

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1170

(Ano XV)

(30/09/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1170



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1170 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 364 *f*ls.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Princípio da não surpresa: algumas considerações do Superior Tribunal de Justiça

Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.

ARTIGOS

Em que ditadura vivemos? Uma análise à luz de Agamben e Schmitt

Eduardo Luiz Santos Cabette, 22.

Luta pela equidade: alteração legislativa que tipifica como racismo o crime de injúria racial

Alana Letícia Branco Carneiro Poltronieri, 25.

Violência obstétrica—responsabilização no ordenamento jurídico

Geisi Elen de Araujo Gomes Furlanetti, 38.

Investigação policial militar no âmbito dos crimes militares

Sócrates da Silva Pires, 54.

Seriam os Decretos nº10.965/22 e nº 10.966/22 instrumentos legalizadores de retrocessos no direito ambiental brasileiro?

Cristina Lacerda Soares Petrarolha Silva, 80.

Análise da inscrição na junta comercial como condição para o empresário rural requerer recuperação judicial à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Victor Augusto Soares Freire, 93.

O desvirtuamento da regra de ouro na adi 5683/RJ

Douglas da Costa Moreira, 107.

Para além do machismo legal: reconstruindo o pensamento jurídico com base na ética da libertação de Dussel

Romualdo Flávio Dropa, 116.

Análise dos institutos da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário

Sophia de Moura Leite, 136.

Tratamento dado ao roubo e furto na responsabilidade civil: Análise da Jurisprudência dos Tribunais Superiores

Douglas da Costa Moreira, 147.

O julgamento da tese da Revisão da Vida Toda e a expectativa dos aposentados

Desirée Evangelista da Silva, 163.

Laicidade e Diversidade: construindo uma sociedade inclusiva no Brasil e a garantia dos direitos da comunidade lgbtqiapn+

Romualdo Flávio Dropa, 167.

A função social do contrato e o endividamento de assalariados e aposentados no sistema financeiro nacional

Roberto Carlyle Gonçalves Lopes, 187.

Donatários ingratos e a revogação da doação: uma análise acerca da revogação das doações por ingratidão no Código Civil do Brasil e de Portugal

Diuster de Franceschi Gariboti, 238.

Alcance subjetivo do princípio da cooperação: atuação do Oficial de Justiça sob referida ótica

Wellington Santos de Almeida, 251.

A compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro

Alexia Baker Gomes e Souza Santos, 271.

Lei nº 13.105/2015 e uniformização da jurisprudência na Justiça Eleitoral

Emanuel Neves de Lima, 295.

Sustentabilidade e preservação dos destinos turísticos da Zona Sul da Região Metropolitana do Recife: Aspectos ambientais e sociais do desenvolvimento local sustentável

Marcelí de Souza Silva, 308.

Políticas públicas, governança e redes sociais: um ensaio teórico.

Denise Alves da Costa, 312.

As provas digitais no Processo do Trabalho

Cleber Venditti da Silva, 326.

Habeas corpus coletivo: instrumento de fixação de teses desencarceradoras

Gustavo Pires de Carvalho, 345.

Civil Law e suas críticas

Eduardo Felipe Furukawa, 353.

Tecnologia e direitos fundamentais: novo constitucionalismo digital

Lucas Volker Pereira, 356.

PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

O "princípio da não surpresa" não é um termo amplamente reconhecido no contexto jurídico tradicional até a última data da minha atualização em setembro de 2021. No entanto, a ideia de "não surpresa" ou de que partes envolvidas em um processo devem ter clareza e previsibilidade sobre os procedimentos e decisões pode ser inferida em diversos princípios do direito.

O princípio mais próximo que se relaciona com essa ideia é o "princípio do contraditório", presente em muitos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro. Este princípio garante que todas as partes em um processo judicial tenham a oportunidade de apresentar seus argumentos e defesas, e de serem informadas de todos os atos processuais, para que não sejam "surpreendidas" por decisões das quais não tiveram conhecimento ou oportunidade de se manifestar.

Além disso, o conceito de "não surpresa" pode estar relacionado ao princípio da segurança jurídica, que visa garantir estabilidade, previsibilidade e confiança no sistema jurídico. As partes devem poder antecipar as consequências legais de suas ações com base na legislação e jurisprudência existentes, sem medo de decisões arbitrárias ou inesperadas.

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Fora do contexto estritamente legal, o princípio da "não surpresa" pode ser discutido em outros campos, como a ética empresarial, contratos comerciais ou serviços ao cliente, onde se espera que as partes ajam de maneira clara, transparente e previsível.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe em seu **artigo 10** o chamado princípio da não surpresa: o juiz não poderá decidir com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de matéria que deva ser decidida de ofício.

O **artigo 7º** dispõe sobre o tema ao definir que é assegurada às partes paridade de tratamento, tendo o juiz o importante papel de zelar pelo efetivo contraditório. Já o **artigo 9º** define que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

Nas palavras do ministro Luis Felipe Salomão, ao proferir seu voto no **REsp 1.755.266**, a intenção do CPC/2015 foi "permitir que as partes, para além da ciência do processo, tenham a possibilidade de participar efetivamente dele, com real influência no resultado da causa", vejamos:

RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ADOTOU FUNDAMENTO DIVERSO DO ADOTADO PELA SENTENÇA, COM BASE EM NOVA SITUAÇÃO DE FATO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ART. 10 DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO PARA OITIVA DA PARTE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação -, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure" (EDcl no Resp nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017.) 2. O art. 933 do CPC/2015, em sintonia com o multicitado art. 10, veda a decisão surpresa no âmbito dos tribunais, assinalando que, seja pela ocorrência de fato superveniente, seja por vislumbrar matéria apreciável de ofício ainda não examinada, deverá o julgador abrir vista, antes de julgar o recurso, para que as partes possam se

manifestar. 3. Não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (*iura novit curia*) e independentemente de oitiva delas, até porque a lei deve ser do conhecimento de todos, não podendo ninguém se dizer surpreendido com a sua aplicação. 4. Na hipótese, o Tribunal de origem, valendo-se de fundamento jurídico novo - prova documental de que o bem alienado fiduciariamente tinha sido arrecadado ou se encontraria em poder do devedor -, acabou incorrendo no vício da decisão surpresa, vulnerando o direito ao contraditório substancial da parte, justamente por adotar tese - consubstanciada em situação de fato - sobre a qual a parte não teve oportunidade de se manifestar, principalmente para tentar influenciar o julgamento, fazendo prova do que seria necessário para afastar o argumento que conduziu a conclusão do Tribunal a quo em sentido oposto à sua pretensão. 5. No entanto, ainda que se trate de um processo cooperativo e voltado ao contraditório efetivo, não se faz necessária a manifestação das partes quando a oitiva não puder influenciar na solução da causa ou quando o provimento lhe for favorável, notadamente em razão dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. 6. No presente caso, ainda que não exista prova documental sobre a localização do equipamento (se foi arrecadado ou se está em poder do devedor ou de terceiros), tal fato não tem o condão de obstaculizar o pedido de restituição, haja vista que, conforme os ditames da lei, se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, deverá o requerente receber o valor da avaliação do bem ou, em caso de venda, o respectivo preço (art. 86, I, da Lei nº 11.101/05). 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1755266 SC 2018/0183510-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/10/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018 REVPRO vol. 291 p. 471)

No mesmo voto, o magistrado destacou a preocupação latente do novo CPC com o princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição de 1988.

"Em busca de um contraditório efetivo, o normativo previu a paridade de tratamento, o direito a ser ouvido, bem como o direito de se manifestar amplamente sobre o substrato fático que respalda a causa de pedir e o pedido, além das questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, não podendo o magistrado decidir sobre circunstâncias

advindas de suas próprias investigações, sem que antes venha a dar conhecimento às partes", salientou Salomão.

ANTES DO CPC/2015

Embora o princípio da não surpresa tenha aparecido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com o CPC/2015, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do **REsp 1.725.225**, votou pela possibilidade de sua aplicação em processos regidos pelo CPC/1973, vejamos:

RECUSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. APELAÇÃO DESERTA. RECOLHIMENTO A MENOR DA COMPLEMENTAÇÃO DO PREPARO. AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA TAXA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LOCAL. ÓBICE DA SÚMULA 280/STJ. JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR. SURPRESA PROCESSUAL. OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Controvérsia acerca da incidência de correção monetária sobre o valor da taxa judiciária na hipótese complementação insuficiente do preparo da apelação, resultando em deserção. 2. Nos termos do art. 511, § 2º, do CPC/1973: "A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias". 3. Caráter tributário da taxa judiciária, inserindo-se na competência legislativa estadual disciplinar a incidência de correção monetária sobre a base de cálculo. 4. Necessidade de se interpretar a legislação tributária do Estado de origem para se concluir pela incidência, ou não, de correção monetária sobre o valor da taxa judiciária recolhida a destempo. 5. Incidência do óbice da Súmula 280/STF, segundo o qual "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Julgados desta Corte Superior. 6. Ocorrência, porém, de surpresa processual no caso concreto, uma vez que o despacho de complementação do preparo não fez referência à incidência de correção monetária sobre o valor da complementação da taxa judiciária. 7. Possibilidade de aplicação do princípio da não surpresa na vigência do CPC/1973. Julgados desta Corte Superior. 8. Determinação de retorno dos autos para nova oportunidade de complementação do preparo. 9. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1725225 SP 2016/0271078-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/03/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de

Publicação: DJe 26/03/2018 REVPRO vol. 281 p. 640 RSTJ vol. 250 p. 538)

Neste sentido a Terceira Turma do STJ reformou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que havia considerado uma apelação deserta pelo fato de a complementação do preparo ter sido feita sem correção monetária. Para os ministros, o fato de não ter havido menção à necessidade de atualização monetária no despacho que determinou a complementação da taxa judiciária deu margem à surpresa processual.

Segundo Sanseverino, o artigo 10 do CPC/2015 não tinha correspondente no CPC/1973, mas mesmo assim "o princípio da não surpresa era possível de ser extraído daquele ordenamento processual, embora não com tamanha magnitude".

O relator mencionou precedente de relatoria da ministra Nancy Andrighi (**REsp 1.178.562**) no qual a magistrada, rememorando voto de sua lavra no **REsp 963.977**, destacou que "*o processo civil muito comumente vem sendo distorcido de forma a prestar enorme desserviço ao Estado Democrático de Direito, deixando de ser instrumento da justiça para se tornar terreno incerto, recheado de armadilhas e percalços, onde só se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder*".

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. PEÇAS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ÔNUS DO RECORRENTE. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO IMEDIATA LEI PROCESSUAL. VIGÊNCIA DA LEI 11.382/2006. DESAPENSAMENTO. INSEGURANÇA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES. EFETIVIDADE DO PROCESSO. ART. 736, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 08/02/2010, no qual discute o ônus da parte de instruir a apelação, interposta contra sentença proferida em embargos à execução, com as peças necessárias ao deslinde da controvérsia. Embargos à execução opostos em 19/04/2004. 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de que estando os autos dos embargos desapensados dos autos principais, é ônus da parte a instrução do processo com as cópias indispensáveis à solução da lide. 3. Na hipótese, os embargos à execução foram opostos anteriormente à vigência da Lei 11.382/06, quando não havia a obrigatoriedade de sua instrução com as peças processuais relevantes ao deslinde da controvérsia (art. 736 do CPC, parágrafo único, do CPC). 4. Mesmo tendo aplicação imediata, a nova redação do art. 736, parágrafo único, do CPC, não faz referência aos recursos interpostos em sede dos embargos que já tramitavam conforme o rito anterior, mas apenas à petição inicial dos novos embargos

opostos. 5. "A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de Justiça. Não se deve, portanto, impor surpresas processuais, pois estas só prejudicam a parte que tem razão no mérito da disputa" (Resp 963.977/RS). 6. Considerando as peculiaridades da hipótese, deveria ter sido, ao menos, dada oportunidade às partes para juntarem os documentos pertinentes, antes de se concluir pelo não conhecimento da apelação. 9. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1178562 RS 2010/0016682-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL DA LEI 11.232/05. EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA, MAS JULGADOS POSTERIORMENTE. DECISÃO ATACADA POR APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. - Embora o direito brasileiro não reconheça a existência de direito adquirido a um certo rito processual, aplicando-se, portanto, a lei nova imediatamente ao processo em curso, segundo a máxima do 'tempus regit actum', é certo que a aplicação da regra de direito intertemporal deve ter em vista o princípio informador da segurança jurídica. - A razoabilidade exige que o Direito Processual não seja fonte de surpresas, sobretudo quando há amplo dissenso doutrinário sobre os efeitos da lei nova. O processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito. - Se não houve uma expressa conversão, pelo juízo em primeiro grau de jurisdição, dos ritos processuais, alertando as partes de que os "embargos" passaram a ser simples "impugnação", deve-se aceitar a apelação como recurso apropriado para atacar a decisão que, sob a égide da Lei 11.232/05, julgou os embargos do devedor. Recurso Especial Provido. (STJ - REsp: 963977 RS 2007/0146447-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2008)

"A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de justiça. Não se devem impor surpresas processuais, pois estas só prejudicam a parte que tem razão no mérito da disputa", completou Nancy Andrichi.

LEI NÃO INVOCADA

Em 2017, ao julgar embargos de declaração no **REsp 1.280.825**, a Quarta Turma do STJ seguiu, por unanimidade, o entendimento da relatora, ministra Isabel Gallotti, no sentido de que aplicar lei não invocada pelas partes não ofende o princípio da não surpresa, vejamos a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA CVM. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO E FUNDAMENTO INATACADO. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. DOCTRINA OBJETIVA. DATA DA LESÃO. PRAZO. ILÍCITO CONTRATUAL (ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL). PRECEDENTES. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. MÉRITO. REEXAME DE MATÉRIA CONTRATUAL E FÁTICA DA LIDE. SÚMULAS 5 e 7 DO STJ. 1. Inexistente a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o tribunal se pronuncia detalhadamente sobre a questão jurídica posta em debate, revelando-se o recurso integrativo mera tentativa de rediscussão da causa e reforma do julgado. 2. Inviável o recurso especial quanto ao suposto cerceamento de defesa e à necessidade de dilação probatória, eis que a análise das razões de impugnação impõe reexame da matéria fática da lide, vedado nos termos do enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 3. Inviável o recurso que deixa de fazer impugnação específica ao fundamento do acórdão recorrido, nos termos da Súmula 283 do STF. 4. O Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções. Precedentes. 5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes. 6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes. 7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a

vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ. 8. Recurso especial de Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - INVESTVALE conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997. 9. Recurso especial de Francisco Valadares Póvoa conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. (STJ - REsp: 1280825 RJ 2011/0190397-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 21/06/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2016 RSTJ vol. 243 p. 640)

O caso envolveu o prazo prescricional em ação que discutia ilícito contratual. No julgamento da causa, foi aplicado o artigo 205 do Código Civil (prescrição em dez anos) – o qual não foi impugnado –, em vez do artigo 206, parágrafo 3º, V, também do CC (prescrição em três anos) – considerado pelas partes como o correto.

Em embargos de declaração, alegou-se que a decisão violou o princípio da não surpresa, ao adotar fundamento jamais cogitado por todos aqueles que, até então, haviam discutido a controvérsia.

Em seu voto, a ministra destacou que "*o fundamento ao qual se refere o artigo 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico – circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação –, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria)*".

Isabel Gallotti ressaltou ainda que a aplicação do princípio da não surpresa não impõe ao juiz o dever de informar previamente às partes os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame do processo. Segundo ela, o "*os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz, mas de todos os sujeitos ao império da lei*" (Resp. 1.280.825)

FALTA DE INTIMAÇÃO

No julgamento de agravo interno no **AREsp 1.468.820**, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, a Terceira Turma decidiu que não existe afronta ao princípio da não surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na petição inicial, aplica o entendimento jurídico que considerada coerente para a causa, vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA

COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA.** INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento jurisprudencial vigente nesta Corte Superior, inexistente violação ao princípio da colegialidade quando o relator julga monocraticamente recurso inadmissível, ainda mais quando é oportunizada à parte recorrente o direito de interposição de agravo previsto no art. 1.021 do CPC/2015. 2. A falta de intimação da parte para manifestação sobre a preclusão do pedido de inversão do ônus da prova não constitui automática nulidade, ficando condicionada à demonstração dos prejuízos decorrentes. 3. Segundo orientação jurisprudencial, aplicando o princípio do pas de nullité san grief, a nulidade dos atos processuais só ocorre quando comprovados os prejuízos para as partes da relação processual. 4. In casu, entendendo o Tribunal estadual que a ausência de intimação para ciência do recorrente sobre a preclusão do pedido de inversão do ônus da prova não gerou prejuízos, descabe ao Superior Tribunal de Justiça alterar o posicionamento adotado, ante a incidência da Súmula 7/STJ. 5. Inexistente afronta ao princípio da não surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na inicial, juntamente com o pedido e a causa de pedir, aplica o entendimento jurídico que considerada coerente para a causa. 6. O julgamento e conhecimento do recurso especial exige a efetiva demonstração, de forma clara e precisa, dos dispositivos apontados como malferidos pela decisão recorrida juntamente com argumentos suficientes à exata compreensão da controvérsia estabelecida, sob pena de inadmissão, por incidência da Súmula 284/STF. 7. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 1468820 MG 2019/0074221-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 23/09/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2019)

O referido agravo interno foi interposto contra decisão monocrática do relator que manteve acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) segundo o qual não é causa automática de nulidade – pois exige demonstração de prejuízo – a falta de intimação para prévia manifestação das partes sobre o pedido de inversão do ônus da prova.

A parte recorrente sustentou que houve violação dos princípios da não surpresa, do contraditório e da ampla defesa.

Ao analisar a alegada afronta ao princípio da não surpresa em virtude da ausência de intimação, Bellizze destacou que, conforme a jurisprudência do STJ, "a nulidade processual só deve ser declarada quando ficar comprovado prejuízo para a parte que a alega, em cumprimento ao princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo)", podendo o juiz, depois de examinar os autos, aplicar o entendimento que considerar mais adequado ao processo.

RESULTADO PREVISTO

No julgamento do **RMS 54.566**, a Segunda Turma do STJ entendeu que não cabe alegar surpresa se o resultado da lide se encontra previsto objetivamente no ordenamento disciplinador do instrumento processual utilizado e se insere no âmbito do desdobramento causal, possível e natural da controvérsia.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. CERTAME DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. PROCESSO SELETIVO INSTAURADO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PROVIMENTO DO MESMO CARGO EM QUANTIDADE SUFICIENTE A ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DECISÃO SURPRESA OU DE TERCEIRA VIA NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO JURISDICIONAL PREVISÍVEL E COMPATÍVEL COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. RESULTADO OBJETIVAMENTE PREVISTO NO ORDENAMENTO LEGAL. SOLUÇÃO DENTRO DO DESDOBRAMENTO CAUSAL, POSSÍVEL E NATURAL, DA CONTROVÉRISA. APLICAÇÃO DOS BROCARDOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS. 1. O Mandado de Segurança foi impetrado objetivando a nomeação e posse da recorrente no cargo de Professora de Língua Portuguesa do quadro efetivo da Secretaria de Estado da Educação e Cultura - SEDUC. Sustenta, em apertada síntese, que foi aprovada em 19º lugar para concurso com 19 vagas, mas que foi preterida na assunção do cargo em favor do preenchimento do quadro com profissionais temporários mediante processo seletivo instaurado durante a validade do concurso. 2. O Tribunal de origem extinguiu o

feito sem resolução do mérito, por entender carentes os autos de prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante. 3. Insurge-se a impetrante recorrente contra a decisão do TJPI alegando violação ao art. 10 do CPC/2015 e que a simples abertura de novo concurso para o mesmo cargo cria para ela direito subjetivo à nomeação. 4. Não há violação ao art. 10 do CPC/2015 pelo aresto impugnado. 5. O referido dispositivo estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, no caso de não se ter dados às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. 6. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 7. Na hipótese dos autos, o fundamento adotado pelo Tribunal acerca da necessidade de prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante era perfeitamente previsível e cogitável pelas partes, pois inerente a pressuposto formal contido no art. 1º da Lei nº 12.016/2009, que rege a via estreita do Mandado de Segurança. Tal argumento foi, inclusive, invocado como matéria de defesa nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora. 8. Descabe alegar surpresa se o resultado da lide encontra-se previsto objetivamente no ordenamento disciplinador do instrumento processual utilizado e insere-se no âmbito do desdobramento causal, possível e natural, da controvérsia. Cuida-se de exercício da prerrogativa jurisdicional admitida nos brocados *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*. 9. Tampouco prospera o ataque de mérito do recurso. 10. Não há nos autos prova documental pré-constituída da preterição suscitada, que não decorre automaticamente da simples abertura de processo seletivo simplificado para contratação temporária. Necessário não só a demonstração incontestada da identidade entre os cargos, como principalmente destacar que o provimento dos cargos mediante contratação precária se deu em número suficiente a alcançar a impetrante na lista de classificação. 11. Assente no STJ que a "contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos" (AgInt no RMS 50.060/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/08/2016). 12. Desse modo, não se verificam razões a

ensejar revisão do julgado, que corretamente entendeu inexistir prova pré-constituída, condição de procedibilidade do Mandado de Segurança, com base no art. 6º da Lei 12.016/2009. 13. Em que pese a afirmação de que a impetrante teria sido preterida em virtude da realização de contratações temporárias, ela não conseguiu demonstrar a efetiva ocorrência da preterição do direito à nomeação, porquanto, pelas provas produzidas, não é possível extrair tal fato, de forma conclusiva. Seria necessário dilação probatória para aferição efetiva da ilegalidade ou desvio do ato, o que é incompatível com o rito eleito. 14. Recurso Ordinário não provido. (STJ - RMS: 54566 PI 2017/0165308-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2017)

Referido recurso teve origem em mandado de segurança impetrado por uma candidata aprovada em concurso público com o objetivo de assegurar sua nomeação e posse em cargo de professora de língua portuguesa.

A impetrante alegou que foi aprovada em 19º lugar no concurso com 19 vagas, mas que foi preterida na assunção do cargo em favor do preenchimento do quadro com profissionais temporários admitidos mediante processo seletivo instaurado durante a validade do concurso.

No tribunal de origem, o processo foi extinto sem resolução do mérito, sob a fundamentação de que não constava dos autos prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante. A candidata recorreu ao STJ, sustentando violação do princípio da não surpresa, já que não foi chamada a se manifestar sobre a decisão.

Ao proferir seu voto, o relator, ministro Herman Benjamin, afirmou que não se pode falar em surpresa no caso, visto que "a necessidade de prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante era perfeitamente previsível e cogitável pelas partes, pois inerente a pressuposto formal contido no **artigo 1º** da Lei 12.016/2009, que rege a via estreita do mandado de segurança".

"Cuida-se de simples exercício dos brocados *iura novit curia* e da *mihifactum, dabo tibi ius*", concluiu o relator.

JULGAMENTO INTERROMPIDO

Outra importante questão sobre o tema foi decidida em 2018 pela Corte Especial, que **entendeu** que o ministro que não acompanhou o início de um julgamento com sustentações orais não pode participar de sua continuação.

O colegiado fundamentou a decisão – que se deu por maioria, em questão de ordem nos **REsp 1.447.624** – no respeito aos princípios do juiz natural e da não surpresa nos julgamentos. Na ocasião, a ministra Laurita Vaz, então presidente do STJ, afirmou que "*o defensor deve saber, desde o início, qual é o quórum para o julgamento de seu processo*".

O ministro Raul Araújo, ao proferir seu voto, afirmou que, no devido processo legal, as partes não podem ser surpreendidas em relação ao andamento da ação. Da mesma forma – acrescentou –, a não surpresa também se aplica aos juízes que participarão do julgamento após o seu início.

Por se tratar de matéria meramente procedimental, mas extremamente recorrente, a Corte optou por decidir o tema de imediato, entendendo, por maioria, pela impossibilidade de voto do magistrado ausente nas sustentações, ressalvadas as hipóteses estabelecidas no art. 162, § § 4º e 5º, do Regimento Interno – RISTJ, a versar acerca das hipóteses de desempate e formação de quórum. Assentou-se, ante os princípios do juiz natural e da não surpresa, ser imprópria a participação posterior do magistrado inicialmente ausente, por representar alteração na composição do órgão responsável no curso do julgamento.

