadoria.
5. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de desaposentação, restando expresso em recente acórdão que o entendimento daquela colenda Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de um novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontre o segurado.
6. No que se refere à discussão sobre a obrigatoriedade ou não de devolução dos valores recebidos durante o tempo de duração do benefício original, o eg. Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que a renúncia não importa em devolução dos valores percebidos, pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, era indiscutivelmente devidos. Precedentes do eg. STJ.
7. Não prospera a tese de que a desaposentação implicaria desequilíbrio atuarial ou financeiro do sistema, pois tendo o autor continuado a contribuir para a Previdência Social, mesmo após a aposentadoria, não subsiste vedação atuarial ou financeira à renúncia da aposentadoria para a concessão de um novo benefício no qual se estabeleça a revisão da renda mensal inicial.
8. Verifica-se que, no caso concreto, o autor, posteriormete ao ato de aposentadoria, trabalhou nas empresas Globex Utilidades S/A no período de 06/12/99 a 03/01/2006 e DISNAVE no período de 05/06/06 a 30/11/06 (fl. 20), o que lhe garante, além de o direito à renúncia da aposentadoria, o acréscimo do tempo de 6 anos e 28 dias de contribuição para efeito de cálculo do valor de um novo benefício.
9. Remessa necessária e apelação conhecidas, mas desprovidas.
(grifo nosso, 201051018081384 RJ 2010.51.01.808138-4, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 31/01/2012, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::14/02/2012 - Página::98)

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. NÃO EXIGIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES MENSAIS DEVIDAMENTE RECEBIDOS. CARÁTER ALIMENTAR DA PRESTAÇÃO EM FOCO. PRECEDENTES DO EG. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A hipótese é de remessa necessária e de apelação de sentença pela qual se julgou procedente o pedido, em ação objetivando a renúncia de aposentadoria para a concessão de um novo benefício.

2. Não obstante inexistir previsão legal expressa quanto à renúncia de aposentadoria, ou desaposentação, como tem sido chamado o instituto, tanto no que tange à legislação previdenciária como em relação à Constituição Federal, tampouco existe preceito legal que, expressamente, estabeleça óbice ao ato de cancelamento de aposentadoria. Constituição Federal

3. A Constituição Federal é clara quando dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), de modo que a inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício, mormente considerando que o fenômeno jurídico em questão não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, não havendo que falar, por isso, em prejuízo para o indivíduo ou mesmo para sociedade. Constituição Federal.

4. A renúncia à aposentadoria é um direito personalíssimo, eminentemente disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica constituída entre o segurado e a Previdência Social, sendo, portanto, passível de renúncia independentemente de anuência da outra parte, sem que tal opção exclua o direito à contagem de tempo de contribuição para obtenção de nova aposentadoria.

5. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de desaposentação, restando expresso em recente acórdão que o entendimento daquela colenda Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de um novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado.

6. No que se refere à discussão sobre a obrigatoriedade ou não de devolução dos valores recebidos durante o tempo de duração do benefício original, o eg. Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que a renúncia não importa em devolução dos valores percebidos, pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. Precedentes do eg. STJ.

7. Não prospera a tese de que a desaposentação implicaria desequilíbrio atuarial ou financeiro do sistema, pois tendo o impetrante continuado a contribuir para a Previdência Social, mesmo após a aposentadoria, não subsiste vedação atuarial ou financeira à renúncia da aposentadoria para a concessão de um novo benefício no qual se estabeleça a revisão da renda mensal inicial.

8. Destarte, conclui-se que o segurado possui direito de renunciar à aposentadoria atual para concessão de um novo benefício, com acréscimo do tempo de contribuição prestado após o deferimento da aposentadoria originária, no caso concreto, após 06/08/2004 (fl. 18), para efeito de cálculo de renda mensal inicial.

9. Apelação e remessa oficial conhecidas, mas não providas.

(grifo nosso, 201051018078348 RJ 2010.51.01.807834-8, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 29/02/2012, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::12/03/2012 - Página::95)

Nessas decisões podemos observar a clara distinção feita pelo tribunal entre renúncia ao benefício e renúncia ao tempo de contribuição. A desaposentação apenas extingue o pagamento das prestações previdenciárias, não alcançando o direito subjetivo à aposentadoria, pois, o tempo de contribuição do trabalhador jamais poderá ser suprimido.

Tais decisões, versam sobre o direito de renúncia à aposentadoria no regime privado, com vistas à obtenção de melhor benefício no setor público sem a necessidade de devolução dos valores percebidos durante o tempo de duração do benefício original, uma vez que, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto ao longo do nosso trabalho, resta evidente a possibilidade jurídica da desaposentação, apoiada em vasto entendimento doutrinário e jurisprudencial, bem como da permissão legislativa por omissão.

Em nossa pesquisa procuramos demonstrar o caráter protetivo adotado pelo Direito Previdenciário, característica esta que foi se moldando ao longo dos anos, quando o Estado deixou de ser abstencionista, para adotar uma postura mais protecionista, sempre em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Buscando assegurar o indivíduo em momentos de infortúnio, surge a Previdência Social, sistema contributivo que faz parte da Seguridade Social, responsável por conceder benefícios substituidores dos salários dos segurados, sendo a aposentadoria o benefício previdenciário por excelência. Mostramos, em nossos estudos, que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, portanto renunciável.