A corrente minoritária, por sua vez se apoiou nos argumentos dos Ministros João Otávio Noronha – que entendeu não haver relação entre a habilitação e a sustentação oral, uma vez que o determinante deve ser o esclarecimento do julgador acerca do tema –; e Herman Benjamin – que diferenciou voto de fato (especialmente nos casos de competência originária) de voto da tese jurídica, entendendo como possível a habilitação do magistrado apenas nesta última hipótese.

O Ministro João Otávio Noronha propôs a formulação de súmula com o resultado do julgamento, compreendendo necessária proposta de emenda ao regimento interno do STJ no §4º do art. 162, para adicionar expressamente a vedação. Em relação à primeira proposta, a Corte, acompanhando posicionamento do Ministro Luis Felipe Salomão, rejeitou a formulação da súmula, entendendo como suficiente a existência do precedente. Em relação à emenda, a Corte a entendeu desnecessária, pela possibilidade de interpretação conjunta dos § § 4º e 5º do art. 162 do RISTJ.

REFERÊNCIAS:

BRASIL STJ - REsp: 1755266 SC 2018/0183510-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/10/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018 REVPRO vol. 291 p. 471

BRASIL. STJ - REsp: 1725225 SP 2016/0271078-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/03/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2018 REVPRO vol. 281 p. 640 RSTJ vol. 250 p. 538

BRASIL. STJ - REsp: 1178562 RS 2010/0016682-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013

BRASIL. STJ - REsp: 963977 RS 2007/0146447-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2008

BRASIL. STJ - REsp: 1280825 RJ 2011/0190397-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 21/06/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2016 RSTJ vol. 243 p. 640

BRASIL. STJ - AgInt no AREsp: 1468820 MG 2019/0074221-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 23/09/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2019

BRASIL. STJ - RMS: 54566 PI 2017/0165308-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2017

EM QUE DITADURA VIVEMOS? UMA ANÁLISE À LUZ DE AGAMBEN E SCHMITT

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios²

Não há mais discutir “se” vivemos numa ditadura, apenas resta perquirir “qual” espécie de ditadura é aquela em que vivemos.

Em sua obra “Estado de Exceção”, Giorgio Agamben apresenta a doutrina de Carl Schmitt, com foco em seus trabalhos sobre a “ditadura” e a “teologia política”.³ Embora o primeiro foque muito na superposição dos poderes do Executivo sobre o Legislativo, o que realmente era a característica clássica dos Estados Ditatoriais, sua exposição pode nos ajudar bastante na elucidação do tema que propomos, qual seja, descobrir em que espécie de ditadura vivemos.

O enfoque de Agamben na ditadura de prevalência do Executivo já nos dá uma primeira pista ao fazermos uma comparação com a realidade brasileira. Percebe-se claramente que não estamos diante de uma ditadura clássica, com preponderância do Executivo, mas de uma ditadura do Judiciário, que molda, remolda, desconsidera, considera, escreve e reescreve leis e Constituição a seu bel – prazer. Não são decretos – lei, estados de sítio, estados de defesa, medidas provisórias etc. os instrumentos que causam a derrocada da Democracia. Aqui vivemos o império voluntarista de uma casta não eleita que atua com sustento em teorias que lhe permitem agir e omitir como bem quiser.

Mas essa ditadura judicial poderia ser classificada nas categorias apresentadas por Carl Schmitt da “ditadura comissária” ou da “ditadura soberana”?

Na “ditadura comissária” o desiderato é “defender ou restaurar a constituição vigente”. Já na “ditadura soberana” temos uma figura típica de exceção que “alcança sua massa crítica ou seu ponto de fusão”.⁴ A “ditadura soberana” “não se limita a suspender

² E-mail: cabette@uol.com.br

³³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p.53 e ss. SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. München – Leipzig: Duncker & Humblot, 1921, “passim”. SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. München, 1922, “passim”.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit., p. 53.

uma constituição vigente 'com base num direito nela contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional'". A 'ditadura soberana' visa criar um ambiente ou um "estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição". 5

Para o observador arguto é visível que a "ditadura judiciária" que vivemos é travestida naquilo que se chamaria de uma "ditadura comissária" na acepção schmittiana, mas, na verdade, se reveste da característica de uma típica "ditadura soberana".

Sob o pretexto e com referências vagas como "a defesa da democracia", "o combate a atos antidemocráticos", "o cumprimento de preceitos constitucionais fundamentais", "a defesa da dignidade humana", "a preservação dos 'limites' (sic) da livre expressão", "a máxima eficácia dos direitos constitucionais" entre outras expressões equívocas e sujeitas a um enorme elastério, o Judiciário, em especial as Cortes Superiores, autolegitimam uma ingerência eviscerante no sentido mais óbvio das leis e até da Constituição. Há uma nítida mutação da função de "guardião da Constituição e da legalidade" para o exercício de uma espécie de direito de propriedade arbitrário sob os preceitos legais e constitucionais, como se fossem de uso, gozo e disposição oportunista e conveniente do Poder Judiciário que cobre com sua sombra opressiva o Executivo, o Legislativo e, especialmente, o povo do qual supostamente todo poder deveria emanar.

É possível concluir que vivemos uma situação "sui generis", já que tanto Agambem como Carl Schmitt pressupõem a figura de "um" ditador executivo e não de um Poder que atua como instituição de forma estrutural, diluindo responsabilidades e disfarçando arbítrio em consenso jurídico sobre o sentido e conteúdo das normas legais e constitucionais. 6

Vivemos, portanto, sob uma "ditadura judiciária soberana" que merece maiores estudos e cujo combate é muito mais difícil dada sua sutileza, artil e insidiosidade, sempre apta a inverter a realidade, acusando de antidemocráticos, amantes da ditadura, do arbítrio e do autoritarismo todos aqueles que apenas e tão somente pretendem o cumprimento das leis, da Constituição e, em última análise, a preservação de uma democracia conquistada a duras penas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

5 Op. Cit., p. 55.

6 Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porot. Constituição, Soberania e Ditadura em Carl Schmitt. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/Jhcwj5QQxR7HtYtVK5c7yBv/?lang=pt>, acesso em 28.08.2023.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porot. Constituição, Soberania e Ditadura em Carl Schmitt. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/Jhcwj5QQxR7HtYtVK5c7yBv/?lang=pt> , acesso em 28.08.2023.

SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. München – Leipzig: Duncker & Humblot, 1921.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. München, 1922.

LUTA PELA EQUIDADE: ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE TIPIFICA COMO RACISMO O CRIME DE INJÚRIA RACIAL

ALANA LETÍCIA BRANCO CARNEIRO POLTRONIERI:
graduanda em Direito pelo Centro Universitário de
Santa Fé do Sul/SP – UNIFUNEC

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar a nova Lei nº 14.532 de 11 de janeiro de 2023 que tipificou como racismo o crime de injúria racial. Abordou-se toda a evolução dos referidos crimes, bem como seus conceitos e aplicação, além de seus reflexos perante a sociedade. Em sequência, elencou-se fatores importantes para o aprofundamento do assunto, como as estatísticas realistas. Afirmar que a nova lei traduz a promoção da igualdade racial no Brasil e representa um avanço significativo na luta contra o racismo e a discriminação racial é um fato. Através de sua implementação, espera-se que o país possa avançar na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva para todas as pessoas, independentemente da sua origem étnica. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: Lei nº 14.532/2023. Racismo. Injúria Racial. Igualdade Racial. Origem Étnica.

ABSTRACT: The work was carried out with the aim of analyzing the new Law nº 14.532 of January 11, 2023, which classified the crime of racial insult as racism. The entire evolution of the aforementioned crimes was covered, as well as their concepts and application, in addition to their effects on society. Next, important factors were the subject, such as realistic statistics. Stating that the new law reflects the promotion of racial equality in Brazil and represents a significant advance in the fight against racism and racial discrimination is a fact. Through its implementation, it is hoped that the country can move forward in building a more fair, egalitarian and inclusive society for all people, regardless of their ethnic origin. The work was developed using a literature review based on bibliographical research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the topic.

Keywords: Law nº 14.532/2023. Racism. Racial Injury. Racial Equality. Ethnic Origin.

1 INTRODUÇÃO

Buscou-se através do presente trabalho analisar a nova Lei nº 14.532 de 11 de janeiro de 2023 que tipificou como racismo o crime de injúria racial. Abordou-se toda a evolução dos referidos crimes, bem como seus conceitos e aplicação, além de seus reflexos perante a sociedade.

No percurso legislativo em prol da efetivação dos direitos vinculados à erradicação de preconceitos de raça, antes mesmo do advento da Constituição da República de 1988, o Brasil havia promulgado, através do Decreto 65.810/69, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e, após a vigência do texto constitucional, o legislador aprovou o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos.

A tarefa de definir as diversas condutas tipificadas como racismo também coube ao legislador infraconstitucional, que o fez através da edição da Lei 7.716/89, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Além disso, objetivando melhores oportunidades perante os ensinos superiores, foi sancionada a Lei de Cotas (nº 12.711/2012), que no ano de 2022 completou uma década de vigor. Desde seu surgimento, tem estabelecido reservas de percentuais de vagas em instituições para grupos historicamente excluídos desses espaços, como negros, indígenas, estudantes de escola pública, pessoas com deficiência e de baixa renda. Alguns estados vêm criando suas próprias ações afirmativas para inclusão de outras categorias, como quilombolas, refugiados e pessoas transgênero.

No caso das cotas raciais, a distribuição de vagas é de 50%, conforme a proporção de negros na unidade de federação em que está situada a instituição de ensino. Pretos e pardos precisam apresentar uma autodeclaração e, em algumas instituições, passar por comissão de avaliação.

Não se pode negar que a Lei de Cotas foi importante, no entanto, insuficiente para a enxergar uma transformação na institucionalidade brasileira. Sua manutenção se faz necessária devido à enorme desigualdade entre brancos e negros, além da resistência defendida erroneamente por certa parcela da população.

No decorrer da pesquisa, será tratado acerca dos crimes de racismo e injúria racial, pontuando suas evoluções históricas, bem como suas aplicações legislativas. Além disso, serão elencados fatores importantes para o aprofundamento do assunto, como as estatísticas realistas.

Conforme será visto no decorrer da pesquisa, mas que deve ser pontuado de antemão, a prevenção e repressão de condutas que impliquem segregação, em

decorrência de raça, são essenciais à criminalização do racismo. Tais legislações buscam redimensionar a igualdade entre grupos historicamente vulneráveis em detrimento daqueles que, em tese, os dominaram durante todo o contexto histórico da humanidade, propiciando a igualdade material entre os seres humanos.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, foi tido como base a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, pesquisas em sites, doutrinas, artigos, jurisprudências e legislações.

2 RACISMO: HISTÓRICO E CONCEITO

Embora esteja explícito em nossa Constituição Federal que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), é possível afirmar que parcelas da população não aplicam tal entendimento na prática.

O que poucos sabem ou não querem entender é que mesmo após a libertação dos escravos, pela Lei Áurea em 1888, os negros continuaram sofrendo discriminações, marginalizações e ainda, de alguma forma, eram submissos aos seus “chefes”. Isso ocorreu porque, apesar da libertação, não houve nenhum outro tipo de garantia ou direito estabelecido, o que dificultou, e muito, o processo de inclusão dos negros na sociedade, como no acesso ao trabalho digno e à educação.

Assim, durante todo o processo histórico, negros eram colocados em condições de desvantagens. Como consequência, essa discriminação racial foi enraizada, gerando efeitos que perduram até os dias atuais.

Define-se como racismo, a prática social que discrimina e exclui indivíduos ou grupos com base em características raciais ou étnicas. Tal conduta, além de ofender a dignidade humana, viola os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, o que configura uma conduta criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei Antirracismo, define o racismo como a conduta de “discriminar pessoas em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989). Atrelado a isso, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o racismo é uma conduta incompatível com a ordem constitucional, que deve ser combatida de forma enérgica e efetiva, sob pena de perpetuação da desigualdade e do sofrimento humano, conforme dispõe o RE nº 597.285/RJ, cujo Relator Ministro Roberto Barroso pontuou: “O racismo é uma forma de desumanização do outro, é a forma de violação de direito humanos e é contrária aos princípios fundamentais da República brasileira” (BRASIL, 2018).

No âmbito jurisprudencial, a gravidade do racismo e de suas formas de manifestação também são reconhecidas. Pode ser caracterizada como um crime de racismo ou como um crime resultante de preconceito de raça ou cor, como a injúria racial.

A evolução histórica do racismo no Brasil é marcada por um longo período de omissão, com início na colonização até a atualidade. Falar que o racismo sempre esteve presente na sociedade é um fato e, infelizmente, ainda persiste.

Importante ressaltar que a luta contra o racismo não é uma tarefa exclusiva do Estado, mas também de toda a sociedade. A educação antirracista, a valorização da cultura negra e o reconhecimento das contribuições dos povos afrodescendentes para a formação do Brasil são fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

2.1 Modalidades do racismo

Conforme mencionado, o racismo pode acontecer de diversos meios e com grupos diferentes, de modo que é possível identificar variadas modalidades desta prática.

Titulado como racismo institucional, esta modalidade é marcada pela manifestação de preconceito por parte de instituições públicas ou privadas, do Estado e das leis que, de forma indireta, promovem a exclusão ou o preconceito racial. Como exemplo, pode-se citar as abordagens policiais contra negros, que tendem a ser mais agressivas.

Outro exemplo de racismo institucional é do caso que ocorreu em Minnesota, nos Estados Unidos, que gerou repercussão mundial. Durante uma abordagem policial, George Floyd foi rendido ao chão, e com o joelho do policial em seu pescoço, por mais de nove minutos, foi assassinado. George repetiu onze vezes a frase “não consigo respirar”. As cenas foram filmadas por pessoas que presenciaram o fato. Derek Chauvin, policial responsável pela morte de George, foi condenado por unanimidade perante o júri popular. Somadas suas condenações, Chauvin pode ficar preso por até 75 anos (UOL).

Outra modalidade de racismo é o estrutural, que nada mais o conjunto de práticas, hábitos, situações e falas embutido nos costumes, o que acaba por promover, de forma direta ou indiretamente, a segregação ou o preconceito racial. Necessário pontuar que falas e hábitos pejorativos incorporados ao nosso cotidiano tendem a reforçar essa forma de racismo.

Por fim, entre os mais usuais, tem-se o racismo recreativo, que se compara com as apresentações de *stand-up*. O racismo recreativo encontra-se camuflado em piadas ou brincadeiras que, aparentemente, são inofensivas, mas que possuem cunho racial que associa as características físicas e culturais a algo inferior ou desagradável.

O combate a tais modalidades parte da ideia de que todo conteúdo que a pessoa consome, deve ser analisado de forma crítica, além de não ocorrer a disseminação nas mídias sociais e, principalmente, o questionamento desses conteúdos por mera diversão.

É urgente também entender que:

Face ao racismo, não há compromisso possível. Não há tolerância possível. Só há uma resposta: a tolerância zero. Esta resposta pode parecer radical, mas é a única resposta concebível se quisermos adotar, em relação a este problema, uma atitude coerente e eficaz. (DELACAMPAGNE, 2013, p. 222).

O combate ao racismo, seja ele institucional, estrutural ou recreativo é uma luta de toda uma sociedade, não somente dos negros. É preciso que haja políticas de conscientização e senso crítico para determinadas condutas.

2.2 Desigualdade em números

Pode-se dizer que o primeiro passo para o combate ao racismo é justamente ter consciência de que a sociedade é uma sociedade racista e em transformação. Perante a população negra, essa conscientização já é realidade há muito tempo, pelo simples fato de ter sofrido com os impactos de uma sociedade que racializa e que exclui pessoas pretas e pardas.

Conforme estudos recentes, o Boletim AASP Conecta (2022) trouxe uma matéria que fala exatamente sobre os números, são eles:

Dos 13,5 milhões de brasileiros vivendo em extrema pobreza, 75% são pretos ou pardos. Negros tem 4 vezes mais chance de sofrer violência policial do que brancos nas abordagens. Pesquisa mostra que 56% das empresas não contratam negros por racismo. Brancos com Ensino Superior completo ganham, em média, R\$ 33,90 por hora; pretos e pardos recebem R\$ 25,50: diferença de 44%. Negros são 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil.

Os dados são alarmantes e preocupantes. Trata-se de um desafio que se alastra durante anos. A discussão envolve aspectos políticos, sociais e culturais. A sociedade deve se posicionar como parte dos problemas raciais e praticar ações de desconstrução no cotidiano. A postura antirracista exige a desnaturalização das desigualdades nos espaços de poder.

Diante do aumento expressivo de registros de racismo, lideranças políticas, instituições e empresas criaram mecanismos jurídicos e políticas públicas para seu combate. No entanto, a sociedade brasileira ainda carece da vontade política para efetivação dessas ferramentas, o que pode ser observado pela diminuta presença de pessoas negras em cargos de liderança da Administração Pública e no sistema da justiça, por exemplo.

3 INJÚRIA RACIAL

O Código Penal contempla o crime de injúria em seu artigo 140, § 3º, que em seu tipo base pune a conduta daquele que ofende a dignidade ou decoro da vítima, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. A injúria racial é uma conduta que agride a honra subjetiva de uma pessoa, atingindo-a em sua dignidade e integridade (BRASIL, 1940).

Ademais, é considerada um crime de mera conduta, ou seja, não exige a comprovação de um resultado específico para sua configuração, basta a demonstração da prática para que se configure o crime. Sua consumação ocorre quando a ofensa é proferida, independente da produção de qualquer dano à vítima.

A proteção contra a injúria racial no Brasil tem origem em uma luta histórica contra o racismo e a discriminação racial. A Constituição Federal de 1988, em consonância com o princípio da igualdade, proibiu a distinção entre as pessoas por razões de raça ou cor, e a Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei Antirracismo, criminalizou condutas resultantes de preconceito de raça ou cor, como a injúria racial.

A efetivação da legislação sobre injúria racial ainda é um desafio, uma vez que a discriminação racial ainda persiste em diversos espaços da sociedade. É necessário que a sociedade se mobilize no combate ao racismo, por meio da conscientização e da denúncia de práticas discriminatórias.

Comparando o crime de racismo com o de injúria racial, tem-se que, apesar de ambos terem em comum o preconceito e a discriminação racial, há significativas diferenças entre eles, tanto em relação à tipificação como em relação às penas aplicáveis.

Ao contrário da injúria, o crime de racismo prevê penas mais severas quando a discriminação é praticada por meio da violência ou grave ameaça, o que é considerado um agravante. Suas competências também se diferem, enquanto o crime de racismo é de competência da Justiça Federal, o crime de injúria racial é de competência da Justiça Estadual.

Ademais, antes da alteração ocorrida pela Lei nº 14.532/2023, que será vista mais adiante, somente o crime de racismo era inafiançável e imprescritível, ou seja, o crime de

injúria racial não observava tais peculiaridades, embora alguns entendimentos jurisprudenciais colocassem as duas modalidades em analogia, não era, de fato, uma aplicação igualitária.

Até então, era importante compreender suas diferenças e aplicá-las de forma adequada para cada caso. Atualmente, em vigência a nova legislação que tipifica como racismo o crime de injúria, demonstra uma evolução necessária, o que irá garantir ainda mais a proteção dos direitos humanos no Brasil.

3.1 Julgamento do HC 154.248 pelo STF

Ocorrido em 28 de outubro de 2021, no âmbito do Habeas Corpus 154.248, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, decidiu que a injúria racial deve ser equiparada, para fins de reconhecimento e imprescritibilidade, ao delito de racismo.

O tema também foi objeto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.987, sendo iniciativa do partido Cidadania, que pedia julgamento junto ao mencionado HC.

Veja-se a Ementa do referido HC:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas dos textos constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do HC 82424 RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

Como bem pontuado pela Ministra Cármen Lúcia nos autos, o crime não é apenas contra a vítima, uma vez que a ofensa é contra a dignidade do ser humano. No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux pontuou que a discussão sobre a questão racial veio se desenvolvendo para assegurar proteção às pessoas negras, alcançando uma dimensão social e não meramente biológica.

Já o ministro Ricardo Lewandowski lembrou:

A Constituição Federal, ao estabelecer que a prática do racismo é imprescritível, não estipulou nenhum tipo penal, exatamente porque, ao longo do tempo, essas condutas criminosas se diversificam e é necessário que os delitos específicos sejam definidos pelo Congresso (STF, 2021).

De fato, com razão os ilustres ministros, sendo importante ressaltar que em casos como de injúria racial, não se mostra possível reconhecer a prescrição do delito em um caso que o agressor pretendeu, de forma clara, inferiorizar a vítima. Deve-se, portanto, voltar os olhos para o passado, abrangendo todos os cenários bárbaros que ocorreram, bem como com o que dispõe em nossa Constituição Federal, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

A discussão que envolvia o tema antes de ser oficialmente decidido, era muito controversa, o que acabava por gerar debates acalorados no âmbito jurídico. Alguns juristas defendiam que a medida poderia prejudicar o direito à liberdade de expressão, enquanto outros argumentavam que a equiparação era necessária para garantir a efetividade das medidas de combate à discriminação racial.

Fato é que, aos olhos históricos, sociais e econômicos, durante muito tempo negros e pardos foram tratados como propriedade em razão de sua cor, o que perdura até os dias atuais. Com isso, resta evidente que sim, a equiparação era necessária e urgente para garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

4 LEI Nº 14.532/2023: ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE TIPIFICA COMO RACISMO O CRIME DE INJÚRIA RACIAL

Publicada no Diário Oficial da União no dia 11 de janeiro de 2023, a Lei nº 14.523 foi sancionada pelo atual presidente Luiz Inácio Lula da Silva em uma cerimônia de posse das ministras Anielle Franco e Sonia Guajajara, figuras importantes para o povo brasileiro, além de representativas diante da democracia.

A norma sancionada altera a Lei do Crime Racial (nº 7.716/1989) e o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) para tipificar como racismo a injúria racial. Com isso, o novo tipo incriminador, em relação a aquele previsto no art. 140, § 3º do Código Penal, possui

pena majorada. O que antes era pena de reclusão de 01 a 03 anos e multa, passou a ser reclusão de 02 a 05 anos e multa (BRASIL, 2023).

Ainda comparando o antigo tipo penal ao atual, percebe-se que a injúria qualificada por preconceito religioso, etarismo ou capacitismo continua tipificada na nova redação dada ao § 3º do art. 140 do Código Penal.

As mudanças não foram limitadas, de modo que o art. 20 da Lei do Crime Racial teve alguns de seus parágrafos alterados, bem como acrescentado novos que preveem situações especiais em que o cometimento do crime de racismo é punido com penas majoradas.

Tem-se, ainda, a inserção de novos dispositivos que trazem causas de aumento de pena para os crimes de injúria racial e racismo, podendo ser aumentadas de 1/3 até a metade, quando: ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação; praticados por funcionário público.

Ademais, deve ser observado pelo juiz que, ao interpretar a referida norma, deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Destaca-se também a criação do Fundo Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que terá como principal objetivo financiar projetos e programas voltados para a promoção da igualdade racial; a instituição do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que terá como função monitorar e avaliar as políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade racial; e a obrigatoriedade de ensino da história e cultura afro-brasileira nas escolas de todos o país.

É possível afirmar que nova lei traduz a promoção da igualdade racial no Brasil e representa um avanço significativo na luta contra o racismo e a discriminação racial. Através de sua implementação, espera-se que o país possa avançar na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva para todas as pessoas, independentemente da sua origem étnica.

5 FIGURAS HISTÓRICAS NO JUDICIÁRIO

São diversas as estatísticas que evidenciam o elevado número de pessoas brancas ocupando cargos no Poder Judiciário. Isso se deve, entre diversos fatores, a uma estrutura

social que pouco favorece os negros no Brasil, que sofrem diariamente com o racismo estrutural, poucas oportunidades e espaço de fala limitado.

Figurando como pioneira, Esperança Garcia, nascida em 1751, foi autora do primeiro Habeas Corpus registrado no Brasil, negra, escravizada, sem formação, foi reconhecida em 2017 como a primeira advogada do Estado pela seccional piauiense da OAB.

Luiz Gama, nascido na Bahia em 1830, foi condecorado como primeiro advogado negro do Brasil, também já havia sido escravizado. Diante suas atuações nos tribunais, conseguiu libertar mais de 500 escravos. Ganhou notoriedade por defender que, ao matar seu senhor, o escravo agia em legítima defesa.

De 1929 a 2022, apenas três pessoas negras chegaram ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF): todos homens, inclusive. Hermenegildo de Barros foi ministro de 1919 até sua aposentadoria em 1937; Pedro Lessa ocupou o mesmo cargo em 1907 até sua morte, em 1921; e Joaquim Barbosa foi ministro da suprema corte em 2003 a 2014.

Vê-se que figuras importantes como os mencionados acima, trazem consigo muita simbologia e representatividade. Espera-se que o número de negros em cargos altos seja cada vez maior, o que atrelado à Lei de Cotas e o incentivo social, traga bons resultados.

6 CONCLUSÃO

Desde à época em que pessoas eram tratadas como propriedade, em razão de sua cor, até a criminalização do racismo, um longo caminho foi percorrido, e a atuação da advocacia por pessoas negras foi primordial para viabilizar essa mudança.

Esperança Garcia, a primeira advogada do Piauí, e Luiz Gama são exemplos de resistência e representatividade. São figuras históricas importantíssimas para o direito brasileiro e para a efetivação da democracia.

Como o título remete, a “luta pela equidade” se concentra no âmbito social, econômico e político. Os dados trazidos que demonstram claramente a existência predominante do racismo na sociedade não se trata apenas de estatística sensacionalista. Trata-se de um problema sério que já deveria, há muito tempo, ter sido combatido.

Nesse sentido, é preciso olhar para os aspectos que constroem barreiras, como o racismo, a injúria racial e os preconceitos. A importante alteração legislativa que tipifica como racismo o crime de injúria racial é uma das iniciativas. Julgados não precisarão mais decidir em aplicar ou não a analogia, agora é lei.

Sabe-se que são muitos os desafios e as lutas são diárias, no entanto, espera-se que a partir da nova tipificação, se alcance o desenvolvimento de toda a sociedade, bem como o fortalecimento da democracia, haja vista que não há a possibilidade em alcançar uma democracia plena enquanto a população que a representa estiver sujeita às piores condições sociais, políticas e econômicas do país.

Ademais, há uma questão cultural envolvida. A sociedade brasileira ainda carrega resquícios do período de escravidão, o que se reflete em preconceitos e discriminações presentes em diversas esferas.

Pode-se concluir, portanto, que a tipificação da nova Lei nº 14.532/2023 possui um caráter pedagógico e preventivo, colocando a injúria racial no mesmo patamar de punição do racismo. Ao estabelecer medidas de prevenção e combate, evidencia-se o esforço do legislativo em criar instrumentos mais efetivos para enfrentar essas práticas, de modo que a sociedade também não pode se esquivar.

Nesse sentido, a educação desempenha um papel fundamental. É necessária a promoção e a inclusão de conteúdos relacionados à história e cultura afro-brasileira nos currículos escolares, além de fomentar debates e ações educativas que estimulem a reflexão sobre a igualdade racial e a importância do respeito às diferenças, além de fortalecer políticas sociais que visem a inclusão e a valorização da diversidade racial, como cotas raciais em instituições de ensino e políticas de inclusão no mercado de trabalho.

Como principal propulsor, tem-se as mídias, que também desempenha um papel relevante na disseminação de valores e na promoção da igualdade racial. É necessário que os meios de comunicação ampliem a representatividade de indivíduos de diferentes raças em seus conteúdos, evitando estereótipos e estigmas raciais. A produção de narrativas que valorizem a diversidade e combatam o preconceito pode contribuir para uma mudança de mentalidade na sociedade.

Por fim, reforça-se a importância da luta pela equidade. Somente através da colaboração e conscientização da sociedade, em conjunto com a atuação dos poderes judiciário, legislativo e executivo, será possível alcançar uma sociedade mais justa e igualitária. A Lei nº 14.532/2023 já é realidade, mas ainda há muito a ser feito para eliminar as formas de descriminalização.

Espera-se que este trabalho contribua para o aprofundamento do debate sobre a injúria racial e o racismo, além de inspirar a criação de ações positivas para a promoção da igualdade e erradicação do preconceito racial.

REFERÊNCIAS

AASP, Associação dos Advogados de São Paulo. **Advocacia preta e a luta por equidade.** Editora AASP: São Paulo, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL, BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera o Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de maio de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para equiparar a injúria racial ao crime de racismo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14532.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 5.526. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 28 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343498872&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 154248. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF equipara injúria racial ao crime de racismo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646&ori=1>. Acesso em: 10 set. 2023.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre negros e negras no poder judiciário**. CNJ: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/media-noticia/536486/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

CARVALHO, P. H. **O desafio da equiparação do crime de injúria racial ao crime de racismo**. Consultor Jurídico, 22 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul22/opinio-desafio-equiparacao-injuria-racial-crime-racismo>. Acesso em: 10 set. 2023.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da Escravatura – Da Antiguidade aos nossos dias**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2013, p. 222.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único**. 7 ed. Ver., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

UOL, Notícias. Justiça para George Floyd. Ed. Clarice Cardoso. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/george-floyd-como-negro-morto-pela-policia-inspira-hoje-luta-antirracista/#cover>. Acesso em: 10 set. 2023.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA–RESPONSABILIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

GEISI ELEN DE ARAUJO GOMES FURLANETTI:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC⁷.

RODRIGO SONCINI O. GUENA⁸

(orientador)

RESUMO: A violência obstétrica é um fato que ocorre diariamente em diversos hospitais do Brasil. É considerada como uma violência de gênero, já que afeta o sexo feminino em seu estado gestacional. Por ser um tema pouco falado no âmbito jurídico e político no país, essa falta de informação gera inúmeras frustrações para as recém-mamães. Esse crime consiste em práticas inapropriadas sem o consentimento da paciente, ou seja, procedimentos ofensivos e humilhantes a que são submetidas em momentos de fragilidade, deixando lembranças traumáticas no lugar de momentos felizes. Tais ações geram dores físicas e psicológicas inesquecíveis. A atual pesquisa tem em vista mostrar o quanto esta conduta é comum no dia a dia das instituições de saúde públicas ou privadas de todo o país, as informações descritas foram coletadas através de métodos estratégicos, baseada em pesquisas de análises de artigos científicos, reportagens jornalísticas e depoimentos de vítimas, a fim de apresentar aos leitores o entendimento e a conceituação da violência obstétrica. Examinar a legislação brasileira e demonstrar os meios cabíveis que o Estado utiliza a fim de intervir e punir esses atos ilícitos, e a relevância crucial de um amparo judicial específico para tal crime, já que atualmente não existe lei específica para o mesmo em nossa legislação.

Palavras - chave: Violência de Gênero. Bem Tutelado. Direito Penal. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: Obstetric violence is a fact that occurs daily in several hospitals in Brazil. It is considered gender violence, as it affects women in their gestational state. Because it is a topic rarely discussed in the legal and political spheres in the country, this lack of information generates countless frustrations for new mothers. in moments of fragility, leaving traumatic memories in place of happy moments. Such actions generate unforgettable physical and psychological pain. The current research aims to show how common this behavior is in the daily life of public or private health institutions throughout the country, the information described was carried out from strategic methods, based on

⁷ E-mail: geisi_furlanetti@hotmail.com

⁸ Mestre em Direito e Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, rguena@hotmail.com.

research and analysis of scientific articles, journalistic reports and testimonies of victims, in order to present to readers the understanding and conceptualization of Obstetric Violence. Examine the Brazilian legislation and demonstrate the appropriate means that the State uses in order to intervene and punish these unlawful acts, and the crucial relevance of a specific judicial protection for such a crime, since currently there is no specific law for the same in our legislation.

1.INTRODUÇÃO

O tema apresentado nesse artigo abordou afundo os casos de violência obstétrica, que atualmente é costumeiro em vários hospitais de nosso país, tanto na esfera pública quanto na privada. Percebe-se que não é um assunto muito comentado, visto que é enraizado em nossa sociedade moderna um costume banal, passado de geração por geração, de que no parto é comum a existência de dor e sofrimento.

São frequentes os relatos das ações de abuso, negligência e maus-tratos, vindos de profissionais que deveriam cuidar e zelar, e ao contrário disso, deixam lembranças dolorosas na memória das vítimas. Estou falando dos diversos profissionais da área da saúde que agredem fisicamente, verbalmente, ou de algum modo, desrespeitam os valores e dignidade da mulher em um momento de extrema fragilidade.

Trazer uma criança ao mundo é um dom, uma virtude, e deveria ser um momento sagrado e respeitoso, pois estará marcado para sempre na memória dessas mães. O parto seria uma oportunidade para a gestante decidir a forma pela qual se realizaria essas lindas lembranças. Mas infelizmente muitas dessas mulheres guerreiras não tem o ensejo dessas lindas memórias, originando assim, lembranças traumatizantes, marcadas por sofrimentos físicos, psicológicos e até mesmo sexuais, que podem perdurar por toda a sua vida.

A cultura brasileira faz uma relação entre o parto e a dor, no sentido em que não existe um sem o outro. Muitos comentários vêm das próprias mulheres que já experimentaram o momento de gravidez e parto afirmando que não existem outros métodos, normalizando toda essa relação. Isso gera na sociedade uma percepção de anulação da dor do parto por parte daquelas que reconhecem a demasia do sofrimento e o relata de forma anormal, restando a essas mulheres a sensação de exagero por parte delas.

A violência cometida se caracteriza por um ou vários atos desagradáveis praticados pelo médico, enfermeiro ou por qualquer outro funcionário do hospital, durante o período de cuidados prestados à parturiente, e que venham lhe causar dor física e/ou que gere

constrangimento psicológico; esses atos praticados são ilícitos e viola diretamente os direitos e a dignidade da mulher gestante, podendo ser caracterizado um crime de gênero.

A presente pesquisa tem o propósito de analisar as situações em que são expostas as mulheres grávidas ou parturientes que são vítimas decorrentes da violência obstétrica, que pode ser sexual, psicológica, física, financeira e institucional, bem como mostrar que existe a necessidade de uma atenção maior, tanto do poder político quanto jurídico do nosso país, voltada especificamente para cuidar desse tipo de delito, visto que não há na legislação brasileira atual lei específica para o tema, o que colabora para que a ocorrência desse crime aumente de forma significativa, marcando para sempre a vida de uma mulher.

A intenção do artigo é demonstrar que a violência obstétrica é uma prática que fere diretamente os direitos fundamentais das mulheres em estado gravídico, e pretende evidenciar o importante papel do Estado para a discussão do tema, dado que é um assunto relevante para toda sociedade, a fim de que as parturientes ou gestantes possam se expressar sem medo de julgamentos hipócritas e exercer todo o seu direito de escolha na hora do parto.

2.ASPECTOS CONCEITUAIS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Tanto para fazer um estudo aprofundado sobre a violência obstétrica quanto para examinarmos mais detalhadamente o assunto, primeiramente precisamos entender quais são os conceitos de violência e de violência contra a mulher.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define o termo violência “como a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis”.

A “Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”, conhecida no Brasil como “Convenção de Belém do Pará”, da qual o país também é membro, no Decreto nº 1.973 de 1996 define a violência contra a mulher em seu artigo 1º como: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1996). Também é possível, na convenção, verificar a determinação do Artigo 6º:

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento de comportamento e costumes

sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação. (BRASIL, 1996. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996)

Fica claro nos conceitos acima a proteção e garantias existentes que abrange todas as mulheres. Atualmente, não existe um conceito definitivo para a violência obstétrica, é considerada como tal todos os atos praticados no exercício da técnica que possam agredir e desrespeitar de forma física, sexual ou psicológica a mulher gestante, podendo ser antes, durante ou após o nascimento do bebê.

Segundo Mariana Pulhez (2013, p. 22), considera-se “violência obstétrica atos e ações danosas praticados contra a mulher em estado de parturiente dentro de espaços públicos e privados de atendimento à saúde no decorrer do atendimento médico obstétrico e neonatal”. Ainda o Blog do Ministério da saúde “blog da saúde, conceitua da seguinte maneira:

A violência obstétrica é aquela que acontece no momento da gestação, parto, nascimento e/ou pós-parto, inclusive no atendimento ao abortamento. Pode ser física, psicológica, verbal, simbólica e/ou sexual, além de negligência, discriminação e/ou condutas excessivas ou desnecessárias ou desaconselhadas, muitas vezes prejudiciais e sem embasamento em evidências científicas. Essas práticas submetem mulheres a normas e rotinas rígidas e muitas vezes desnecessárias, que não respeitam os seus corpos e os seus ritmos naturais e as impedem de exercer seu protagonismo. (BLOG DASAÚDE, 2017, online)

Como vimos, a violência obstétrica é um conjunto de atos praticados de abuso moral que as parturientes sofrem por parte de profissionais da área da saúde nos hospitais, os mesmos profissionais que deveriam zelar e cuidar pela dignidade da gestante.

O tema violência obstétrica não tem muita relevância nas políticas públicas, pois ainda é pouco discutido em nosso país, o que pode ser considerado um retrocesso na legislação brasileira, uma vez que em países estrangeiros como Venezuela e Argentina já é uma conduta criminalizada. A falta de informação nas relações de política pública faz com que várias mulheres sintam medo de denunciar a violência sofrida, visto que a sociedade tem um modo de ver o sofrimento do parto como um todo e não diferencia a real dor de dar à luz aos atos sofridos pelas vítimas, tais atos que causam dores físicas e psicológicas traumáticas.

Existem inúmeras definições espalhadas por todo o mundo para o termo violência obstétrica, um exemplo específico foi o destacado por Tesser no conceito trazido pela legislação da Venezuela, em que foi devidamente tipificada como crime:

Qual quer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, tanto em público como privado, que direta ou indiretamente leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida de mulheres. (TESSER, KNOBEL, et al., 2015)

No Brasil, foi sancionada no estado de Santa Catarina a Lei Estadual nº 17.097, de janeiro de 2017 (BRASIL, 2017), que dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à mulher no período de gravidez até o pós-parto contra a violência obstétrica, dentro do território do Estado. O art. 2º da referida lei descreve que:

Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período do puerpério. (BRASIL, 2017, on-line)

3. TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

É possível que a violência obstétrica ocorra em diversos momentos da gestação, durante o pré-natal, no trabalho de parto e durante ou após o parto. É um tipo de violência que pode ser praticada de diversas formas, seja por meio de coação da mulher para optar por uma cesariana por conveniência médica ou até mesmo ser usada como cobaia em hospitais universitários por residentes e professores. Também se inclui na prática dessa violência a proibição de acompanhante durante todo o processo de parto e o impedimento de ficar com seus bebês recém-nascidos.

Os abusos também podem se configurar de forma física, psicológica e sexual. A violência física é vista por atos que atinge o corpo da mulher ocasionando dor ou danos, por exemplo: a episiotomia desnecessária e sem o consentimento da parturiente (corte feito entre a vagina e o ânus para ampliar o canal do parto); a aplicação de ocitocina sem necessidade (soro para acelerar as contrações e processo de parto); a manobra de Kristeller (pressão realizada sobre a parte superior na barriga da mulher para facilitar a saída do bebê); entre outros.

O dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio (2012), conceitua violência de caráter psicológico como:

Toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais. (p.59)

Ou seja, a violência de caráter psicológico é toda ação verbal ou comportamental como xingamentos, comentários desagradáveis em razão da etnia, da religião ou da classe social, ou qualquer tipo de humilhação que acarrete sentimentos de vulnerabilidade, medo e inferioridade para a vítima.

O caráter sexual desse tipo de violência é um dos mais evidentes, pois é conceituado como toda a ação onde a parturiente é forçada violando seu pudor, a fim de afligir sua integralidade sexual, podendo ou não ter acesso aos órgãos sexuais. Como, por exemplo, ações de:

episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento informado, imposição da posição supina para dar à luz, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento. (REDE DE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p.60)

As situações citadas acima são as mais comuns, porém existem outras pouco conhecidas como a de caráter institucional, de caráter material e de caráter midiático.

A violência de caráter institucional está presente no momento em que existe uma recusa de atendimento hospitalar de saúde a uma gestante, na ocorrência de omissão durante o atendimento, ao impedir a mãe de amamentar o seu bebê ou de segurá-lo e quando há falta de fiscalização das agências reguladoras ou dos órgãos competentes, ou seja, todo tipo de violação dos direitos e garantias da gestante.

Sempre que for citada alguma conduta praticada a fim de obter recursos financeiros indevidos decorrentes da gravidez, estaremos diante de uma violência de

caráter material, por exemplo, uma cobrança indevida pelo plano de saúde ou por um médico. Essa ação é uma violação aos direitos que já foram garantidos por lei.

Já a violência de caráter midiático ocorre através de meios de comunicação, isto é, sempre que um profissional de saúde da área obstétrica violar ou denegrir o direito da gestante através de mensagens, reportagens, imagens ou outros meios públicos, a fim de instigar às práticas cientificamente contra indicadas. Por exemplo, incentivar a cirurgia cesariana sem necessidade, desvalorizar o parto normal, fazer propagandas de fórmulas para substituir o leite materno que incentivem o desmame do bebê.

4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA VIDA DA MULHER

Toda mulher deve ser protagonista de sua história e, portanto, poder tomar todas as decisões sobre seu corpo, inclusive optar pela melhor forma para dar à luz ao seu filho, com total acesso à assistência e saúde adequada, equipada e qualificada. Deve ter sempre à disposição para o pré-natal, parto e pós-parto, uma equipe hospitalar de profissionais da área da saúde capacitados e comprometidos com o nascimento do bebê, respeitando todos os processos sociais e fisiológicos da gestante.

O nascimento de um filho é um evento extremamente importante e marcante na vida da mulher, mas em muitos casos traz lembranças dolorosas, no qual a parturiente foi violentada pela equipe médica e se pudesse removeria esses momentos traumáticos da memória.

É evidente que a violência obstétrica é uma violência de gênero, praticada somente contra mulheres parturientes, rotineiramente conhecidas como escandalosas e dramáticas. São abusos pouco divulgados e por uma questão de costumes enraizados, historicamente machistas, de que "deve-se sentir dor ao parir". Por isso, muitas mulheres são criticadas e desacreditadas ao alegarem que tais ações são abusivas e criminosas e como resultado não se sentem seguras para denunciar.

Um exemplo de tais abusos é o caso da influenciadora digital Shantal Verdelho, que aconteceu recentemente e foi noticiado em diversos programas de TV e em suas redes sociais. Na ocasião o médico violou severamente sua integridade física e psicológica usando palavrões, expondo sua parte íntima para o marido e outras pessoas que estavam na sala e adotando técnicas desagradáveis e violentas durante o nascimento de sua filha. Em um de seus relatos para a imprensa ela expressa:

"No início, eu recebi algumas pessoas me descredibilizando. Acho que temos muito essa cultura de descredibilizar a vítima independente do que for. As pessoas têm essa mania de levar para um lado de 'Não vai se meter em confusão' e sempre de privar a vítima de levar até o final o caminho

correto, seja uma denúncia, seja tirar satisfação com o médico. De início tive bastante essa descredibilização, inclusive por pessoas próximas de mim. 'Ah, isso é mimimi, besteira', isso antes de as pessoas verem tantas imagens do parto." (GLOBONEWS,2022)

A influenciadora afirma ainda que somente com a exposição do vídeo do acontecido, as pessoas se conscientizaram sobre a gravidade do corrido, e fala:

"Se você é mulher, tem grandes chances de passar por isso. Se você não é mulher, foi parido por uma, então acho que é de seu total interesse proteger essas mulheres. Eu vejo muito homens querendo tomar a liderança de proteger essa entidade que é o médico. Acho que eles têm de lembrar que ou foram paridos por uma e participaram de um parto, que pode ser suave ou pode ser como foi o meu." (GLOBONEWS,2022)

Shantal disse que no hospital já tinha se incomodado com a manobra de Kristeller, mas que só percebeu que havia sido vítima de violência obstétrica ao assistir a gravação de seu parto, o que a deixou chocada:

E quando a gente assistiu ficamos em choque com o que aconteceu porque, do meu ponto de vista, como eu estava em posição ginecológica, que também pode ser considerado uma violência obstétrica se não é consentido para a mulher estar naquela posição, eu não conseguia enxergar algumas coisas, como a tentativa de abrir minha vagina, tirar a bebê antes de esperar uma próxima contração para ela sair naturalmente... "No meu parto tiveram várias coisas que caracterizam a violência obstétrica, não foi uma, foram vários pontos." (GLOBONEWS, 2022)

Nesse caso, a vítima além da divulgação também fez a denúncia ao Ministério Público contra o médico em questão, porém, existem várias "Shantals" que se calam diante dessas ações.

Existem diversos outros relatos de vítimas expondo diferentes agressões que caracterizam esse crime, o que ocorre, porém, é que as relações públicas não dão a devida importância para os casos. Vale ressaltar que as limitações de Políticas Públicas e a falta de informação dificulta o reconhecimento da violência obstétrica por parte das vítimas, impossibilitando o real registro e notificações dos casos.

5.RECUSA TERAPÊUTICA

Existem casos em que o paciente pode se recusar a receber certo tipo de procedimento médico, e para ficar especificado quando a recusa terapêutica pode ocorrer o Conselho Federal de Medicina (CFM) criou uma resolução com novas normas éticas e com orientações de quando e como os médicos devem atuar nessas ocasiões. Porém, a gestante se enquadra na lista das exceções e não pode recusar o tratamento. Especialistas justificam que a regra é para evitar situações de risco e preservar a vida da mãe e do bebê, porém existem discordâncias, pois em decorrência disso pode haver um aumento dos episódios de procedimentos desnecessários como a cesariana, a episiotomia, dentre outros tantos citados acima.

Os principais pontos da resolução nº 2.232 criada em 2019 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, online) aponta que, em regra, o paciente em sua plena capacidade e saúde mental tem o direito de recusar procedimentos médicos e que sua opinião deve ser respeitada, desde que o médico informe sobre os riscos e as consequências possíveis de sua decisão. Essa recusa só é permitida desde que não haja risco para a saúde de terceiros ou de doença transmissível, por exemplo, quando uma mãe coloca a vida do feto em risco.

O Art. 5 §2º diz: "A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe, caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, online)

Portanto, nesse caso, a recusa da gestante é considerada uma exceção, permitindo que o médico classifique a situação como um abuso de direito da mãe em relação ao filho que está gerando.

A resolução ainda determina que nos casos de iminente perigo morte, o médico fica autorizado a tomar todas as medidas cabíveis, independentemente de recusa terapêutica por parte do paciente. Nesse caso, o médico tem o amparo do Código Penal (BRASIL, 1940, online), artigo 146 especificamente no inciso I, §3º, que exclui a tipicidade da conduta nos casos de intervenção médica sem o consentimento do paciente, se justificada por iminente perigo de morte.

6.BEM JURIDICO TUTELADO E A IMPORTÂNCIA DE UMA LEI ESPECIFICA

O nosso Código Penal não prevê uma lei específica para o crime de violência obstétrica, quando esse crime é denunciado junto ao judiciário é amparado em leis que já existem na legislação, sendo possível, por exemplo, ser configurado facilmente nos crimes de injúria pelo artigo 140 do código penal; de constrangimento ilegal pelo artigo 146 do código penal; por dano psicológico da vítima pelo artigo 147-B do código penal, ou até mesmo por lesão corporal do artigo 129 do código penal. (BRASIL, 1940, online).

Por ferir diretamente a dignidade pessoal, a imagem e a honra da parturiente, esta pode requerer, com base na responsabilidade civil do ofensor, indenização por danos morais, materiais e estéticos, em razão dos danos psicológicos e físicos decorrente dos atos de constrangimento e humilhações. Contudo, deve-se levar em conta que tais punições deveriam ser mais severas, já que não se trata apenas de um desrespeito às garantias e direitos fundamentais aplicáveis a todo ser humano, bem como uma simples violência, mas sim de um ato para com um indivíduo específico. Logo, é uma violência cometida em face de mulheres que se encontram em um estado único e exclusivo. Assim, deveria haver regramento legal específico que visasse o combate deste gênero de crime, abrangendo todas as mulheres em seu estado gravídico, a fim de zelar e cuidar melhor de seus direitos.