Ao longo do seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial a desaposentação encontrou várias teses no sentido da sua inviabilidade, dentre elas as mais importantes são, sem sombra de dúvidas, a irrenunciabilidade do benefício, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a segurança jurídica e a falta de autorização legal. Porém, como bem demonstrado no desenvolvimento do nosso trabalho, nenhuma dessa teses deve ser acolhida.

A renunciabilidade da aposentadoria está calcada no seu caráter patrimonial, bem como na inexistência de norma legal que a proíba, sendo certo que um mero decreto legislativo não tem a capacidade de restringir direitos quando a lei não o faz.

Ademais, destaque-se que na desaposentação não há renúncia pura e simples do benefício por parte do segurado, mas sim uma renúncia-opção, pois vem seguida da pretensão do requerimento de um benefício mais vantajoso.

A inexistência de previsão legal é argumento que vem para comprovar a permissibilidade do direito à desaposentação, pois não havendo norma legal que proíba o instituto, a sua permissão deverá ser presumida.

Além disso, as proteções constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da segurança jurídica, são regras que visam salvaguardar o segurado na hipótese de ingerências arbitrárias do Poder Público, não devendo ser interpretadas de modo a impedir que os segurados da previdência social postulem melhores condições de vida.

Demonstramos que, diante de controvérsias jurídicas, a regra de interpretação que deverá ser adotada é a teleológica, a qual busca sempre os fins sociais a que a norma se destina. No caso do Direito previdenciário, a legislação busca sempre proteger o melhor interesse do segurado.

Quanto à necessidade de restituição do que foi recebido pelo segurado enquanto esteve aposentado, adotamos a posição contrária. Demonstramos que a desaposentação não gera o

desequilíbrio atuarial e financeiro dos sistemas previdenciários, em virtude da menor expectativa de vida do segurado quando da nova aposentadoria, das cotizações imprevistas vertidas ao sistema, bem como do regime de repartição simples adotado pelos nossos regimes previdenciários.

Por fim, concluímos pela necessidade iminente da regulamentação legal da desaposentação, tanto para por fim à discussão no âmbito administrativo a respeito da sua possibilidade, como para decidir questões técnicas que envolvem o instituto.

Regulamentada a renúncia à aposentadoria, estaremos diante da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o segurado terá suporte legal para requerer uma melhor condição de vida, efetivando-se, dessa forma, algo que é evidentemente justo e direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 maio 2012.

BRASIL, Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social. Disponível: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 07 abr 2012.

BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos e benefícios da Previdência Social. Disponível: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 07 abr 2012.

BRASIL. Página do Ministério da Previdência Social – www.mpas.gov.br, acesso em 14 maio 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Curso Elementar de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

KERTZMAN, Ivan Mascarenhas. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Salvador: Juspodivm, 2005.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Desaposentação. Fundamentos Jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas**. Disponível em:

<<http://www.krav.com.br/?sess=artigos&id=6>>. Acesso em: 02 maio 2012.

LIMA, Marcos Galdino de. **O instituto da desaposentação**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 13, n. 1979, 1 dez. 2008](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12037>>. Acesso em: 02 maio 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 284

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

NORMAS E CRITÉRIOS PARA PUBLICAÇÃO

Os trabalhos, submetidos à **Revista de Direito do IESP (versão eletrônica)** para publicação, são resultados de pesquisas empíricas ou ensaios teóricos, desenvolvidos pelos bacharelados do curso de direito em seu Trabalhos de Conclusão de Curso - TCC:

- 1) Digitados em espaço 1,5 linha, em páginas numeradas, com margens de 1,5 cm de cada lado (justificadas), na fonte “Times New Roman”, tamanho 12, em papel A4; Digitados através do editor de texto Word para Windows, gravados em CD.
- 2) Devem constar: **Título, Nome do Autor** (em nota de rodapé, as informações do autor com relação à titulação, local de trabalho e endereço de e-mail). O autor deve informar, também: Resumo (oito linhas no máximo) e 3 (três) palavras-chave em português ou espanhol; “Abstract” e “Key-words” e Referências Bibliográficas.
- 3) Os trabalhos deverão ser **inéditos**, escritos em português ou espanhol, de forma clara e concisa.
- 4) Os trabalhos serão submetidos, à apreciação do **Conselho Científico** ou a relatores de pareceres **Ad doc**, sendo publicados após o parecer favorável de, pelo menos, **dois membros**, de acordo com a programação a ser definida pelo **Conselho Editorial**.
- 5) Os trabalhos aprovados, dependendo da quantidade, que não forem publicados no primeiro número, poderão ser publicados nos números subsequentes da Revista.
- 6) Os autores, que tiverem os seus trabalhos publicados, receberão, graciosamente, dois exemplares.

Conselho Editorial

da Revista de Direito do Iesp