Existe o Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1990, online) que elenca diversos deveres aos profissionais da área com o objetivo de cuidar dos direitos do paciente, no entanto, fica claro que não é o suficiente para evitar o aumento de tais atos de violência. É cada vez mais comum mulheres sofrerem violência verbal, física e psicológica em um momento que deveria ser regado de lembranças felizes. Em vista disso, observa-se a necessidade de existir uma legislação específica para tornar esses atos como crime próprio com penalidades justas, a fim de erradicar essas ações.

Uma legislação própria é o mesmo que tornar crime uma conduta, para isso é necessário expor com detalhes todas as condutas ilícitas e atribuir uma pena a cada uma. Com isso, quando um agente da área da saúde praticar alguma das ações listadas e for denunciado, será automaticamente tipificado pela legislação própria.

Ao verificar pesquisas realizadas em atuais processos julgados pelos tribunais ou em jurisprudências já firmadas, constata-se que a grande maioria das vítimas buscam apenas a reparação na esfera civil, por isso, os agressores ficam impunes na área criminal. Bem como o deferimento dos mesmos pedidos que se configuram apenas como erro médico.

Com a ausência de uma lei própria e responsabilidade penal dos atos cometidos com a mulher parturiente, alguns estados vêm criando mecanismos visando prevenir e erradicar a violência obstétrica com legislação específica dentro dos mesmos, outros estados já apresentam projetos de lei com intuito de garantir um atendimento humanizado para a parturiente.

No estado da Paraíba, por exemplo, o deputado Nabor Wanderley vem elaborando diversas iniciativas a fim de assegurar um parto seguro e humanizado para as parturientes, com a criação da Lei 10.548 de 2015 (PARAÍBA, 2015), que institui o Pacto Estadual Social para Humanização da Assistência ao Parto e Nascimento, em que a gestante faz suas

próprias escolhas, tomando decisões importantes na hora do parto. No artigo 4º da lei fica claro o direito de optar pelos procedimentos que lhe proporcione maior conforto e bem-estar, sendo capaz de incluir administração de substâncias analgésicas e anestésicas para o alívio da dor, bem como proibir procedimentos desnecessários. No mesmo artigo da lei, os incisos demonstram diversas garantias para a parturiente, como o direito a um acompanhante de sua preferência durante e após o parto; formular um plano de como o parto deve acontecer se não houver nenhuma complicação, como por exemplo, ter a presença de uma doula, dar preferência a métodos mais naturais, inclusive considerar o local e a posição do parto juntamente com a equipe fará o atendimento. (PARAÍBA, 2015).

A Convenção Interamericana de Belém do Pará (BRASIL, 1996), da qual o Brasil é membro, estabelece que os Estados integrantes devem promover, criar e modificar programas sociais e educacionais, com o objetivo de erradicar as culturas e práticas que justifiquem ou causem o aumento da violência contra a mulher:

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medida específica, inclusive programas destinados a:

- b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;
- c) promover a educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher (BRASIL, 1996. DECRETO Nº 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996)

Atualmente países como a Argentina, implantaram em sua legislação lei específica sobre o tema. A Lei 26.485 criada e sancionada em 2009 define a violência obstétrica como: "Aquela exercida pelos profissionais da saúde caracterizando-se pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher, através de um tratamento desumanizado, abuso de medicação e patologização dos processos naturais". (ARGENTINA, 2009, online)

Vistas as disposições acima, fica claro que o Poder Legislativo do Brasil deve urgentemente legislar uma Lei voltada especialmente à violência obstétrica, instituindo também programas sociais para conscientização e educação voltadas aos direitos das

parturientes, juntamente com métodos e deveres para os médicos e agentes de saúde que irão cuidar diretamente dessas mulheres no período gestacional, parto e pós parto.

7.COMO EVITAR A VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Um fator importante, que favorece a parturiente, é a presença de um acompanhante durante todo o processo de parto e pós-parto, pois nesse momento de vulnerabilidade pode passar despercebido pela mãe ações de violência, mas que o acompanhante pode identificar e evitar. Isso se deu graças a Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005 que garante o direito da presença de acompanhante para a gestante durante todo o tempo, desde o nascimento do bebê até o recebimento da alta hospitalar. A referida lei dispõe especificamente esse direito: "durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS" (BRASIL, 2005, online), assim foi modificada a lei do SUS para obrigar a permissão da presença de acompanhante indicado pela parturiente. Porém, a lei não traz em sua legislação as sanções para responsabilizar os hospitais que negam à paciente o direito ao acompanhante. Quando desrespeitada a lei, configura-se violência obstétrica de caráter constitucional, com a perspectiva de abuso psicológico e facilita também a prática de ações que agridam a paciente fisicamente ou sexualmente, pois durante o trabalho de parto as mulheres ficam mais vulneráveis e suscetíveis a serem vítimas por confiar cegamente em toda a equipe que a ampara.

Geralmente, essa prática ocorre em hospitais públicos e conveniados. Em pequenas cidades, onde a informação ainda é pouco divulgada, ao desrespeitar a lei, alegam o seu desconhecimento, a falta de espaço nos quartos, ou até mesmo a existência de outras mulheres no quarto e que a presença de um homem pode ser constrangedora para elas.

Ainda sobre a lei do acompanhante, é garantido que este poderá permanecer junto à parturiente a todo momento, desde o pré-parto, no parto e pós-parto. E de acordo com a Portaria nº 2.418/05 do Ministério da Saúde caso a mulher necessite ficar internada por mais tempo, o acompanhante poderá ficar junto nos 10 primeiros dias, ou seja, a mulher pode permanecer com um acompanhante de sua escolha ainda que fique internada por 10 dias, o que claramente na prática é pouco vivenciado. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2005)

Outro meio para colocar um fim a esse ato ilícito é realizar a denúncia. Existem vários órgãos especializados para apurar os casos de violência obstétrica. A denúncia pode ser feita através de boletim de ocorrência em qualquer delegacia, por telefone no disque denúncia e também no próprio hospital em que foi atendida. Assim, com a notificação da denúncia, as autoridades competentes irão atuar para a responsabilização dos indivíduos infratores.

É de grande importância a realização de um planejamento de parto, que nada mais é que um termo escrito pela gestante, junto com seu acompanhante ou algum membro da família, desde que esteja em conformidade com as orientações dos profissionais de saúde e especifique os procedimentos que permite ou não durante a realização de todo o processo de parto dentro do hospital. Este documento é entregue na chegada ao hospital e anexado junto ao prontuário da paciente. Durante o parto, para realizar algum procedimento que desrespeite as cláusulas do planejamento, o médico deve pedir à paciente ou ao acompanhante consentimento para que ocorram as mudanças necessárias.

O planejamento de parto ainda é pouco usado pelas gestantes, porém é de relevante importância, pois para descrevê-lo é necessário que a paciente realize um estudo de seus direitos, busque orientações por meio de conversas com profissionais e principalmente que realize um preparo junto à equipe profissional que prestará o atendimento, tornando o momento mais seguro e confiante.

Também é importante, ao sair do hospital, fazer o pedido de uma cópia do prontuário médico, pois caso existir dúvida se houve ou não violência obstétrica poderá fazer uma análise e futuramente usá-lo como prova.

8.CONCLUSÃO

Como descrito no presente artigo, a violência obstétrica pode acontecer de diversas maneiras: de forma física, ao ferir seu corpo; de forma psicológica, ao ser ofendida verbalmente; de forma sexual, quando exposta; de caráter material, ao cobrar um valor indevido e até mesmo midiático ao fazer apologia a uma cesariana sem necessidade. Frequentemente nos deparamos com relatos, principalmente nas mídias sociais, de mulheres que já sofreram alguma ou várias dessas práticas desumanas em atendimento de profissionais de saúde durante o período gestacional.

No período de gestação a mulher vivencia momentos de extrema fragilidade física e psicológica, e ter que conviver em uma sociedade conivente com o passado machista e que normaliza o parto com dor e sofrimento não ajuda. Acontece que ao escutar diversos relatos de conhecidos, amigos ou familiares sobre o parto normal, descrito como um momento de extrema dor e sofrimento, a gestante confunde os abusos sofridos com algo natural e não reconhece a violência sofrida, ou até mesmo não denunciam por medo de ser tachada como a exagerada que não aguenta um parto natural.

Por falta de informação, muitas mulheres relacionam a violência obstétrica apenas ao tratamento grosseiro vindo do médico que a atende, tanto desconhecendo a diversidade de aspectos que abrangem essa violência e de seus vários caracteres quanto por não saber que pode ser cometida por toda a equipe médica: recepcionista do hospital, enfermeiros, médico cirurgião e anestesista. O sofrimento que acomete essas mulheres fica

para sempre marcado em suas memórias, mas o que realmente deveria ser lembrado é o momento maravilhoso de dar à luz a uma criança.

Está claro que a violência obstétrica pode acontecer no pré-natal, no parto e até no pós-parto. É triste receber a notícia que um hospital negou acompanhante, mesmo sendo um direito garantido pela gestante; ver um médico aconselhando uma cirurgia cesariana desnecessária ao invés de um parto natural saudável por mero capricho de ser mais rápido e menos trabalhoso; o mesmo digo para as episiotomias desnecessárias só pela facilidade; ou quando não têm os devidos cuidados necessários para uma recuperação de qualidade, sendo tratada com desrespeito pela equipe que deveria amparar.

A inexistência de uma tipificação penal sobre o tema específico atua como coadjuvante para que esse cenário continue a existir, além de se configurar como um retrocesso no poder legislativo brasileiro, quando comparado a outros países, como a Argentina, que constituem em sua legislação leis próprias que priorizam a violência obstétrica, enquanto em nosso país as ações praticadas ilicitamente por profissionais da saúde necessitam de outros tipos penais já existentes para a aplicação da pena, como lesão corporal e crime contra a honra, por exemplo.

Portanto, criar legislações específicas ainda é necessário para mudar esse contexto, as práticas de violência obstétrica devem ser aplicadas tanto sob ótica de responsabilidade civil quanto criminal, já que fica comprovado que a conduta ilícita desses agentes contra a mulher parturiente provoca traumas físicos e psicológicos muitas vezes irreversíveis por toda sua vida. É importante ressaltar que essas não se limitam apenas à criminalização e responsabilização dos profissionais, mas sim nas questões multidisciplinares, como a implementação de princípios e novas diretrizes no ensino dos profissionais de saúde.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Lei nº 26.485, de abril de 2009. **Lei de proteção integral da mulher**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/actualizacion>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Planalto. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em 03/08/2023

BRASIL. Decreto nº1973, de 1 de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Brasília, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm#:~:text=D1973&text=DECR

ETO%20Nº%201.973%2C%20DE%201º,9%20de%20junho%20de%201994. Acesso em 04/08/2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996**. Planalto, 1996. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 2.418, de 02 de dezembro de 2005**. Dispõe sobre a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2418_02_12_2005.html#:~:text=R%20regulamenta%2C%20em%20conformidade%20com%20o,Sistema%20%2C%29Anico%20de%20Sa%2C%29BAde%20%2D%20SUS. Acesso em: 04/08/2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

CONSELHOR REGIONAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº2232, 1996. **Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação Médico - paciente**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em 03/08/2023

JUNIOR, Nonato. **Violência Obstétrica e a responsabilidade, bem como a falta de criminalização: revisão bibliográfica**. Conteúdo Jurídico,2020.Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55562/violencia-obstetrica-e-a-responsabilidade-bem-como-a-falta-de-criminalizacao-revisao-bibliografica>. Acesso em 26/07/2022. Acesso em 30/07/2022.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 30/07/2022.

LIMA, Izabella Gonçalves. **Violência obstétrica como violência institucional de gênero e formas de combate por meio de políticas públicas e implementação legislativa**. Faculdade de Direito – São Paulo, 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30328/ISABELLA%20GON%2C%2987ALVES%20DE%20LIMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 16/11/2022.

MARIANO, Camila. Você sabe o que é violência obstétrica?. **Mulheres**. Câmara Municipal de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica/>. Acesso em 16/11/2022.

NEWS, Globo. **Shantal diz que percebeu violência obstétrica em vídeo do parto e que foi descreditada por pessoas próximas.** G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/14/shantal-diz-que-percebeu-violencia-obstetrica-em-video-do-parto-e-que-foi-desacreditada-por-pessoas-proximas.ghtml>. Acesso em 28/07/2022.

PARÁIBA, Estado. Lei nº 10.548 de 05/11/2015. **Dispõe sobre humanização da assistência ao parto e nascimento.** Palácio do Governo do Estado da Paraíba, 2015. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=305804>. Acesso em 04/08/2023.

PAES, Fabiana. **Violência obstétrica, políticas públicas e a legislação brasileira.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira>. Acesso em: 28/07/2022.

PRINCÍPIO, Parto. **Parirás com dor.** Rede Parto do Princípio, 2012. Disponível em: https://www.partodoprincipio.com.br/_files/ugd/2a51ae_6f70af0dbb714e0894a5f84d96318a3f.pdf. Acesso em 16/11/2022.

PULHEZ, Mariana Marques, **A “VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA” e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos do Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos)**, Florianópolis, 2013. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372972128_ARQUIVO_PULHEZ_MarianaMarques_fazendogenero10_ST69.pdf. Acesso em 04/08/2023.

SANTOS, Andreza Santana. **Uma Análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico: a necessidade de uma intervenção penal diante da relevância do bem jurídico tutelado.** Universidade Federal da Bahia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/28252/1/Andreza%20Santana%20Santos.pdf>. Acesso em 16/11/2022.

VIEIRA, Kelly. **Violência Obstétrica.** Jusbrasil, 2021. Disponível: <https://kellysvieira.jusbrasil.com.br/artigos/1173484978/violencia-obstetrica>. Acesso em 25/07/2022.

TESSER, C.D.; KNOBEL, R.; RIGON, T.; BAVARESCO, G.Z. **Os médicos e o excesso de cesárias no Brasil.** Sau. & Transf. Soc., ISSN 2178-7085, Florianópolis, v.2, n.1, p.04-12, 2011.

INVESTIGAÇÃO POLICIAL MILITAR NO ÂMBITO DOS CRIMES MILITARES

SÓCRATES DA SILVA PIRES:

graduando do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – SP⁹.

LETÍCIA SANGALETO TERRON¹⁰

(orientadora)

RESUMO: Este artigo propõe-se a analisar de forma ampla como ocorre a investigação dos crimes militares do âmbito da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Destacou-se quais os procedimentos investigativos previstos na legislação interna do referido ente federativo, além do inquérito policial militar previsto no Código de Processo Penal Militar. Foi abordado: conceito de crime militar, competência, procedimentos e meios de obtenção de provas.

Palavras-chave: Investigação, Crimes, Militares.

ABSTRACT: This article intends to analyze in a broad way how the investigation of military crimes within the scope of the Military Police of the State of Mato Grosso do Sul takes place. The investigative procedures provided for in the internal legislation of the federal entity were highlighted, in addition to the military police investigation provided for in the Code of Military Criminal Procedure. Was approached: concept of military crime, competence, procedures and means of obtaining evidence.

Keywords: Investigation, Delict, Military.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as funções do comandante de uma Organização Militar encontra-se a “investigativa”, sendo ela a atribuição de apurar a autoria e materialidade dos crimes militares. Nota-se que o princípio da obrigatoriedade impõe ao comandante o dever de, diante da *notitia criminis*, instaurar o devido procedimento.

Ocorre que a tarefa de investigar crime militar exige conhecimento jurídico daquele que está presidindo o procedimento inquisitório e, em todos os casos, a apuração deve ser

⁹ E-mail: socrates_apt@hotmail.com

¹⁰ advogada, professora, Mestre em Processo Penal.

conduzida de forma técnica e responsável, uma vez que implicações recaem sobre os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Fazendo paralelo com as forças militares federais (Exército, Marinha e Aeronáutica) verifica-se que nas FFAA não é exigido qualquer tipo de conhecimento jurídico para o ingresso na carreira de oficial combatente, ao contrário do que ocorre nas polícias militares estaduais, onde a maioria dos entes federados, como por exemplo: Mato Grosso do Sul, Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe e Pernambuco, exigem o bacharelado em Direito.

Em que pese acreditar que a diversidade acadêmica dentro da instituição Polícia Militar seja importante, verifica-se que a formação em Direito faz toda a diferença, haja vista as atribuições dos oficiais em tratar com situações complexas e sensíveis (como a de realizar uma investigação criminal) lidando diretamente com os bens individuais mais preciosos do ser humano, sendo eles: a liberdade, a dignidade e o patrimônio.

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo abordar o conceito de crime militar e as modificações trazidas pela Lei 13.491/2017, bem como destacar os procedimentos apuratórios utilizados pela Polícia Militar de Mato Grosso do Sul quando da notícia ou suspeita da prática de crime militar e ainda, analisar os respectivos meios de obtenção de provas utilizados na persecução penal previstos não só na legislação castrense, como também em leis esparsas.

2. DO CRIME MILITAR E DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.491/2017

Para melhor entendimento e contextualização do tema, vejamos o que dispunha a redação anterior do artigo 9º do Código Penal Militar, em especial o inciso II e o parágrafo único:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - **os crimes previstos neste Código**, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

(...)

Parágrafo único. **Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum**, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. **(grifo nosso)**

Agora vejamos a redação atual do artigo 9º do Código Penal Militar com as alterações trazidas pela Lei nº 13.491/2017:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante;

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar;

*d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. **(grifo nosso)***

Conforme se verifica, a legislação revogada, entendia como crime militar apenas aquelas condutas previstas especificamente no Código Penal Militar. Ademais, em seu parágrafo único elencava a Justiça Comum (Tribunal do Júri) como sendo competente para o julgamento de crime doloso contra a vida de pessoa civil praticado por militar.

Com a atualização da norma castrense, para a configuração de crime militar, a conduta do agente poderá se amoldar tanto no Código Penal Militar como nas demais Leis Ordinárias (Código Penal comum, por exemplo) e Leis Extravagantes bastando, entretanto, que estejam presentes alguma das circunstâncias previstas no inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar.

De igual modo, manteve em seu §1º a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de pessoa civil praticado por militar. Contudo, trouxe no §2º uma ressalva referente aos militares das Forças Armadas quando do cometimento de crime doloso contra a vida de pessoa civil, levando para a competência para Justiça Militar da União caso estejam presentes alguma das circunstâncias previstas nos incisos I, II, III, do §2º do artigo 9º do CPM.

Nesse diapasão, a doutrina subdividiu o conceito de crime militar em: Crimes Propriamente Militares e Crimes Impropriamente Militares.

Em sua obra “A Investigação nos Crimes Militares”, Luciano Moreira Gorrihas nos traz:

Crime propriamente militar é um fato típico, ilícito e culpável descrito somente na legislação penal militar. O sujeito ativo só pode ser militar da ativa e a conduta delituosa está relacionada às atividades da caserna, como por exemplo, os crimes de deserção, abandono de posto, violência contra inferior, dentre outros. Crime Impropriamente Militar é fato típico, ilícito e culpável previsto na legislação penal militar, no Código Penal comum e em leis penais extravagantes, desde que adequadas ao Art. 9º do CPM. O sujeito ativo da infração pode ser tanto o militar quanto o civil e as condutas típicas não estão relacionadas com atividades próprias do militar no âmbito da caserna. São exemplos os crimes de homicídio, furto, lesões corporais, dentre outros.¹¹

De igual modo, após a edição legislativa, a doutrina trouxe também a denominação “crime militar por extensão”, como sendo os crimes previstos fora do Código Penal Militar mas que se caracterizam como “militar” em virtude da conjugação da tipo penal comum com as circunstâncias previstas no inciso II do artigo 9º do CPM.

Ante o exposto, com a entrada em vigor da Lei nº 13.491 e a consequente modificação do artigo 9º do Código Penal Militar, percebe-se que houve um aumento significativo das atribuições elencadas à Polícia Judiciária Militar, uma vez que ampliou sobremaneira o rol de condutas que possam vir a configurar crime militar.

3. DA COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES MILITARES

11 GORRILHAS, Luciano Moreira. A Investigação nos Crimes Militares. 1ª Ed. Porto Alegre. Editora Núria Fabris. 2021. Pág. 157 e 167.

A Constituição Federal em seu artigo 144, §4º, elencou a Polícia Civil a competência para apuração da autoria e materialidade das infrações penais comuns, contudo, retirou de sua esfera a atribuição de investigar aquelas de natureza militar.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, **exceto as militares.**
(grifo nosso)

De igual modo estipulou a Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 43. A Polícia Civil, instituição permanente, incumbida das funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, **exceto as militares** e ressalvada a competência da União, é dirigida por um diretor-geral, cargo privativo de Delegado de Polícia da última classe da carreira, de livre escolha, nomeação e exoneração do Governador do Estado. **(grifo nosso)**

Assim, analisando os preceitos constitucionais, verifica-se que o legislador elencou de forma indireta à Polícia Judiciária Militar a função de investigar os crimes militares.

De igual modo, nota-se que as normas constitucionais também não trazem no rol de atribuições da Polícia Federal (artigo 144, §1º, da CF) a competência para apurar os crimes militares, restando claro à Polícia Judiciária Militar a missão de realizar tal tarefa. Ricardo Henrique Alves Giuliani menciona:

A Polícia Judiciária Militar está prevista de forma implícita no art. 144, § 4º, da Carta Magna, quando assevera que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares. O regramento da polícia judiciária encontra-se nos artigos 7º e 8º do CPPM.¹²

Além do mais, a Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul além de replicar a competência negativa da Polícia Civil para apuração das infrações penais militares, explicitou ainda a função de Polícia Judiciária Militar à Polícia Militar.

Art. 47. À Polícia Militar incumbem, além de outras atribuições que a lei estabelecer:

I - policiamento ostensivo e preventivo de segurança;

II - policiamento preventivo e ostensivo para a defesa do meio ambiente;

III - policiamento do trânsito urbano e do rodoviário estadual, por delegação do Departamento Estadual de Trânsito;

IV - a guarda externa dos presídios;

IV - a guarda externa dos presídios, quando esta não for exercida por agentes penitenciários estaduais;

V - as atividades de polícia judiciária militar. (grifo nosso)

Por fim, o artigo 8º do Código de Processo Penal Militar corrobora os ditames trazidos pela Carta Magna e pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul quando da competência da Polícia Militar para a investigação dos crimes militares, vejamos:

Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar:

a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;

Desta feita, estabelecida a atribuição Institucional/Orgânica para apuração das infrações penais militares, cabe destacar dentro da estrutura Polícia Militar quais são as

¹² GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. Direito Processual Penal Militar. 3ª Ed. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico. 2011. Pág 19.

autoridades e órgãos responsáveis pela instauração e condução do procedimento investigatório criminal.

O Código de Processo Penal Militar, no capítulo referente a Polícia Militar Judiciária e, em especial, quanto ao seu exercício, nos traz o rol de autoridades legitimadas para o exercício da função.

Art. 7º. A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;

b) pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;

c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;

d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;

e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;

f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;

g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;

h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios; (grifo nosso)

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

§ 2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

§ 3º Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo.

§ 4º Se o indiciado é oficial da reserva ou reformado, não prevalece, para a delegação, a antiguidade de posto.

Trazendo para o contexto da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, em conformidade com Lei Complementar nº 190 de 2014, extrai-se que o exercício da função de Polícia Judiciária Militar recai, dentre outros, sobre o Comandante Geral da corporação (comandante de força), o Subcomandante Geral, o Chefe de Estado-Maior, o Corregedor-Geral, o Comandante de Policiamento Metropolitano (CPM), os Comandantes de Policiamento de Área (CPA's), o Comando de Policiamento Especializado (CPE), os Comandantes de Batalhões e os Comandantes de Companhias Independentes.

Corroborando com o descrito acima, o Portaria nº 065/PM-1/EMG/PMMS, de 10 de julho de 2019 (que aprova as instruções dos processos e procedimentos administrativos disciplinares da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul) destacou quais são as autoridades com competência investigativa, vejamos:

Art. 7º São autoridades com competência disciplinar e investigativa:
I – o Governador e o Secretário de Segurança Pública, a todos os integrantes da Polícia Militar;

II – o Comandante-Geral aos que estiverem sob seu comando;
III – o Subcomandante-Geral, Chefe do EMG, Corregedor-Geral, Comandante do Policiamento Metropolitano, Comandantes de Policiamento de Áreas, Comandante do Policiamento Especializado e Diretores de Órgãos de Direção Setorial, aos que servirem sob suas ordens;

IV – o Ajudante-Geral, os Chefes de Seções do EMG e os Comandantes de OPM, aos que estiverem sob suas ordens;

V – os Subcomandantes de OPM, Chefes de Seção, de Serviços e de assessorias, cujos cargos sejam privativos de oficiais superiores, aos que servirem sob suas ordens;

VI – os demais Chefes de Seção, até o nível de Batalhão, inclusive,

Comandantes de Subunidades incorporadas, Companhias e Pelotões destacados, aos que estiverem sob suas ordens.

Contudo, diante das altas atribuições que estas autoridades estão submetidas, a legislação supramencionada possibilita a delegação do exercício da Autoridade de Polícia Judiciária Militar a outro oficial de posto superior ao do indiciado, respeitando normas correspondentes à jurisdição e hierarquia.

Deste modo, uma vez estabelecidas as autoridades com atribuição originária de Polícia Judiciária Militar, importa destacar que a Lei Complementar nº 190 de 2014 (que dispõe sobre a organização, a composição e o funcionamento da Polícia Militar) instituiu também a Corregedoria Geral da Polícia Militar como órgão de direção que, dentre outras funções, possui competência para apurar a prática de ilícitos penais militares. Vejamos o que dispõe a Lei Complementar:

Art. 15. A Corregedoria é órgão subordinado ao Comandante-Geral, responsável pela preservação da disciplina, da hierarquia e da ética policial Militar, competindo-lhe, também, apurar, coordenar, controlar e fiscalizar fatos e atos que envolvam a responsabilidade criminal, administrativa e disciplinar dos membros da corporação, ativos e inativos, bem como supervisionar o cumprimento das atribuições de Polícia Judiciária Militar, previstas em lei, decretos, normas e regulamentos da Instituição.

Art. 16. Compete à Corregedoria da Polícia Militar:

I - promover a apuração das infrações penais militares, nos termos da Constituição Federal e da Lei Federal nº 9.299, de 7 de agosto de 1996, as transgressões disciplinares atribuídas a policial militar da ativa ou inativo, independentemente de sua lotação, cargo ou função que ocupe ou exerça, na própria Corporação, em outro Poder, órgão ou entidade da administração pública;

II - instaurar, de ofício ou quando determinado pelo Comandante-Geral ou Chefe do Estado-Maior, procedimentos administrativos próprios para apuração de fatos e ou delitos que envolvam integrantes da Corporação e, por decisão do Comandante-Geral, propor ao Governador a instauração de Conselho de Justificação conforme legislação vigente;

(...)

Parágrafo único. Os crimes de natureza militar e as transgressões disciplinares envolvendo militares de mais de uma Organização Policial Militar serão apurados exclusivamente pela Corregedoria da Polícia Militar.

Conforme se extrai, a Corregedoria é órgão de livre atuação no âmbito estadual quando o assunto se trata da apuração de crimes militares, agindo de ofício quando do exercício da fiscalização ou de forma provocada por parte dos órgãos oficiais, como por exemplo: Ministério Público e ouvidoria.

Além do mais, conforme mencionado no parágrafo único do artigo 16 da Lei Complementar nº 190, a Corregedoria possui competência exclusiva para a investigação de crime militar quando este versar sobre o concurso de agentes lotados em Organizações Policiais Militares diversas, fazendo com que seja promovida uma apuração isenta e com a profundidade necessária.

Assim, uma vez estabelecida as autoridades e órgãos competentes para a investigação dos crimes militares, necessário se faz elencar quais são os principais procedimentos previstos na legislação federal e estadual para apuração de sua autoria e materialidade.

4. DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS

4.1. Inquérito Policial Militar (IPM)

Trata-se de procedimento administrativo, presidido pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar, consistente no conjunto de diligências que objetiva a obtenção de elementos informativos quanto à autoria e materialidade da prática de crime militar.

Vejamos as lições do professor Renato Brasileiro de Lima:

“(...) procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preparatória: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado (...) b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da

ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de provas que poderiam desaparecer com o decurso do tempo”.¹³

De igual modo, o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 9º, elenca a finalidade no Inquérito Policial Militar.

O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

Pois bem, verificado a existência da prática de infrações penais, surge para o Estado o dever de apurar e de aplicar a devida sanção ao autor do delito, contudo, para que isso aconteça faz-se necessário um conjunto probatório mínimo a fim de que este ente federado deflagre o processo criminal.

Deste modo, o Inquérito Policial Militar é o principal instrumento usado para angariar elementos informativos quando a autoria e materialidade de crimes, viabilizando uma peça acusatória robusta e coesa. De igual modo, a instauração do referido procedimento apuratório evita o oferecimento de denúncia (peça processual) sem o mínimo de elementos probatórios.

Assim, uma vez estabelecido o conceito, finalidade e a relevância do Inquérito Policial Militar, importa destacar quais são as formas de iniciá-lo.

O Código de Processo Penal Militar em seu artigo 10 elenca:

Art. 10. O inquérito é iniciado mediante **portaria**:

- a) de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos do art. 25;

¹³ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2017. Pág 105.

e) a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar;

f) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar. **(grifo nosso)**

Nota-se, portanto, que o Inquérito Policial Militar será iniciado de ofício ou por provocação de umas das personalidades acima listadas. Ocorrerá, via de regra, por meio de "portaria", documento elaborado pela Autoridade de Policial Judiciária Militar na qual reconhece a existência de indícios de crime militar e determina sua investigação.

Ademais, a instauração do procedimento apuratório em discussão poderá ser realizada pela própria autoridade militar do âmbito da jurisdição ou por delegação desta a outra Autoridade de Policial Militar Judiciária (respeitada a hierarquia e demais peculiaridades do caso concreto) que, na sequência, designará um escrivão para o feito (artigo 11 do Código de Processo Penal).

4.1.1. Características do Inquérito Policial Militar

Vejamos as principais:

- Procedimento escrito: Todas as peças do Inquérito Policial Militar serão reduzidas a termo e rubricadas pela Autoridade de Polícia Militar Judiciária. Entretanto, discute-se na doutrina a possibilidade da utilização dos meios tecnológicos para a gravação dos depoimentos e interrogatórios em sede de IPM.

- Procedimento dispensável: Consoante o artigo 28 do Código de Processo Penal, o inquérito policial militar poderá ser dispensado, sem prejuízo de diligência requisitada pelo Ministério Público quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais; nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado; nos crimes previstos nos artigos 341 (desacato) e 349 (desobediência a decisão judicial) do CPPM.

- Procedimento sigiloso: Conforme o artigo 16 do Código de Processo Penal, o inquérito é sigiloso, mas seu encarregado poderá permitir o conhecimento do procedimento ao advogado do investigado. Importante ressaltar o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal no que tange ao acesso do advogado nos autos do IPM. Súmula Vinculante nº14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento

investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. **(grifo nosso)**.

Em que pese o advogado ter garantido o direito de acesso ao Inquérito Policial Militar, verifica-se que, implicitamente, a súmula elenca o acesso àqueles elementos probantes já documentados, ou seja, não terá o advogado acesso àqueles ainda em produção, uma vez que poderá prejudicar o andamento das investigações.

- Procedimento inquisitório: Mesmo com a figura do advogado, não se vislumbra a presença do contrário e da ampla defesa em sede de IPM, uma vez que se trata de procedimento de natureza administrativa e de caráter instrumental, sem que dele decorra diretamente uma sanção.

- Procedimento Indisponível: Conforme artigo 24 do Código de Processo Penal, a autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito mesmo que conclusivo da inexistência de crime ou de inimputabilidade do indiciado, devendo o feito ser remetido ao Ministério Público para que ele solicite o arquivamento perante o Poder Judiciário.

4.1.2. Das Diligências Investigatórias

O Código de Processo Penal, em seu artigo 12, elenca um rol de diligências a serem adotadas pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar quando do conhecimento da prática de crime. Segundo a doutrina do Professor Renato Brasileiro de Lima¹⁴, *“trata-se de um rol exemplificativo (não taxativo) com a finalidade de orientar a Autoridade Policial na busca de elementos probatórios para a solução do caso no que tange a autoria e materialidade delitiva”*.

Dentre as medidas encontram-se: a preservação do local de crime; apreensão de objetos relacionados com o fato; a prisão do infrator, se for o caso; a colheita de demais provas que sirvam para o esclarecimento de fatos e suas circunstâncias (artigo 12 do Código de Processo Penal Militar).

Destaca-se que o artigo 10, §2º, do Código de Processo Penal, dispõe que o aguardo da delegação não obsta que o oficial responsável por comando, direção ou chefia, ou aquele que esteja de serviço, tome ou determine que sejam tomadas as providências cabíveis previstas no art. 12 do CPPM.

Em seguida, com a instauração do devido Inquérito Policial Militar, deverá o encarregado do procedimento apuratório, analisando o caso concreto e consoante o artigo 13 do CPPM: colher as declarações das vítimas; ouvir as testemunhas; interrogar o

¹⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2017. Pág 132.

investigado; proceder o reconhecimento de coisas e pessoas; determinar a realização de exame de corpo de delito e demais perícias; avaliação pecuniária de coisas subtraídas, desviadas, destruídas; proceder buscas e apreensões; se possível e conveniente, realizar a reprodução simulada dos fatos.

Assim sendo, verifica-se que o legislador trouxe no arcabouço legal do Código Processo Penal Militar diversos procedimentos e meios de obtenção de provas que a Autoridade Policial Militar poderá/deverá lançar mão quando da apuração da prática de crime militar.

Contudo, necessário se faz destacar que com o advento da Lei nº 13.491/2017 houve um aumento expressivo no que se refere a tipificação e conceituação de crime militar, fazendo com que crimes previstos no Código Penal comum e em Leis Penais Extravagantes passassem a configurar crime militar.

Deste modo, a depender do crime ora investigado, os meios de obtenção de provas expressos apenas no Código de Processo Penal Militar não serão suficientes para investigação dos crimes de maior complexidade, como por exemplo: Tráfico de Drogas; Associação Criminosa; Lavagem de Capitais; Concussão; dentre outros.

Diante disto e, em consonância com o artigo 294 do Código de Processo Penal Militar (que prevê a admissibilidade de qualquer espécie de prova), vejamos outros meios de obtenção de provas que a Autoridade Policial Militar poderá utilizar durante a investigação criminal.

4.1.2.1. Interceptação Telefônica

A Constituição Federal trouxe em seu artigo 5º, inciso XII, a Interceptação Telefônica como meio de obtenção de prova para os fins de investigação criminal ou instrução processual, a qual deverá ser realizada mediante autorização judicial e na forma estabelecida em lei.

Renato Brasileiro de Lima, em sua obra, define Interceptação Telefônica:

Consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. (...) Interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão dever ser

compreendida como o ato de captar a comunicação alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação.¹⁵

Nesse diapasão, a Lei nº 9.296/1996 regulou a aplicação do referido procedimento e estabeleceu ainda que, além comunicações telefônicas, os dispositivos constantes desta lei poderão ser aplicados para interceptações de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Com relação aos requisitos necessários para o pedido de Interceptação Telefônica, o legislador, a contrário sensu, especificou quando a medida não deve ser deferida. Analisemos:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Portanto, nota-se que quando da formulação do pedido ao Poder Judiciário, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar deverá demonstrar: indícios plausíveis de autoria ou de participação no delito, a impossibilidade de produzir a prova por outro meio legal e o crime investigado ser apenado com pena de reclusão.

Por fim, o prazo da medida conforme o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 não excederá o prazo de 15 (quinze dias), renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

4.1.2.2. Captação Ambiental

Também regulada pela Lei nº 9.296/1996, a Captação Ambiental consiste na obtenção de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos no próprio ambiente da comunicação.

Além da autorização judicial, os requisitos para seu deferimento (artigo 8º-A) são: a prova não puder ser produzida por outro meio legal e igualmente eficaz; a existência

¹⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2017. Pág 736.

de elementos probatórios razoáveis quanto a autoria e participação nos crimes, ora investigados; as penas máximas para os crimes sejam superiores à 04 (quatro) anos.

Importante destacar ainda a ressalva trazida no §2º, do artigo 8º-A, onde proíbe a instalação dos dispositivos de captação ambiental na casa do investigado, tendo em vista a garantia constitucional concernente à inviolabilidade do domicílio.

O prazo da medida não excederá 15 (quinze dias), sendo renovável por iguais períodos mediante decisão judicial (comprovada a indispensabilidade do meio de prova), bem como os indícios apontarem atividade criminal de natureza permanente, habitual ou continuada.

4.1.2.3. Ação Controlada

Trata-se de uma técnica de investigação policial e, conseqüentemente, um relevante meio de obtenção de prova quando da apuração de ilícitos penais.

A Ação Controlada encontra-se prevista apenas em legislações extravagantes, especificamente na Lei de Lavagem de Capitais (9.613/1998), na Lei de Drogas (11.343/2006) e na Lei das Organizações Criminosas (12.850/2013), sendo que em cada uma delas existem peculiaridades quanto aos seus limites e aplicação no caso concreto.

Conforme preceitua o Professor Renato Brasileiro de Lima¹⁶, a Ação Controlada *“consiste no retardamento da intervenção do aparato estatal, que deve ocorrer num momento mais oportuno sob o ponto de vista da investigação criminal”*.

Deste modo, havendo investigação de crime militar que envolva alguma dessas legislações mencionadas, pode a Autoridade de Polícia Judiciária Militar utilizar-se da Ação Controlada para garantir uma melhor colheita de elementos probatórios, como por exemplo: o monitoramento detalhado da empreitada criminosa; o destino do produto do crime; a identificação do maior número de envolvidos e seus respectivos líderes; dentre outros.

Assim, findadas as diligências e utilizados todos os meios de obtenção de provas pertinentes, o encarregado do Inquérito Policial Militar finalizará o procedimento investigatório com a emissão de relatório e solução, encaminhando em seguida ao judiciário, que remeterá ao Ministério Público Militar.

Lembrando que, conforme o artigo 20 do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial deverá ser concluído no prazo de 20 (vinte) dias se o investigado estiver preso e,

¹⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2017. Pág 813.

em 40 (quarenta) dias, se estiver solto, sendo este último prazo prorrogável por mais 20 (vinte) dias mediante autorização da autoridade militar superior.

4.1.3. Encerramento do Inquérito Policial Militar

Consoante dispõe o artigo 22, caput, do Código de Processo Penal Militar, o Inquérito Policial Militar será encerrado com minucioso relatório, onde o encarregado mencionará todas as diligências que foram realizadas em seu curso. Do mesmo modo, em sua conclusão mencionará a existência de eventual crime militar a punir, pronunciando-se ainda sobre a conveniência do pedido de prisão preventiva.

No caso de delegação para apuração, o encarregado enviará os autos à Autoridade de Polícia Judiciária delegante para que esta, analisando a conclusão do relatório, homologue ou não a solução apresentada. Em discordando da solução apresentada, a autoridade delegante poderá avocar o IPM a fim de emitir solução diversa (artigo 22, §1º e §2º, do CPPM).

Por fim, trazendo para as peculiaridades do Estado de Mato Grosso do Sul, a Portaria nº 065/PM-1/EMG/PMMS (que aprova as instruções dos processos e procedimentos administrativos disciplinares da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul) estipula em seu artigo 64 que após a autoridade delegante tomar as medidas pertinentes, os autos do Inquérito Policial Militar serão enviados a Corregedoria para fins de controle, padronização e correção e, em seguida, remetidos ao Ministério Público Militar.

4.2. Sindicância

Também regulada pela Portaria nº 065/PM-1/EMG/PMMS, a Sindicância é procedimento sumário de investigação com caráter inquisitorial. Possui a como finalidade a apuração de fato que necessite da reunião de informações sobre a autoria, materialidade, responsabilidade, circunstâncias da ocorrência, dimensão do prejuízo ou benefício; podendo ser utilizada de subsídio para a instauração de Inquérito Policial Militar.

Art. 66. A Sindicância é o meio sumário de investigação de:

- I – danos no patrimônio do Estado sob administração da Polícia Militar, compreendidos os conveniados, provocados por policial militar ou pelo civil;
- II – danos no patrimônio e ou integridade física de terceiros, decorrentes da atividade policial;
- III – acidente pessoal de servidor militar ocorridos em razão do serviço ou "in itinere";

IV – ato de bravura;

V – atos indecorosos e indignos para o exercício da função policial militar;

VI – outros fatos de índole administrativa, quando necessário procedimento formal de apuração;

VII - conduta indisciplinada do policial militar apenado com reiteradas punições disciplinares, cujos benefícios educativos não surtem mais efeitos para a correção do seu comportamento.

Em análise do artigo supramencionado, verifica-se que as condutas investigadas por meio da Sindicância poderão vir a configurar crime militar e, neste sentido, seus autos deverão ser remetidos a Autoridade de Polícia Judiciária Militar para devida instauração e investigação em sede de Inquérito Policial Militar.

Conforme dispões o § 2º, do artigo 66, da Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS, é proibido usar da sindicância para apuração de fatos onde as evidências iniciais apontam pela ocorrência de crime militar. Ou seja, atos que não apresentem de imediato a configuração de crime militar, ou que, a princípio não apontem indícios, poderão ser apurados por meio de Sindicância.

Pois bem, após o recebimento de documentos ou conhecimento de fatos com relevância investigativa, a instauração do referido procedimento deverá ser realizada no prazo de 05 (cinco) dias através de portaria por uma das autoridades com competência investigativa (artigo 7º da Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS), podendo ser presidida por Oficial ou Aspirante-a-Oficial nos casos em que a autoridade originária assim não o desejar.

Em seguida, caberá ao presidente/encarregado da Sindicância a designação de um escrivão para o feito, no qual recairá em Oficial Subalterno, se o sindicado for Oficial, e em Sargento, Subtenente e Aspirante-a-Oficial nos demais casos. Entretanto, conforme § 4º, do artigo 73, da Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS, o encarregado do procedimento investigatório poderá dispensar os serviços do escrivão e realizar todos os atos instrutórios e de expediente.

Neste diapasão, vejamos quais os atos instrutórios poderão ser utilizados pelo encarregado da Sindicância quando na busca da verdade dos fatos:

Artigo 74. A instrução da Sindicância consiste na busca da verdade real dos fatos, por meio de coleta ou complementação das provas testemunhais, documentais, periciais e

indiciárias, observados os preceitos gerais do direito processual administrativo, penal e civil.

§1º. São atos instrutórios:

I – tomar as providências relacionadas nos incisos do § 2º do Art. 68 destas Instruções, se não tiverem sido realizadas;

II – inquirir as pessoas envolvidas e as testemunhas;

III – realizar reconhecimentos de pessoas e coisas e acareações;

IV – determinar a realização de exames e perícias necessárias, quando cabível;

V – determinar a avaliação e identificação da coisa perdida, subtraída, desviada, destruída ou danificada;

VI – proceder buscas e apreensões, quando competente;

VII – proceder a reprodução simulada dos fatos;

VIII – juntar documentos, papéis, fotografias, croquis e qualquer outro meio

moral e legal que ilustre o modo como os fatos se desenvolveram;

IX – outros atos necessários.

§ 2º O Encarregado deverá deslocar-se para investigar ou obter pessoalmente os indícios ou provas necessárias;

§ 3º Poderá ser requisitada a produção de prova por meio de carta precatória, expedida diretamente ao Comandante/Chefe/Diretor da Unidade local.

Em continuidade, a Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS admite ainda em sede de Sindicância a “prova emprestada”, ou seja, aquela advinda de outro processo/procedimento apuratório, estabelecendo ainda a possibilidade de complementação nos casos de omissão, obscuridade ou contradição.

Encerrado a fase instrutória, caberá ao encarregado do procedimento investigatório a emissão de um relatório onde deverá constar todas as medidas adotadas no âmbito da Sindicância e a manifestação fundamentada sobre o seu desfecho. Vejamos o que dispões o artigo 77 da Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS:

Artigo 77. A sindicância será encerrada com minucioso relatório, o qual deverá descrever, fundado exclusivamente nos autos:

I – indicação do dia, hora e local da ocorrência do fato passível de apuração pela administração;

II – descrição das provas testemunhais, materiais e periciais obtidas, bem como os indícios existentes;

III – avaliação e comparação das provas entre si;

IV – resumo das alegações de defesa e seus requerimentos, bem como medidas adotadas a respeito, se for o caso;

V – manifestação fundamentada, com a respectiva classificação legal, sobre a autoria e materialidade do fato gerador e da responsabilidade civil, disciplinar, acidente do trabalho ou do direito pleiteado;

VI – sugestão da instauração, se for o caso, de outros processos ou procedimentos administrativos ou IPM, bem como de remessa de cópias à autoridades interessadas. (grifo nosso)

(...)

§ 3º Concluindo pela existência de indícios de transgressão disciplinar cometida pelo policial militar, o Encarregado da Sindicância deverá descrever a conduta passível de sanção e tipificação legal, e encaminhar os autos à autoridade competente.

Corroborando com as informações anteriores, existindo indícios de autoria e materialidade de crime militar, o encarregado da Sindicância fará constar em seu relatório e encaminhará a autoridade delegante, ocasião em que está quando da solução, realizará a instauração do devido Inquérito Policial Militar ou remeterá os autos da referida Sindicância à Corregedoria para que esta apure o crime militar.

Pois bem, em termos gerais, após o término da instrução e elaboração do relatório por parte do encarregado da Sindicância, os autos retornarão à autoridade originária onde, concordando ou não com relatório, solucionará o feito no prazo de 10 (dez) dias corridos e adotará as seguintes providências:

Artigo 80. Concordando ou não com o relatório, a autoridade solucionadora da Sindicância poderá:

I – arquivar os autos, caso não existam provas da existência de irregularidade, ou não esteja provada sua autoria;

II – determinar a instauração de processo disciplinar ou propor a abertura de processo regular;

III – remeter os autos à Procuradoria Geral do Estado para cobrança judicial do valor da indenização;

IV – remeter cópia dos autos à Autoridade Administrativa competente para

apuração e aplicação ou justificação da pena disciplinar, caso não tenha competência ou não queira fazê-lo diretamente;

V – remeter cópia dos autos à autoridade administrativa responsável pelo bem conveniado, sob administração militar;

VI – tomar as medidas para o desconto em folha de pagamento do servidor

militar do valor da indenização, conforme regras específicas;

VII – tomar medidas para o cumprimento do acordo de pagamento da

indenização devida pelo civil;

VIII – decidir, motivadamente quando a reparação do dano ficar às expensas do Estado e deverá, neste caso, remeter os autos para a autoridade imediatamente superior a instauradora, a qual, em despacho fundamentado, no prazo de 30 dias, concordará ou não com a solução e publicará tal decisão em boletim interno da Corporação.

§ 1º A decisão conterá também a indicação da instauração ou não de procedimentos paralelos sobre os fatos, bem como da remessa de cópias de peças a outras autoridades.

§ 2º A autoridade, após solucionar o feito, deverá:

I – remeter cópia do relatório e decisão aos demais órgãos e autoridades

responsáveis por questões contidas no feito;

II – remeter os autos ao Órgão Corregedor para correição;

III – publicar a decisão em boletim, no prazo de 10 (dez) dias;

IV – arquivar os processos findos na sede da Unidade/Chefia/Diretoria após o retorno da correição.

Por derradeiro, importe salientar que o prazo para a conclusão da Sindicância são de 30 (trinta) dias a contar da data do termo de recebimento, sendo prorrogável por até 30 (trinta) dias pela autoridade instauradora. Contudo, uma vez esgotados referidos prazos, a autoridade funcional imediatamente superior à instauradora poderá conceder nova prorrogação não excedente a 90 (noventa) dias.

4.3. Investigação Preliminar

Prevista na Portaria nº 065/PM-1/EMG/PMMS, de 10 de julho de 2019, trata-se de uma investigação sumária que pode anteceder a Sindicância ou o Inquérito Policial Militar caso não existam elementos suficientes para instauração imediata destes dois últimos.

Referido procedimento é instrumento de apuração informal de fato irregular (crime ou transgressão disciplinar), realizado no prazo de 08 (oito) dias. Objetiva a coleta de informações sobre a prática (ou não) de determinada conduta policial militar que tenha chegado ao conhecimento da autoridade policial militar com atribuição investigativa.

Conforme dispõe o artigo 69 da mencionada portaria, a Investigação Preliminar deverá ser presidida por Oficial ou Aspirante-a-Oficial e, excepcionalmente, por Subtenentes e Sargentos quando tratar-se apenas do envolvimento de Cabos e Soldados.

Dentre as funções a serem realizadas pelo encarregado deste procedimento apuratório estão a de: a) dirigir-se ao local dos fatos e realizar a preservação do local e dos objetos que ali estejam; b) entrevistar pessoas que saibam dos fatos e obter dados quanto a autoria e materialidade do fato; c) coletar instrumentos e objetos relacionados; d) colher demais provas.

Finalizado os procedimentos supramencionados e terminadas as diligências, o encarregado da Investigação Preliminar finalizará o procedimento com minucioso relatório e o encaminhará a Autoridade de Polícia Judiciária delegante, que no prazo de 05 (cinco) dias instaurará outro procedimento (Sindicância ou Inquérito Policial Militar, por exemplo) ou determinará o arquivamento do feito da própria OPM, sem a necessidade de

encaminhamento à Corregedoria, conforme os artigos 64, §3º e 69, § 4º, da Portaria nº 065/PM-1/EMG/PMMS.

5. CONCLUSÃO

A investigação de crime militar é um tema de essencial importância e de aprimoramento no âmbito da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul e demais polícias militares, pois é através dela que podemos chegar a convicção inicial da prática ou não de um crime.

Referida apuração deve, por obrigação do encarregado, valer-se de todos os institutos disponíveis e previstos em lei, a fim de que possibilite extrair ao máximo da verdade real dos fatos pois, como é sabido, o procedimento inquisitorial possui em seu polo passivo a figura de um policial militar; servidor qualificado, treinado e que jurou defender a sociedade.

Em virtude da complexidade e profundidade do tema, buscou-se com o presente artigo a demonstração de um panorama acerca de todo caminhar apuratório que deverá traçar a Autoridade de Polícia Judiciária, compreendendo desde o conceito de crime militar até aos meios de obtenção de provas previstos em legislação especial.

Ademais, buscou-se trazer, além do Inquérito Policial Militar, os procedimentos investigatórios estabelecimentos especificamente na legislação da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em que pese cada tópico não ser esmiuçado em sua integralidade, seja pela grandeza do tema, seja pela proposta do trabalho, não há dúvidas de que o presente artigo possibilitará o entendimento geral de como ocorre a investigação de um crime militar no âmbito da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

6. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 1001 de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1002 de 21 de outubro de 1969.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2017.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. Direito Processual Penal Militar. 3ª Ed. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico. 2011.

GORRILHAS, Luciano Moreira. A Investigação nos Crimes Militares. 1ª Ed. Porto Alegre. Editora Núria Fabris. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul de 5 de outubro de 1989.

MATO GROSSO DO SUL. Portaria 065/PM-1/EMG/PMMS de 10 de julho de 2019.

SERIAM OS DECRETOS Nº10.965/22 E Nº 10.966/22 INSTRUMENTOS LEGALIZADORES DE RETROCESSOS NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO?

CRISTINA LACERDA SOARES PETRAROLHA SILVA:
Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, Bolsista PIBIC¹⁷.

CRISTIANE MONTEFELTRO FRAGA PIRES^{18 19}

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo teve por objetivo analisar possíveis efeitos dos Decretos Federais nº 10.966/22 e nº 10.966/22 sobre a intensificação de danos ambientais especialmente em regiões da Amazônia. Visou-se ainda, verificar se tal decreto, indiretamente não exerceria um papel de instrumento legalizador de retrocessos no Direito Ambiental Brasileiro ao ferir princípios basilares e estimular a degradação ambiental. Os decretos em estudo, ao estimularem o garimpo artesanal como forma de desenvolvimento regional social e econômico, somado à determinação para que a Agência Nacional de Mineração simplifique os critérios para a outorga destes garimpos e de aproveitamento das substâncias minerais, não se atentam juridicamente para importantes princípios do Direito Ambiental, e portanto, têm o condão de atuar como medidas legislativas retrocessivas, pois ferem importantes princípios do direito ambiental.

Palavras-chave: Danos ao meio ambiente. Mineração artesanal. Retrocesso legislativo.

ABSTRACT: The present study aimed to analyze possible effects of Federal Decrees nº 10.966/22 and nº 10.966/22 on the intensification of environmental damages, especially in regions of the Amazon. It was also aimed at verifying whether such a decree would not indirectly play a role of legalizing instrument of setbacks in Brazilian Environmental Law by violating basic principles and stimulating environmental degradation. The decrees under study, by encouraging artisanal mining as a form of social and economic regional development, added to the determination for the National Mining Agency to simplify the criteria for granting these mines and the use of mineral substances, do not legally pay attention to important principles of Law Environmental Law, and therefore, have the power to act as retrogressive legislative measures, as they violate important principles of environmental law.

17 E-mail: kitty_petrarolha@yahoo.com.br

18 Docente do UNIFUNEC. Orientadora. e-mail: cristiane.funec@hotmail.com

Keywords: Environmental damage. Artisanal mining. legislative setback

1 INTRODUÇÃO

O planeta Terra vive atualmente uma crise ambiental, e assim, a legislação tem um papel fundamental no direcionamento de práticas adequadas que possibilitem que nosso meio ambiente se mantenha equilibrado e saudável, e que o desenvolvimento econômico seja realizado dentro de uma perspectiva de sustentabilidade.

No Brasil, o meio ambiente é protegido por normas legais, fazendo valer o que determina o art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, a realidade muitas vezes se distancia das normas legais, podendo assim, comprometer o bem jurídico por elas tutelado. Situação ainda mais grave ocorre, quando uma nova norma é implementada com o objetivo de tutelar ações cujos efeitos têm o potencial de serem diametralmente opostos a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida da população brasileira, assim como das suas futuras gerações.

Recentemente, em 11 de fevereiro de 2022, foi assinado pelo chefe do executivo nacional, os Decretos nº 10.965/22 e 10.966/22 simplificam a outorga de garimpos de pequeno porte ou de aproveitamento das substâncias minerais, e instituem um programa de apoio ao desenvolvimento da mineração artesanal e em pequena escala objetivando o desenvolvimento “sustentável” regional. Entende-se que o desenvolvimento econômico é importante e necessário, mas as normas devem garantir que este ocorra de forma responsável, para que não tragam consequências devastadoras. O que se questiona é de que forma isso seria sustentável, tendo em vista que legalizar e fomentar atividades como estas, exigem extrema prudência e cautela e não a facilitação das exigências. Questiona-se também, se como consequência possa haver uma maximização dos riscos de impacto a Amazônia, como por exemplo o aumento de desmatamentos. À primeira vista, parece que esses decretos poderiam significar um retrocesso do Direito Ambiental Brasileiro e, portanto, se faz necessário maior análise jurídica sobre o tema.

As atividades mineradoras têm, pela sua própria essência, grande potencial de gerar danos ambientais significativos, pois que modificam intensamente os ecossistemas locais, seja por meio das enormes cavas que são abertas no solo, ou pelas consideráveis quantidades de resíduos que são produzidos e que nem sempre recebem o destino adequado. Além disso, é fato inegável, a existência de numerosos garimpos clandestinos em regiões da Amazônia, onde a fiscalização se faz mais dificultosa. Por não respeitarem a legislação ambiental, e operarem de forma clandestina, acabam por comprometer o meio ambiente em que se instalam.

Tem-se por hipótese que os Decretos Federais nº 10.965/22 e nº 10.966 podem ir na contramão de princípios do Direito Ambiental, e assim serem medidas legislativas retrocessivas.

O presente estudo teve por objetivo analisar possíveis efeitos dos Decretos Federais nº 10.965/22 e 10.966/22 sobre a intensificação de danos ambientais e sociais especialmente em regiões da Amazônia. Visou-se ainda, analisar juridicamente, se não acabariam por exercer indiretamente o papel de instrumentos legalizadores de retrocessos no Direito Ambiental Brasileiro ao ferir seus princípios basilares. Tal análise busca contribuir para as discussões a respeito das prováveis consequências dessas normas, e assim buscar apontar soluções para se evitar a implantação de problemas irremediáveis.

A metodologia empregada na presente foi a pesquisa bibliográfica com caráter analítico dedutivo. As fontes utilizadas foram doutrinas da ciência jurídica, normas, leis, documentos jornalísticos, dados estatísticos do MapBioma (2022) dentre outras fontes científicas.

2 O DIREITO AMBIENTAL E A EVOLUÇÃO DAS NORMAS RELACIONADAS À MINERAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a proteção jurídica do meio ambiente passou por diversas fases ao decorrer dos anos. A primeira fase, no período compreendido entre o descobrimento do Brasil em 1500 e chegada da família real em 1808, houve a incidência da exploração desregrada. Nesta, o meio ambiente foi explorado sem que houvesse uma proteção jurídica suficiente, pois haviam apenas algumas poucas normas isoladas de proteção aos recursos naturais que se escasseavam. (SIRVINSKAS, 2021).

Posteriormente, surgiu a denominada fase fragmentária, que perdurou de 1808 até a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -LPNMA em 1981. Esta fase foi marcada pela existência de algumas legislações esparsas que buscavam proteger categorias mais amplas dos recursos naturais, limitando sua exploração desordenada, protegendo-se o todo a partir das partes. Entretanto, e tutelavam somente aquilo que tivesse interesse econômico (GRANZIERA, 2015).

A partir da LPNMA, iniciou-se a fase holística do Direito Ambiental e somente em 1988, foi garantida a proteção ambiental em sede constitucional, com a inserção do art. 225. Atualmente tem-se a consciência jurídica de que nada adianta tutelar de forma segmentada os componentes do meio ambiente, pois interferências em um deles, poderão repercutir em alterações significativas em todos os demais. Por isso, a tendência é que tratamento jurídico dispensado aos recursos naturais e à conservação da natureza, pautese na visão de que o todo deve ser observado (CABRAL et al., 2019).

Nesse contexto, se faz mister melhor conceituar o Direito Ambiental como sendo: "Um complexo de princípios e normas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações." (MILARÉ, 2000, p. 93)

No rol das atividades reguladas pelo Direito ambiental está a mineração, que por sua própria essência apresenta risco de degradação ambiental. A lavra garimpeira, constitui-se em um regime de extração de substâncias minerais com aproveitamento imediato do mineral (BRASIL, 2022).

No Brasil, a CF/88 determina em seu art. 20, incs. IX e XXV que todos os recursos minerais são bens da União; e compete à ela estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem. O Estado é quem exerce o papel de agente normativo e regulador das atividades de mineração, ocupando a função também de fiscalização e incentivo, conforme pode-se ler no § 3º do art. 174 (CF/88).

São vários os dispositivos constitucionais pertinentes à mineração, podendo-se citar os arts. 20, 21, 22, 23, 24, 174, 176, 225, 231, dentre outros (BRASIL, 2011). Entretanto para materializar as determinações constitucionais, existe um arcabouço de normas incluindo um Código de Mineração (Decreto-lei no 227, de 28 fevereiro de 1967), além de várias normas correlatas na forma de leis, e regulamentações na forma de decretos. A seguir são apresentadas as mais relevantes para o presente estudo.

O primeiro Código sobre mineração, da República Brasileira, foi o Código de Minas, Decreto-lei no 1.985, de 1940. Após 27 anos de sua aplicação, publicou-se o Decreto Lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967, denominado de Código de Mineração, dando nova redação ao antigo Código de Minas. Os principais argumentos apresentados pelo então Presidente da República daquela época, que justificaram a edição de um novo código foram: -a necessidade de adaptação das normas que regulavam as atividades especializadas da mineração, à evolução da ciência e tecnologia ocorrida durante e após a II Guerra Mundial que introduziram alterações profundas na utilização das substâncias minerais; -proteger a capacidade competitiva do País nos mercados internacionais. Em menos de três meses, o Código de Mineração sofreu novas alterações por meio do Decreto-Lei nº 318, de 1967.

No ano seguinte, 1979, foi publicada a Lei nº 6.634, que dispôs sobre a Faixa de Fronteira, onde passa a ser proibido a instalação de empresas que se dediquem a pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais.

Em 1988, por meio da Lei nº 7.677 ficou autorizado ao Poder Executivo, por meio do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), a criação do Centro de Tecnologia Mineral –

CETEM, destinado a promover o desenvolvimento da tecnologia mineral e sua assimilação pela indústria nacional por meio da formulação e execução da política nacional de tecnologia mineral.

Em 1989, o Decreto nº 97.507 vedou o emprego de mercúrio na atividade de extração de ouro, exceto em atividade licenciada pelo órgão ambiental competente; além de determinar que a criação de reservas garimpeiras só seria possível com um prévio licenciamento do órgão ambiental competente. Ainda ano de 1989 foi sancionada Lei nº 7.805, que promoveu alterações no Código de Mineração criando um regime de permissão de lavra garimpeira, e extinguindo o regime de matrícula antes previsto. Em seus arts. 3º e 5º, explicitou a preocupação com o meio ambiente, ao determinar que a outorga da permissão de lavra garimpeira passava a depender de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente, e que a área permissionada não poderá exceder cinquenta hectares, salvo quando outorgada a cooperativa de garimpeiros. Importante também ressaltar que foi essa lei, em seu art. 10 que definiu o que é garimpo como o local em que ocorre a extração de minerais garimpáveis, além de determinar os minerais que podem ser garimpáveis.

Em 1990, o Decreto nº 98.812, determinou o IBAMA como órgão competente para a permissão de lavra garimpeira de potencial risco de impacto ambiental; e o DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral) como responsável por estabelecer as áreas de garimpagem considerando o interesse do setor mineral e as razões de ordem social e ambiental. Seu art. 12, § 1º prescreve que “A criação ou ampliação de áreas de garimpagem fica condicionada à prévia licença do Ibama, à vista de Estudo de Impacto Ambiental- EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - Rima”

Em 1994, a Lei nº 8.901 regulamentou o disposto no § 2º do art. 176 da Constituição Federal, que assegurando a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, com direito de 50% do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União.

Em 2017, a Lei 13.575, criou a Agência Nacional Mineral (ANM) extinguindo o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). A ANM recebeu a incumbência de promover o planejamento e o fomento da exploração mineral; e assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional. Já em 2018, o Decreto nº 9.406, alterou e regulamentou vários dispositivos do Código de Mineração, determinando que o licenciamento da atividade de garimpagem passa a ser outorgado pela ANM em conformidade com os procedimentos e os requisitos estabelecidos em Resolução.

No dia 11 de fevereiro do presente ano de 2022, foram publicados dois Decretos Federais, nº 10.965/22 e 10.966/22. O decreto 10.965/22 ao alterar várias disposições do

Código de Mineração, e de outras normas, simplificou as regras de efetivação do registro de licenciamento pela ANM, uma vez que diminuiu o prazo para apenas sessenta dias, contado da data da apresentação da licença ambiental competente (art 30, §1º) para manifestação da agência. Anteriormente esse prazo era de 120 dias, definidos pela Resolução da ANM nº 22 de 2020. Determina ainda esse decreto, que não havendo manifestação da ANM, em sessenta dias, serão produzidos os efeitos da efetivação do registro (art 30, §2º) e que em momento oportuno a agência deverá se manifestar (art 30, §3º). Em suma, determina que a ANM simplifique a outorga de garimpos de pequeno porte ou de aproveitamento das substâncias minerais.

Já o Decreto nº 10.966/22 que institui um programa que apoia o desenvolvimento da mineração artesanal e em pequena escala, e ainda determina a formação de uma comissão interministerial para esta finalidade, denominada COMAPE. Segundo esse documento, o objetivo é o desenvolvimento sustentável regional, tendo como área prioritária a Amazônia Legal (art. 10).

3 ANÁLISE DOS DECRETOS Nº 10.965/22 10.966/22 À LUZ DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO AMBIENTAL.

3.1 Os princípios basilares do Direito Ambiental

O Direito ambiental está sustentado por importantes princípios, ou seja, ideias centrais que conferem fundamento às normas, e dentre eles pode-se citar: prevenção, precaução, cooperação, reparação integral, proibição do retrocesso na proteção do meio ambiente, participação social, desenvolvimento sustentável (GRANZIERA, 2015; SIRVINSKAS, 2021).

Enquanto o princípio da prevenção impede o recuo das proteções ambientais, o princípio precaução evita que danos irreversíveis sejam causados ao meio ambiente, tendo em vista que nem sempre a reparação integral do dano causado é viável em termos técnicos e ou econômicos. Já o princípio participação garante um nível de proteção suficiente, graças a um controle cidadão permanente (BENJAMIN, 2012), e para isto sociedade deve ter acesso às informações ambientais oficiais, conforme garantido pela Lei 10.650/2003. Na participação, a sociedade organizada pode exigir do poder público medidas para solucionar questões ambientais, formulação de novas regras, e a atuação efetiva de órgãos e entidades de controle ambiental, conforme estruturado pela Lei nº 6.938/81 que instituiu o SISNAMA.

O princípio da cooperação pauta-se na ideia de que, por sua natureza, os recursos naturais não se submetem necessariamente às fronteiras políticas, cabendo aos Estados que os compartilham, atuar de forma coordenada para evitar a ocorrência de danos

(GRANZIERA, 2015). Este princípio está consubstanciado no art.23 da CF/88 que dispõe sobre a competência comum da União, Estados Municípios e Distrito Federal para a proteção do meio ambiente.

Já o princípio da reparação integral, que está previsto na Lei nº 6.938/81 prevê que havendo degradação ambiental ou poluição, fica seu autor obrigado a reparar o dano ocorrido. Este princípio é complementado pela CF/88 ao estabelecer a regra de responsabilidade administrativa, civil e penal por danos ambientais (GRANZIERA, 2015)

O princípio da proibição do retrocesso na proteção do meio ambiente refere-se à manutenção das normas protetoras do meio ambiente, em obediência aos arts. 225 e 170 da CF/88. Considera-se retrocesso quando uma norma pode colocar em risco a proteção do direito fundamental. Este princípio encontra amparo em todos os demais princípios do Direito Ambiental. Já o princípio da sustentabilidade procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem atual e das futuras gerações. Pauta-se na utilização racional dos recursos naturais não renováveis (SIRVINSKAS, 2021).

É por meio dos princípios que se extraem os valores que darão sentido lógico às regras (GANZIERA, 2015). Esses princípios precisam ser respeitados, na medida que as regras são construídas, garantindo a continuidade da existência das sociedades humanas em meios ambientes saudáveis, o que diz respeito a um direito de terceira geração, assim como também o é, o direito à biodiversidade e ao desenvolvimento.

Nas últimas décadas, as normas relativas ao meio ambiente, tem sido editadas como uma decorrência das necessidades que a sociedade experimentou, e decidiu dar enfoque nas relações homem-natureza (BOBBIO, 1992).

O desenvolvimento também é um direito e necessidade da sociedade, porém ele implica em modificações no meio ambiente, e para que não haja danos significativos a CF/88 determina que este desenvolvimento seja sustentável, respeitando as normas do Direito Ambiental, tendo em vista, que os recursos naturais não são inesgotáveis. Os cuidados devem ser redobrados quando se outorga o exercício de uma atividade com potencial exaurimento dos recursos naturais envolvidos, chegando-se ao limite de restringi-la.

Para se atingir um desenvolvimento sustentável três pilares devem ser respeitados: a relevância social, a prudência ecológica e a viabilidade econômica (VILANI, 2013). Porém ameaças, de origem política, econômica e psicológicas podem levar a retrocessos normativos, e assim comprometer o desenvolvimento sustentável.

As ameaças políticas ocorrem quando há uma vontade demagógica de desregulamentação em matéria ambiental; as econômicas ocorrem quando uma crise econômica favorece o discurso da necessidade de reduzir as obrigações jurídicas ambientais, sob o falso argumento de que elas freiam o desenvolvimento e a luta contra a pobreza; e finalmente as ameaças psicológicas ocorrem quando o conjunto normativo ambiental é muito complexo e de difícil entendimento aos não especialistas, favorecendo um discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental (PRIEUR, 2012 citado por GANZIERA, 2015, p. 74).

3.2 Uma breve visão sobre o garimpo minerador no Brasil

Dentre as diversas atividades que impactam fortemente o meio ambiente, pode-se citar a atividade minerária. A partir do art. 225, § 2º da CF/88, depreende-se alguns aspectos que o legislador constituinte almejou deixar claro: -a legalidade da atividade mineradora; - sua importância para a economia, - o reconhecimento de seu poder de degradação ambiental.

Em 2020, três de cada quatro hectares minerados no Brasil estavam na Amazônia. O bioma concentra 72,5 % de toda a área, incluindo a mineração Industrial e o garimpo. São 149.393 ha; destes, 101.100 ha (67,6%) são de garimpo. (MAPBIOMAS, 2022).

As normas que regem a garimpagem são mais brandas do as que regem a mineração industrial, tanto no que diz respeito às análises para as outorgas, quanto à fiscalização. Garimpo e mineração industrial diferem também em relação ao fruto da exploração mineral. Enquanto produção de ferro (25,4%) e alumínio (25,3%) respondem por metade da área de mineração industrial, 86,1% da área garimpada está relacionada à extração de ouro. (MAPBIOMAS, 2022). De 2015 a 2020 o Brasil comercializou 229 ton. de ouro com indícios de ilegalidade, e mais da metade disto veio da Amazônia (O GLOBO, 2022).

O Código de Mineração prevê que pessoas físicas podem ter licença para garimpar em uma área de até 50 hectares, já as cooperativas, em áreas até 10.000 hectares.

Para especialistas como Suely Araújo, Especialista em Políticas Públicas – Observatório do Clima, é falsa a premissa da exploração rudimentar, em pequena escala, uma vez que os garimpeiros atuam dentro de um sistema em escala maior, com características e lucro não para os trabalhadores locais, mas para os empresários do setor. Os garimpeiros mesmo, em muitas situações trabalham em condições sub-humanas. Garimpos desativados há 10 anos ou mais, permanecem com suas áreas totalmente danificadas ambientalmente, sem nenhum sinal de recuperação (TV CULTURA, 2022).

Apesar das leis darem um tratamento diferenciado entre a mineração industrial e o garimpo, na prática isto inexistente, porque segundo especialistas, os garimpos já operam de forma industrial, empregando maquinário pesado e controladas por pessoas ou empresas que tem uma organização empresarial (O GLOBO, 2022).

Estudo realizado por Larissa Araújo Rodrigues, doutora em energia pela USP, demonstrou que grande parte dos garimpos brasileiros são ilegais, estando instalados em áreas não permitidas pela legislação. Assim, 40% dos garimpos brasileiros estão localizados dentro de unidades de conservação, onde é proibido garimpar, e outros 10% em terras indígenas, especialmente nas terras Kaiapós (O GLOBO, 2022). De 2010 a 2020, a área ocupada pelo garimpo dentro de terras indígenas cresceu 495%; no caso das unidades de conservação, o crescimento foi de 301% (MAPBIOMAS, 2022).

Para Rodrigues, embora a mineração corresponda a um dos setores básicos da economia, por ser realizada muitas vezes de modo informal e ilegal, causam danos ambientais e sociais severos. Há um enfraquecimento das instituições fiscalizadoras como IBAMA e ANM, por falta de recursos. (MAPBIOMA, 2022 b).

Além de desmatarem a floresta, utilizam o mercúrio na extração do ouro, o que traz impactos para os rios da Amazônia e para as comunidades que vivem às suas margens. Estudo da Fiocruz realizado e parceira com WWF em 2021, encontrou contaminações por mercúrio em altos níveis (> 10.000 ppm) em populações próximas a garimpos na Amazônia e também em peixes daqueles locais (OBSERVATÓRIO DO MERCÚRIO NA AMAZÔNIA, 2022).

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESACORDO DOS DECRETOS Nº 10.965/22 e Nº 10.966/22 COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL E OS POSSÍVEIS EFEITOS SOBRE A INTENSIFICAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS NA AMAZÔNIA

Os decretos em estudo, ao estimularem o garimpo artesanal como forma de desenvolvimento regional social e econômico, somado à determinação para que a ANM simplifique os critérios para a outorga destes garimpos e de aproveitamento das substâncias minerais, parecem não se atentar juridicamente para importantes princípios do Direito Ambiental.

Na construção dessas normas, tanto o princípio da prevenção quanto o da precaução foram pouco observados, pois quando os decretos determinam a simplificação dos critérios para o licenciamento e a diminuição do tempo de análise, isto impossibilita que a ANM execute o seu trabalho com qualidade, ou até mesmo impedem que os prazos possam ser cumpridos; o que leva a autorização tácita da atividade de lavra, mesmo sem se saber se o planejamento do garimpo atende os requisitos legalmente exigidos. Ou seja, passado sessenta dias, não tendo havido tempo hábil para a ANM realizar a análise de

licenciamento, o garimpo passa assim mesmo a estar autorizado a funcionar. Consequentemente, nessas situações ficarão totalmente prejudicadas a prevenção e a precaução dos danos, que porventura o garimpo possa causar, e que muitas vezes são irremediáveis. Mesmo que a ANM possa se manifestar em momento posterior e oportuno, o dano já estará instalado.

Quando os dois princípios supracitados são ofendidos, automaticamente ocorre um comprometimento do princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que nem sempre haverá uma análise prévia para verificar se o planejamento daquele garimpo emprega medidas que sustentem um desenvolvimento sustentável. Isto é muito gravoso, por se tratar de um recurso natural que não se recompõe, ou seja que se esgota, quando não há um planejamento sério.

Embora nestes documentos normativos, o garimpo seja tratado como um promotor do desenvolvimento sustentável, fica difícil defender essa tese, por várias razões. Em geral o desmatamento é necessário, o minério não é renovável e sua exploração associada o uso de mercúrio, traz impactos diretos sobre o solo, rios e todo o Bioma Amazônia, e também sobre as comunidades que vivem às suas margens.

Considerando-se ainda que as normas cronologicamente anteriores aos decretos eram mais criteriosas e cuidadosas, conclui-se que havia uma maior proteção ao bem jurídico. Disto se depreende que há um retrocesso legislativo, o que ofende o princípio da proibição ao retrocesso das proteções ambientais, inclusive podendo estimular a exploração desenfreada de garimpos. Como alternativa para conter esses garimpos ilegais, o Procurador da República, Dr. Gustavo Kenner Alcântara entende que essas atividades sejam imediatamente suspensas, até que o Estado tenha capacidade de fiscalizar e então essas atividades ocorram em conformidade com a lei (MAPBIOMAS, 2022b).

Há que se considerar então que o programa COMAPE ao objetivar a formalização das atividades garimpeiras, acaba por criar um arcabouço institucional que permitirá que garimpos antes clandestinos, se legalizem com maiores facilidades e passem para o mercado formal, o que significaria uma legalização de operações ilegais. Isso terá acontecido por vontade demagógica de desregulamentação em matéria ambiental, ou por um descuido na construção das normas? Um outro estudo se faz necessário para responder a essa questão.

5 CONCLUSÃO

Embora o Ministério de Minas de Energia, alegue que as novas regras trazidas pelos decretos 10.966 e 10.965/ 2022 têm o objetivo de estimular as melhores práticas, formalizando os garimpos e promover saúde e dignidade às pessoas que atuam na

atividade; após esse estudo jurídico podemos concluir que o resultado da efetivação dos decretos tende a ser a ampliação das áreas de garimpo, sem estudos prévios e com fiscalização diminuída, uma vez que reduzem prazos de estudos prévios, com um processo acelerado e simplificado para autorizar a exploração de novas áreas, prioritariamente na Amazônia.

Considerando-se ainda que as normas cronologicamente anteriores aos decretos eram mais criteriosas e cuidadosas, conclui-se que havia uma maior proteção ao bem jurídico. Disto se depreende que há um retrocesso legislativo, o que ofende o princípio da proibição ao retrocesso das proteções ambientais, inclusive podendo estimular a exploração desenfreada de garimpos. Somado a isso há hodiernamente um enfraquecimento, por falta de recursos, das instituições fiscalizadoras como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e da Agência Nacional de Mineração (ANM), o que pode contribuir para a intensificação de garimpos ilegais.

Por fim, pode-se concluir que esses decretos têm o condão de atuar como medidas legislativas retrocessivas, pois ferem importantes princípios do direito ambiental, e retroagem em garantias consolidadas anteriormente pelo Direito Ambiental brasileiro, podendo gerar a intensificação de danos ambientais significativos na Amazônia.

Importante ressaltar que este estudo não esgota todas as discussões relativas aos efeitos destes decretos, mas sim teve o papel de contribuir na análise das prováveis consequências dessas normas legais, e dessa forma, alerta que a implantação das mesmas pode resultar em problemas irremediáveis para o meio ambiente e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BASSO, G. **Ao invés de combater, governo abre espaço ao garimpo na Amazônia com decretos.** 15 de fevereiro de 2022. Yahoo Notícias. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/ao-inves-de-combater-governo-abre-espaco-ao-garimpo-na-amazonia-com-decretos-070059192.html> . Acesso em: 04 mar. 2022.

BENJAMIN, A. H. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental.** Brasília: Comissão do Meio ambiente, Defesa do consumidor e fiscalização e controle, 2012, p. 62.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em 01 jul. 2022.

BRASIL, 2022 – ANM **Permissão de lavra garimpeira.** Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/exploracao-mineral/regimes-de-exploracao->

mineral/permissoao-de-lavra-garimpeira#:~:text=A%20lavra%20garimpeira%20%C3%A9%20um,investimento%20em%20trabalhos%20de%20pesquisa. Acesso em: 31 jul. 2022)

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fww2.senado.leg.br%2Fbdsf%2Fbitstream%2Fhandle%2Fid%2F518231%2FCF88_Livro_EC91_2016.pdf&cLen=4471073&chunk=true . Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto 10.965 de 2022**. Altera o Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018, que regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. D. O. U. Publicado em 14/02/2022, Edição 31, Seção 1, Página 2.

BRASIL. **Decreto 10.966 de 2022**. Institui o programa de desenvolvimento da mineração artesanal. D. O. U. Publicado em 14/02/2022, Edição 31, Seção 1, Página 4.

BRASL (2011). Código de Mineração: e legislação correlata. – 2. ed. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011. 112 p. – (Coleção ambiental ; v. 2). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496300> . Acesso em: 1 jul. 2022.

CABRAL, L. F.; SILVA, J. C. L.; TOLEDO, A. C. V. **VISÃO HOLÍSTICA DO DIREITO AMBIENTAL**: Considerações sobre o impacto das mudanças climáticas na saúde humana. Unisanta law and social science; vol. 7, nº 3. 2018.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito Ambiental**. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MAPBIOMA. (2022) Área ocupada pela mineração no brasil cresce mais de 6 vezes entre 1985 e 2020. Disponível em: <https://mapbiomas.org/area-ocupada-pela-mineracao-no-brasil-cresce-mais-de-6-vezes-entre-1985-e-2020>. Acesso em: 01 jul. 2022.

MAPBIOMAS. (2022b). Brasil 1985-2020: A Expansão da Mineração e do Garimpo no Brasil nos últimos 36 anos Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0LEwXnGNf6c&t=10s> . Acesso em: 01 ago. 2022

O GLOBO. **O garimpo na Amazônia e o decreto da 'liberou geral'** .16 de fev. de 2022 Pod Cast Ao Ponto Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JoS2WjsCSYE> Acesso em: 01 ago 2022

OBSERVATÓRIO DO MERCÚRIO NA AMAZÔNIA. (2022) Disponível em: <https://panda.maps.arcgis.com/apps/webappviewer/index.html?id=e6717bfa09504157b187e076f79e1d0e&extent=-10897572.6347%2C-2120803.93%2C-5702300.6962%2C877973.5636%2C102100> . Acesso em 02 jun. 2022.

PRIEUR, M. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. In: 2012 O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Comissão do Meio ambiente, Defesa do consumidor e fiscalização e controle, 2012, p. 12.

SIRVINSKAS, L. P.. **Manual de direito Ambiental**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 9786555590623. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590623/>. Acesso em: 04 ago. 2022.

TV CULTURA. **Novo decreto de Bolsonaro muda nome do garimpo para “mineração artesanal”**. Jornal da Tarde - Jornalismo TV Cultura – Fundação Padre Anchieta - SP. 15 de fev. de 2022 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xan70q3KTZY> Acesso em 25 jul. 2022.

VILANI, R. M. **Legislação e política ambiental no Brasil**: as possibilidades do desenvolvimento sustentável e os riscos do retrocesso ambiental. RBPG, Brasília, v. 10, n. 21, p. 829 - 860, outubro de 2013.

ANÁLISE DA INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL COMO CONDIÇÃO PARA O EMPRESÁRIO RURAL REQUERER RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VICTOR AUGUSTO SOARES FREIRE:

Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camilo Filho (2014). Pós Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí - UFPI (2018). Ex Consultor Técnico Legislativo da Câmara Municipal de Fortaleza – CE. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná - TRE/PR

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar, com base na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira, a evolução do direito empresarial brasileiro, especialmente discorrendo sobre a teoria geral da empresa, bem como das vicissitudes que permeiam a configuração do explorador de atividade rural como empresário, realizando um estudo acerca da possibilidade de o empresário rural requerer recuperação judicial e seus requisitos.

ABSTRACT: The present work aims to analyze, based on Brazilian legislation, doctrine, and jurisprudence, the evolution of Brazilian business law, with a particular focus on the general theory of the company, as well as the challenges surrounding the classification of rural activity operators as entrepreneurs. It also conducts a study regarding the possibility of rural entrepreneurs filing for judicial recovery and its requirements.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial. Evolução histórica. Empresa e empresário. Empresário rural. Recuperação judicial. Requisito temporal. Inscrição na Junta Comercial. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

1 Introdução

Pode-se afirmar, com razoável segurança, que a doutrina é convergente no sentido de que o direito comercial surgiu na idade média, muito embora já houvesse diversas normas de cariz comercial antes mesmo dessa época. Ocorre que, como não existia uma mínima organização sistemática e principiológica, não se pode considerar que essa miscelânea de normas esparsas configurava um ramo autônomo do direito. No ponto, a lição de Marcelo Iacomini:

A literatura jurídica propaga que o direito comercial, como conjunto de normas organizadas, somente tomou feição na Idade Média.

Conquanto isso seja verdade, pode-se afirmar que havia resquícios de regras mercantis no direito romano e, segundo alguns autores, até no Código de Hamurabi. No entanto, é sabido de todos que naquele momento histórico não se podia ainda falar em um ramo específico do direito privado, conhecido posteriormente como direito comercial, pois, segundo se depreende, não havia uma ordenação sistemática e principiológica dessas normas. Tratavam-se, na verdade, de normas esparsas regulando situações fáticas aleatórias. Foi somente na Idade Média, por volta do século XII ao XVI, que o direito comercial surgiu como um conjunto de normas ordenadas e específicas.²⁰

Acerca da origem do direito empresarial, a literatura subdivide esse histórico em três fases. A primeira delas eram as Corporações de Ofício (feudalismo), nas quais quem fazia parte delas era regrado por normas especiais. Sobre essa remota fase, assim lecionou André Luiz Santa Cruz Ramos:

Durante a Idade Média, todavia, o comércio já atingira um estágio mais avançado e não era mais uma característica de apenas alguns povos, mas de todos eles. É justamente nesta época que se costuma apontar o surgimento das raízes do direito comercial. Fala-se, então, na primeira fase deste ramo do Direito. É a época do renascimento das cidades ('burgos') e do comércio, sobretudo o marítimo. Surgem as Corporações de Ofício, que logo assumiram relevante papel na sociedade da época, conseguindo obter, inclusive, certa autonomia em relação à nobreza feudal.²¹

Essa fase também é chamada fase subjetiva, pois para caracterização como comerciante bastava ter inscrição numa corporação de ofício. Assim, para a incidência ou não das normas específicas de direito comercial, mais interessava o sujeito que exercia a mercancia do que a atividade em si.

A segunda fase tem como principal marco histórico a revolução francesa, notadamente com a influência dos ideais de fraternidade, liberdade e igualdade, motivo pelo qual a doutrina a denomina também de fase francesa.

20 IACOMINI, Marcelo Pietro. *Anotações de Direito Empresarial*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

21 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum*. **Revista Júris Síntese**, n. 456, p. 10, 2006.

O início da segunda fase é marcado pelo código comercial francês, de 1807 e, no Brasil, pelo código comercial de 1850. O critério utilizado nessa fase era o da prática de atos considerados comerciais, e não mais o critério meramente subjetivo. Em razão disso, a segunda fase também é denominada fase objetiva. Novamente, a doutrina de Marcelo Iacomini esclarece:

Era considerado comerciante quem com habitualidade e, com o intuito de lucro, praticasse atos do comércio. O critério utilizado, na fase objetiva, não é o da inscrição, como na fase anterior, mas sim, a prática de atos considerados comerciais. Portanto, desloca-se o elemento caracterizador da inscrição para a prática dos atos. Logo, quem praticasse certos atos de maneira habitual e visando obter vantagem econômica (lucro) era considerado comerciante, independentemente de estar inscrito na junta comercial.²²

Essa segunda fase é representada pela chamada Teoria dos atos de comércio, atos estes que eram elencados de forma taxativa, e quem praticasse algum deles poderia ser considerado comerciante e, conseqüentemente, utilizar o regramento específico do direito comercial na regência de suas atividades.

Essa fase perdeu força à medida em que os atos de comércio foram sendo desenvolvidos, especialmente porque não eram considerados como atos de comércio a prestação de serviços e a venda de bens imóveis, o que demandou uma evolução da mencionada teoria a fim de incluir essas modalidades de atividade, culminando no surgimento da terceira fase do direito comercial.

A terceira fase é inaugurada pelo código civil italiano (1942), o qual deixa de adotar a teoria dos atos do comércio e passa a adotar a Teoria da Empresa. No Brasil, essa fase tem como marco o Código Civil de 2002 (CC/02), o qual adota, até os dias de hoje, a teoria da empresa.

O detalhe é que o Brasil adotou a teoria italiana, mas não adotou a unificação do direito italiano na medida em que aqui não houve a unificação do direito privado. Basta atentar-se que o código civil de 2002 não trata da insolvência empresarial (pois ela é regulamentada pela Lei 11.101/2005).

²² *Op. Cit.*

O Código Civil de 2002 só unificou a matéria de obrigações, e não todo o direito privado, além de não ter revogado por completo o código comercial de 1850, uma vez que o art. 2.045 do CC/02 só revogou expressamente a Parte Primeira daquele código²³.

E qual é o conceito de empresa? O Código Civil de 2002 não conceitua diretamente, mas apenas indiretamente, no seu art. 966, que elenca que se considera empresário (*e não empresa*) quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim, depreende-se que empresa é a atividade econômica complexa, estruturada e organizada. Empresa não se confunde com empresário, nem com estabelecimento empresarial: empresa é a atividade exercida pelo empresário (ou pela sociedade empresária).

Aqui, iniciamos uma breve reflexão acerca do cerne deste estudo: a pessoa que exerça exploração de atividade rural, habitualmente e de forma organizada, com intuito lucrativo, será empresário? Vejamos.

2 A atividade rural como exercício de empresa

Essa análise seria despicienda se não fosse pelo disposto no art. 971 do Código Civil de 2002²⁴, dispositivo que faculta ao empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

A partir do texto legal, pode-se inferir que aquele que exerça a atividade rural como sua principal profissão poderá ser equiparado a empresário caso requeira inscrição no registro público de empresas mercantis. Aqui temos a primeira diferença entre o exercente de atividade rural e o empresário "ordinário": este tem o dever de proceder à inscrição na Junta Comercial para exercer a atividade de forma regular; já o ruralista pode proceder à mencionada inscrição, caso assim deseje.

Importante mencionar uma consequência da não inscrição do empresário na Junta Comercial: não restará descaracterizada a condição de empresário, mas tão somente de empresário regular. É dizer, caso não proceda à devida inscrição, o sujeito não deixará de

²³ Art. 2.045. Revogam-se a Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850.

²⁴ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

certo grau de viabilidade econômico-financeira capazes de justificar o sacrifício dos credores.

Segundo Marlon Tomazzete²⁶, apenas em relação a empresas sérias, relevantes e viáveis “é que se justifica o sacrifício dos credores em uma recuperação judicial. Uma empresa exercida há menos de dois anos ainda não possui relevância para a economia que justifique a recuperação.”.

Conforme aduzido anteriormente, a inscrição na Junta Comercial é uma formalidade indispensável para a regularidade do empresário, à exceção daquele que exerça atividade rural, para quem a inscrição é meramente facultativa. Assim, surge o questionamento: o empresário rural pode pleitear a recuperação judicial, mesmo sem inscrição na junta comercial, haja visto se tratar de mera faculdade?

Ora, se a inscrição do ruralista na respectiva Junta Comercial é mera faculdade deste, não se pode dizer que ele exerça atividade de forma irregular caso não proceda ao registro. Assim, o empresário rural não pode ser prejudicado pela disposição do art. 48 da Lei de Recuperação e Falências ante a não inscrição na Junta, ou seja, não lhe pode ser excluída a possibilidade de requerer recuperação judicial tão somente pelo fato de não ter inscrição como empresário há mais de dois anos.

Assim, os efeitos decorrentes da inscrição na Junta Comercial são distintos para as duas espécies de empresário. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, tem o efeito constitutivo de equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro, sendo tal efeito apto a retroagir (*ex tunc*), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro.

Já para o empresário comum, o registro, que é obrigatório, somente pode operar efeitos futuros (*ex nunc*), pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetiva e validamente, empresário.

Isso não significa, todavia, que o empresário rural não precise cumprir o requisito temporal de exercício da atividade antes de pleitear a recuperação. O que ocorre é que, em se tratando de empresário rural, a contagem do lapso temporal de dois anos se dará de forma diferente em relação ao empresário não rural.

Diante dessa celeuma, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a decidir se o empresário rural deveria, para pleitear recuperação judicial, estar registrado há mais de dois anos. O caso foi julgado em sede de Recurso Especial Repetitivo (Tema 1145), e a tese formulada pelo STJ foi a seguinte: "Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma

²⁶ TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60

empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro". Vejamos a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PRODUTOR RURAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ATIVIDADE RURAL HÁ PELO MENOS DOIS ANOS. INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL NA JUNTA COMERCIAL NO MOMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/2005, ART. 48). RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. Tese firmada para efeito do art. 1.036 do CPC/2015: Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro.2. No caso concreto, recurso especial provido.(REsp n. 1.905.573/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 3/8/2022.)27

Em suma, a questão controvertida posta à análise do Superior Tribunal de Justiça consistia em definir a (im)possibilidade de deferimento do pedido de recuperação judicial de produtor rural que comprovadamente exerça atividade rural há mais de dois anos, mas que estivesse registrado na Junta Comercial há menos tempo.

Prudente ressaltar, para que fique claro, que é condição para o requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, observadas as formalidades do art. 968 do CC/02; bem como que o produtor rural que exerce atividade empresária é sujeito de direito da recuperação judicial regulada pela Lei n. 11.101/2005.

No inteiro teor do acórdão exarado pela segunda seção do STJ no Recurso Especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos, cuja ementa foi transcrita acima, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão assim discorreu:

Com efeito, é bem de ver que a recuperação judicial é instrumento jurisdicional de superação da crise econômico-financeira da atividade empresarial. Revela-se como artefato viabilizador do

27 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.905.573, da Segunda Seção, Brasília, DF, 22 de junho de 2022. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202003017730%27.REG>. Acesso em 25 de setembro de 2023.

desenvolvimento econômico, social, cultural e ambiental, na medida em que promove a continuidade da atividade econômica da empresa com potencial de realização.

Não há dúvidas de que o valor a ser protegido pelo instituto é o da ordem econômica, não sendo raros os casos em que o interesse do empresário, individualmente considerado, é sacrificado em deferência à salvaguarda da empresa, enquanto unidade econômica de utilidade social.

(...)

Com efeito, a empresa em crise não favorece a livre iniciativa nem a concorrência; não tem giro de capital, portanto não acumula riquezas; não devolve investimentos sociais; não produz balanço social; não investe na recuperação do meio ambiente; não promove educação; não propaga ética; não reflete o standard comportamental necessário (Simão Filho, A.; Pellin, D. Nova empresarialidade aplicada à recuperação judicial de empresas. Revista Paradigma, n. 18, 2011. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/41>).

Em linha com esse entendimento, o instituto da recuperação, em substituição à concordata, expande o conceito da empresa por um cenário exógeno, a partir de um novo paradigma: uma nova teoria da preservação da unidade produtiva, em razão da função social metaindividual, em que a eficiência econômica deixa de ser a primordial preocupação (PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 357)

Extrai-se da conclusão da Segunda Seção do STJ que a recuperação judicial é instrumento importantíssimo para o desenvolvimento econômico do país. É nítido que a utilização desse instrumento jurídico não se limita a privilegiar a pessoa diretamente interessada (empresário ou sociedade empresária), ao revés, privilegia o próprio desenvolvimento econômico do país, principalmente por facilitar a manutenção dos empregos gerados pela atividade empresarial, além da circulação e produção de renda advindas da atividade.

A recuperação judicial visa, grosso modo, a garantir a chamada função social da empresa, pois facilita e estimula a manutenção da atividade da empresa em crise econômico-financeira.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 trata da Ordem Econômica de forma destacada, em seu Título VII, e elenca, no art. 170, *caput*²⁸, que esta é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

O inciso III do *caput* do art. 170 da Constituição Federal elenca a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica de nosso ordenamento jurídico. Pode-se afirmar, portanto, que a função social da empresa advém da própria função social da propriedade, denotando que a empresa não é um fim em si mesma, e sua manutenção ativa não é um mero interesse privado dos seus mantenedores, mas extrapola a esfera individual da pessoa ao gerar empregos e renda. Tais fundamentos dão maior robustez à importância da recuperação judicial, que visa a garantir o funcionamento da empresa em crise financeiro-econômica.

A conclusão a que chegou o STJ, pela possibilidade de o empresário rural requerer a recuperação judicial mesmo que seu registro não seja mais antigo que o prazo de dois anos elencado no mencionado art. 48 da Lei de Recuperações e Falências, estimula a utilização e a abrangência do instrumento jurídico aqui discutido, dada a importância que a atividade empresarial (em especial, a rural) representa para o desenvolvimento econômico do Brasil.

28 Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Forçoso ressaltar que a conclusão a que chegou o STJ é convergente com a doutrina pátria, consolidada nos enunciados nº 96 e 97 da III Jornada de Direito Comercial, senão vejamos:

Enunciado 96 – **A recuperação judicial do empresário rural**, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, **inclusive os anteriores à data da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.** (*grifos nossos*)

Justificativa: O art. 48, caput, da Lei n. 11.101/2005, não exige, como requisito para a impetração da Recuperação Judicial, a inscrição na Junta Comercial pelo prazo de dois anos, mas apenas que o devedor, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos. Por sua vez, o inc. V do art. 51 da mesma lei exige a comprovação de regularidade na Junta Comercial, mas não se refere a qualquer prazo. O art. 971 do Código Civil preceitua como facultativo, ao empresário rural, o registro na Junta Comercial, após o qual ficará equiparado ao empresário sujeito ao registro. Portanto, a atividade do empresário rural pode se configurar regular mesmo sem o registro na Junta Comercial. Nesse sentido, o empresário rural não necessita estar registrado na Junta Comercial há mais de dois anos para impetrar recuperação judicial.²⁹

Enunciado 97 – O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, **não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis**, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido. (*grifos nossos*)

Justificativa: Fábio Ulhoa Coelho, em parecer sobre o tema, afirma que “considerar que a lei exige do produtor rural que explore a sua atividade e também esteja registrado na Junta Comercial há pelo menos dois anos é relegar à letra morta o § 2º do art. 48 da LRE” (COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer proferido nos autos do processo 3067-12.2015.811.0051-97136, Comarca de Campo Verde, Estado do Mato Grosso. 13 de outubro de 2015. Fls. 776). Destaca-se, ainda, que

²⁹ FEDERAL, Conselho da Justiça. Enunciado nº 96 da III Jornada de Direito Comercial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf . Acesso em 25 de setembro de 2023.

o TJSP manifestou-se pela admissão de qualquer documento para fins comprobatórios do efetivo e regular exercício da atividade pelo biênio legal (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 2006737-58.2018.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 9/5/2018; Data de Registro: 11/5/2018). Assim, a prova do requisito temporal de dois anos não exige do produtor rural (seja pessoa física ou jurídica) que este esteja inscrito na Junta Comercial por prazo superior a um biênio, mas, tão somente, que o esteja na data do ajuizamento do pedido de Recuperação Judicial.³⁰

Assim concluiu o Min. Relator, dando por encerrada a discussão e determinando que o empresário rural pode requerer a recuperação judicial mesmo que não inscrito há mais de dois anos, desde que exerça a atividade empresarial rural há mais de dois anos e que, no momento do pedido, esteja devidamente registrado:

Assim, quanto ao produtor rural, a condição de procedibilidade da recuperação judicial estará satisfeita sempre que realizado o registro na forma da lei e comprovada a exploração da atividade rural de forma empresarial por mais de dois anos. No que respeita à "exploração da atividade rural de forma empresarial por mais de dois anos", entendem ambas as Turmas da Segunda Seção deste Superior Tribunal que, apesar da necessidade do registro antes do pedido de recuperação, não há, por parte da legislação, exigência de que o ato registral ocorra há dois anos da formalização do pedido. É que, como visto, o registro permite apenas que nas atividades do produtor rural incidam as normas previstas pelo direito empresarial. Todavia, desde antes do registro, e mesmo sem ele, o produtor rural que exerce atividade profissional organizada para a produção de bens e serviços já é empresário.

Nessa linha, reitere-se que não há na Lei exigência temporal em relação ao registro do empresário. O art. 48 apenas exige, como

30 FEDERAL, Conselho da Justiça. Enunciado nº 97 da III Jornada de Direito Comercial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2023.

condição do pedido de recuperação, que o empresário exerça sua atividade de forma regular por pelo menos dois anos.

Aliás, conforme elucida Fábio Ulhoa Coelho, um período mínimo de exploração de atividade econômica por parte do requerente da recuperação judicial precisou ser estipulado, porque o legislador considerou não consolidada a importância da empresa que atua há menos de dois anos para economia local, regional ou nacional (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169).

O argumento é coerente. A consolidação de uma empresa não ocorre do dia para a noite. A conquista da clientela, a fixação do ponto comercial e o desenvolvimento de técnica particular são fatores construídos com o tempo de atuação da empresa. O que a lei pretende, em verdade, é assegurar a utilização do instituto a empresas já consolidadas. *A contrario sensu*, uma vez comprovado, por quaisquer meios, o exercício consolidado da atividade pelo período determinado pela lei, atestada estará a relevância da empresa rural, qualificando-a, assim, ao deferimento do processamento da recuperação.

Destarte, o registro empresarial deve, sim, ser realizado antes da impetração da recuperação judicial (critério formal). Contudo, a comprovação da regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo (art. 48 da Lei n. 11.101/2005) será aferida pela manutenção e continuidade do exercício profissional (critério material).³¹

A decisão do Tribunal da Cidadania não concedeu um privilégio ao empresário rural, mas tão somente deu interpretação coerente com o que já dispõe própria legislação: o art. 971 do CC/02 expressamente determina ser mera faculdade do empresário rural a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, e o art. 48 da Lei de Recuperação Judicial e Falências estipula como requisito formal o exercício regular da atividade há mais de dois anos.

Como não se pode considerar irregular o exercício da atividade pelo empresário rural pelo simples fato de não haver efetivado o registro, o qual é facultativo, outra

31 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.905.573, da Segunda Seção, Brasília, DF, 22 de junho de 2022. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202003017730%27.REG>. Acesso em 25 de setembro de 2023.

conclusão não poderia emanar o Poder Judiciário senão a possibilidade de o empresário rural pleitear a recuperação judicial desde que exerça a atividade há mais de dois anos e esteja registrado no momento do pedido, mesmo que o registro não tenha idade superior a dois anos.

3 Conclusão

A análise da relação entre o exercício da atividade rural e o requerimento de recuperação judicial destaca a importância desse instrumento jurídico para o desenvolvimento econômico do país. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de julgamento em sede de Recurso Especial Repetitivo, esclareceu que o empresário rural pode pleitear a recuperação judicial, desde que exerça a atividade há mais de dois anos e esteja registrado no momento do pedido, independentemente do tempo de seu registro na Junta Comercial.

Essa decisão não concede um privilégio ao empresário rural, mas sim alinha-se com a legislação vigente, que prevê a inscrição na Junta Comercial como mera faculdade para esse grupo específico de empresários, diferentemente do empresário não rural, para quem a inscrição é condição *sine qua non* para a regularidade do exercício.

Além disso, essa conclusão encontra respaldo na doutrina jurídica nacional, conforme expresso nos enunciados nº 96 e 97 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal. Portanto, a decisão do STJ privilegia e reforça a importância da função social da empresa para o aprimoramento do ambiente empresarial e econômico do país, especialmente levando-se em consideração o que dispõe o art. 170, III, da Constituição Federal de 1988, ao elencar a função social da propriedade como um dos princípios da Ordem Econômica.

Essa interpretação da legislação dada pelo STJ contribui para o fortalecimento da função social da empresa, que pode ser considerado um princípio fundamental da atividade empresarial, haja visto que a manutenção do funcionamento da atividade empresarial produz benefícios sociais que ultrapassam a esfera privada de seus mantenedores. Por isso, a utilização eficaz da recuperação judicial é de suma importância, em especial para a manutenção dos empregos gerados pela atividade empresarial, bem como para o crescimento econômico do Brasil.

Referências

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.905.573, da Segunda Seção, Brasília, DF, 22 de junho de 2022. Disponível em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202003017730%27.REG>.
Acesso em 25 de setembro de 2023.

FEDERAL, Conselho da Justiça. Enunciado nº 97 da III Jornada de Direito Comercial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf . Acesso em 25 de setembro de 2023.

IACOMINI, Marcelo Pietro. Anotações de Direito Empresarial, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum. Revista Júris Síntese, n. 456, p. 10, 2006.

TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60

O DESVIRTUAMENTO DA REGRA DE OURO NA ADI 5683/RJ

DOUGLAS DA COSTA MOREIRA:
Advogado e Bacharel em Ciências
Sociais e Jurídicas ³²

Resumo: O Supremo Tribunal Federal adotou conclusão na ADI 5683/RJ que altera um dos principais pilares do regime fiscal brasileiro: a autorização que para que os entes federativos utilizem operações de crédito para pagamento de despesas de pessoal. O precedente contraria a doutrina e toda a construção que vem sendo erguida no sentido de responsabilidade fiscal dos gestores públicos desde a Constituição Federal 1988. O permissivo dado pela Suprema Corte vulnera o controle sobre as contas públicas e a, longo prazo, representa óbices a implementação de direitos fundamentais.

Palavras chave: Supremo Tribunal Federal. Regra de Ouro. Responsabilidade Fiscal. Operações de crédito. Despesas correntes.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discutir as possíveis consequências da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5683, na qual se fixou a tese de que a Constituição Federal não proíbe que os entes públicos contraíam empréstimos para financiar despesas correntes.

O caso paradigma envolve o questionamento da Lei Estadual nº 7.529/2017, do Rio de Janeiro, que autorizou que o poder executivo daquele ente concedesse, em garantia a empréstimo, ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE). O Estado do Rio de Janeiro pretendia, por meio da referida lei, em razão de grave crise fiscal, viabilizar o pagamento de despesas correntes com recursos advindos da privatização de sociedade de economia mista.

A interpretação dada pelo STF aos artigos 167, III e X, representa uma tendência contrária ao regime de controle das contas públicas que vem sendo construído no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A seguir, iremos analisar os contornos da referida decisão.

2. DA REGRA DE OURO

³² E-mail: douglascosta1300@hotmail.com

O disposto no art. 167, III, da CF, é conhecido na doutrina como “regra de ouro das finanças públicas”, por estabelecer mandamento de fundamental importância para uma gestão financeira equilibrada da coisa pública. O dispositivo citado proíbe a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

Para se entender o objetivo da norma, é necessário esmiuçar os conceitos de operação de crédito de crédito e despesa de capital. O primeiro tem sede legal e é definido como o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros (Art. 29, III, da Lei Complementar 101/00). Por outro lado, de acordo com Danilo Vieira³³ despesas de capital são “gastos produtivos da Administração Pública, considerando que são feitos para aquisição ou construção de bens de capital que contribuam para a formação de novos bens. São, portanto, gastos que geram um crescimento do patrimônio público”.

O objetivo primordial da norma é evitar que o poder público contrate operações de crédito com despesas que não aumentam o patrimônio público do ponto de vista econômico, já que as despesas correntes se destinam, precipuamente, a manutenção de serviços anteriormente criados - despesas de custeio - e dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços - transferências correntes (Art. 12, §1º e §2º, da Lei 4320/64).

A princípio, portanto, podemos estabelecer a seguinte regra no direito financeiro: as despesas correntes devem ser financiadas com receitas correntes, enquanto as despesas de capital devem ser custeadas por receitas de capital, embora não haja nenhum impeditivo no ordenamento jurídico para que se utilize, por exemplo, recursos advindos da arrecadação tributária (receita corrente) para que construir uma escola (despesa de capital), já que isso representará um incremento no patrimônio do ente estatal.

A regra anteriormente citada tem uma razão lógica: geralmente, as receitas correntes ingressam nos cofres públicos com regularidade, enquanto as receitas de capital costumam ser ocasionais. Ora, do ponto de vista financeiro, é insustentável, a longo prazo, que o Estado, por exemplo, aliene bens imóveis para pagamento de despesas com remuneração de servidores públicos. Embora haja a prestação de serviços, esse dispêndio não representa nenhum acréscimo no ativo estatal. Por outro lado, quando o ente público contrai empréstimo para financiar a construção de um hospital, há, simultaneamente, anotações

³³ VIEIRA, Danilo. Direito Financeiro. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 131.

no ativo e passivo, na medida em que ele será titular do direito de propriedade de um bem imóvel, dotado de valor econômico.

Nos dizeres de Amaral, Macedo e Bittencourt³⁴:

O sentido inegavelmente positivo da denominação regra “de ouro” deve-se aos diversos efeitos benéficos para as finanças públicas e para a economia em geral esperados com a sua aplicação. Entre tais efeitos, estaria o controle das despesas correntes (vistas como menos benéficas que as de capital), o incentivo à realização de investimentos (vistas como indutores do crescimento econômico), a promoção da justiça intergeracional e a limitação do endividamento.

Portanto, é inegável que a “regra de ouro” constitui mecanismo imprescindível para a manutenção da saúde fiscal do Estado. Não se está a discutir o modelo econômico ideal, se liberal ou intervencionista. A efetivação de direitos fundamentais, cuja rol previsto no art. 5º, da CF, é extensa, além de outros previstos em outros dispositivos, demanda a existência de recursos orçamentários. Um Estado em grave crise financeira não será capaz de prestar os serviços e atividades que lhe incumbe, independentemente da corrente ideológica adotada.

3.DA TESE FIXADA NA ADI 5683/RJ

Desde o ano de 2016, o Estado do Rio de Janeiro, o 2º mais rico da federação brasileira³⁵, enfrenta grave crise financeira desde o ano de 2015, com atraso no pagamento de salários e fornecedores³⁶. Uma das medidas tomadas pelo poder executivo para enfrentar os problemas fiscais foi a alienação do controle acionário da CEDAE - Companhia Estadual de Águas e Esgotos, sociedade de economia controlada pelo Estado. Para tanto, foi editada a Lei estadual nº 7.529/2017, de modo a cumprir o mandamento constitucional que exige, pelo princípio da simetria, a edição de lei específica para a extinção de empresas

³⁴AMARAL, Vinicius Leopoldino do;MACEDO, Maurício Ferreira de;BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Orçamento em discussão. Consultoria de Orçamentos do Senado Federal Brasília, nº46. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/orcamento-em-discussao/edicao-46-2020-regra-de-ouro-falhas-de-concepcao-e-de-aplicacao-no-ambito-da-uniao>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

³⁵ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 17 de setembro de 2023

³⁶Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/servidores-do-rj-recebem-salario-de-outubro-e-13-de-2016-mas-continuam-com-dividas.ghtml>. Acesso em 17 de setembro de 2023.

estatais (Art. 37, XIX). A seguir, transcreve-se o inteiro teor da lei³⁷, que possui apenas oito artigos:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a alienar a totalidade das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, inclusive quando importar transferência de controle, nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. As disposições da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, não se aplicam à operação de que trata o caput.

Art. 2º Enquanto não efetivada a alienação de que trata o artigo 1º, fica o Poder Executivo autorizado a contratar operação de crédito no valor de até R\$ 3,5 bilhões junto a instituições financeiras nacionais ou internacionais, organismos multilaterais e bilaterais de crédito, agências de fomento ou agência multilateral de garantia de financiamentos.

§ 1º Fica o Poder Executivo autorizado a oferecer em garantia à instituição credora e/ou em contragarantia à União as ações de sua titularidade com o fim de viabilizar a obtenção de aval da União à operação de crédito de que trata o caput.

§ 2º Os recursos resultantes da operação de crédito prevista no caput deverão ser prioritariamente utilizados no pagamento da folha dos servidores ativos, inativos e pensionistas. (grifos nossos)

Art. 3º O Poder Executivo terá o prazo de até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, para a contratação de instituições financeiras federais responsáveis pela avaliação e estruturação da operação de alienação das ações de que trata o art. 1º.

Art. 4º Deverá ser garantida a tarifa social para os serviços de abastecimento de água e captação de esgoto para imóveis residenciais localizados nas áreas identificadas como de interesse social, nos termos do Decreto nº 25.438 de 21 de julho de 1999.

³⁷Disponível em:<https://portal.fazenda.rj.gov.br/transparencia-fiscal/wp-content/uploads/sites/15/2022/05/Lei-7529-de-2017-Autorizacao-para-privatizacao.pdf>>. Acesso em 16 de setembro 2023.

§ 1º A diferença entre tarifa social e a tarifa domiciliar padrão não poderá ser subsidiada pelo Estado do Rio Janeiro.

§ 2º - A tarifa social de que trata o caput deste artigo somente poderá ser extinta por lei.

§ 3º - A regulamentação da tarifa social de que trata o caput desse artigo dar-se-á por ato do Poder Executivo.

Art. 5º Os recursos resultantes da operação de alienação das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE serão obrigatoriamente utilizados para a quitação da operação de crédito de que trata o artigo 2º, não se aplicando o disposto no artigo 2º da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995.

Parágrafo único. Observado o disposto no artigo 5º, o saldo do resultado da alienação será destinado ao abatimento de dívidas, na seguinte ordem, observado o disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:

I - dívidas refinanciadas com bancos federais garantidas pela União;

II - dívidas do Estado com a União.

Art. 6º Fica o Poder Executivo autorizado a promover as modificações orçamentárias que se fizerem necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 7º O Poder Executivo enviará à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ, em até 60 (sessenta) dias após assinatura da operação de crédito de que trata esta Lei, cópia assinada do instrumento, onde deverá constar as condições, prazo, juros, amortização, encargos, carência e forma de pagamento da operação de crédito de que trata o art. 2º.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

De forma resumida, a referida lei autorizou que o poder executivo do estado do RJ utilizasse os recursos auferidos com a privatização da empresa estatal para pagamento de despesas com pessoal. O diploma normativo foi questionado no STF por meio da ADI 5683/RJ, de relatoria do Ministro Luís Roberto barroso, com fundamento, dentre outros,

nos artigos 167, III e X, da Constituição Federal, que proíbem, respectivamente, que o montante das operações de crédito exceda as despesas de capital e a concessão de empréstimos para pagamento de despesas de pessoal.

Ante a divergência, conforme se extrai da ementa, a Suprema Corte decidiu que:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO LEGISLATIVO. ATOS INTERNA CORPORIS. SENTIDO E ALCANCE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE LIMITAM OPERAÇÕES DE CRÉDITO (ART. 167, III e X, DA CF).

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário interferir na tramitação de projetos de lei, quando estejam em questão matérias interna corporis, que não envolvam contrariedade às normas constitucionais disciplinadora do processo legislativo. Precedentes.

2. A vedação do art. 167, III, da CF não impede a contratação de operações de crédito para o custeio de despesas correntes. Proíbe-se, somente, a contratação que exceda o montante das despesas de capital. Aliás, a mera autorização legislativa não afronta essa regra constitucional, mas apenas a contratação em si, se não respeitar os limites estabelecidos.

3. A Constituição Federal, em seu art. 167, X, veda a concessão de empréstimos por instituições financeiras estatais para o pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista. Impede-se, portanto, a alocação dessas receitas para o custeio de pessoal ativo e inativo. **Não há na regra uma vedação absoluta à contratação de empréstimos junto a instituições financeiras estatais.**

4. A vedação estabelecida no art. 167, X, da CF diz respeito apenas a instituições financeiras estatais. A proibição não alcança as contratações realizadas com instituições financeiras privadas.

5. Ação direta julgada parcialmente procedente para, confirmando a medida cautelar anteriormente deferida, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.529/2017, do Estado do Rio de Janeiro, para afastar entendimento que conduza à conclusão de que a operação de crédito autorizada pela lei poderá ser realizada

junto a instituições financeiras estatais para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista.

Conforme se depreende, o STF prezou por uma interpretação literal e fracionada dos dispositivos em tela. Entendemos que todos os incisos do art. 169 devem ser analisados em conjunto, na medida que constituem um verdadeiro arcabouço fiscal com sede constitucional. É sabido que o método literal, embora de fundamental importância, é o mais pobre dos mecanismos hermenêuticos.

A tese vencedora foi bastante simplória: O art. 167, X, ao proibir que a União, Estados e DF concedam empréstimos ou firmem transferência voluntária para pagamento de despesas com pessoal, implicitamente permitiu a contratação de operações financeiras com essa finalidade caso o mutuante seja uma instituição financeira privada.

Ora, esse raciocínio desconsidera toda a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da regra de ouro da administração pública, cujos objetivos são construir um alicerce sólido para um estado equilibrado do ponto de vista fiscal. Anteriormente a esse julgado, a doutrina era praticamente unânime em apontar a impossibilidade de se utilizar os recursos de empréstimos para pagamento de despesas correntes, em razão dos fundamentos já apontados no presente artigo.

Tome-se como exemplo o caso concreto tratado na ação direta de inconstitucionalidade em comento. Ao alienar o controle acionário da empresa estatal, o ente federativo sofreu uma redução no seu patrimônio. Se os recursos forem empregados no pagamento de despesa de pessoal, haverá um alívio efêmero das contas públicas, pois esta despesa se renova mensalmente.

O precedente do STF na ADI 5683/RJ permite que se agrave ainda mais a situação fiscal dos entes que compõem a federação brasileira, na medida que desnatura um dos seus principais alicerces.

4.CONCLUSÃO

A Suprema Corte Brasileira, com a devida vênia, conferiu permissivo que representa grave perigo para o controle das públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Os empréstimos, categoria mais recorrente das operações de crédito, são mecanismos de financiamento que devem ser utilizados com bastante parcimônia, dado o dever de pagar juros e encargos.

Não obstante a crise enfrentada por praticamente todas as unidades federativas desde o ano de 2015, o regime fiscal inaugurado pela Constituição Federal de 1988 vinha

sendo fortalecido com a edição de normas mais rígidas para o controle dos gastos públicos. Em que pese haver ponderações importantes do ponto vista do caso concreto analisado na ADI 5683/RJ, como o pagamento de profissionais de extrema importância para manutenção de uma ordem social minimamente digna, tais quais os professores, profissionais da saúde e policiais, o julgado abriu uma fenda perigosa que se, a princípio, ameniza as pressões sociais, a longo prazo afeta um dos pilares mais sólidos de um estado economicamente saudável.

A efetivação de direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos exige que o Estado detenha recursos financeiros. Debater a saúde fiscal dos entes públicos é essencial para que ele possa concretizar o bem comum, não se tratando de questão meramente burocrática ou técnica.

A autorização deferida pela Suprema Corte, portanto, em último caso, compromete o atendimento dos próprios objetivos institucionais do Estado brasileiro, na medida em que enfraquece os parâmetros para o dispêndio de recursos públicos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Vinicius Leopoldino do; MACEDO, Maurício Ferreira de; BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Orçamento em discussão. Consultoria de Orçamentos do Senado Federal Brasília, nº46. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/orcamento-em-discussao/edicao-46-2020-regra-de-ouro-falhas-de-concepcao-e-de-aplicacao-no-ambito-da-uniao>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

BRASIL, Rio de Janeiro. Lei 7.529/2017. Disponível em:

<https://portal.fazenda.rj.gov.br/transparencia-fiscal/wp-content/uploads/sites/15/2022/05/Lei-7529-de-2017-Autorizacao-para-privatizacao.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html. Acesso em 16 set. 2023.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html. Acesso em 16 set. 2023.

BRASIL. Lei de Responsabilidade Fiscal (2001). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 16 set. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5683. Inteiro Teor do Acórdão. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 20 jul. 2022. Data de Publicação: 29 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351280483&ext=.pdf>. Acesso em 16 set. 2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não podem ser realizadas junto a instituições financeiras estatais operações financeiras com a finalidade de obtenção de crédito para pagamento de pessoal ativo, inativo e pensionista, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: = <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0465a1824942fac19824528343613213>>. Acesso em: 18/09/2023

Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/servidores-do-rj-recebem-salario-de-outubro-e-13-de-2016-mas-continuam-com-dividas.ghtml>.

Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 17 de setembro de 2023.

VIEIRA, Danilo. Direito Financeiro. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 131.

PARA ALÉM DO MACHISMO LEGAL: RECONSTRUINDO O PENSAMENTO JURÍDICO COM BASE NA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DE DUSSEL

ROMUALDO FLÁVIO DROPA:
doutor pela Universidade Estadual
de Ponta Grossa – UEPG – Paraná.
Advogado

RESUMO: Este estudo busca identificar a persistência de um paradigma androcêntrico presente nos programas de estudo de Direito nas instituições acadêmicas brasileiras. Através da lente da Ética da Libertação de Enrique Dussel, o objetivo é ressaltar a importância de desenvolver uma abordagem jurídica renovada dentro do ambiente acadêmico. Essa abordagem se torna crucial para a formação de profissionais do Direito com capacidades aprimoradas, capazes de enfrentar de maneira eficaz as questões relacionadas aos direitos das minorias, com especial ênfase nos indivíduos homossexuais. A análise se concentra na necessidade de desafiar o paradigma androcêntrico, que tem sido historicamente prevalente nos cursos de Direito, favorecendo perspectivas e narrativas masculinas em detrimento de outras vozes e experiências. Utilizando os princípios da Ética da Libertação de Dussel, busca-se catalisar uma mudança no cenário jurídico acadêmico, destacando a urgência de uma prática jurídica mais inclusiva e sensível à diversidade. Nesse contexto, emerge a necessidade de uma práxis jurídica transformadora que possa contribuir para a criação de um ambiente mais igualitário e respeitoso para todos os grupos sociais, especialmente os homossexuais, que frequentemente enfrentam discriminação e marginalização. A Ética da Libertação de Dussel proporciona uma estrutura conceitual valiosa para a redefinição das abordagens pedagógicas e práticas no ensino jurídico, a fim de capacitar futuros profissionais a lidar de maneira eficaz com as complexidades das questões de justiça social e direitos humanos. Consequentemente, este trabalho visa incentivar uma nova direção na educação jurídica, promovendo a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e consciente das diversas necessidades da comunidade LGBTQ+ e de outras minorias.

Palavras-chave: Androcentrismo. Homossexualidade. Direitos. Ética. Dussel.

ABSTRACT: This study aims to identify the persistence of an androcentric paradigm within the curriculum of Law programs in Brazilian academic institutions. Through the lens of Enrique Dussel's Liberation Ethics, the objective is to emphasize the importance of developing a renewed legal approach within the academic environment. This approach becomes crucial for the education of legal professionals with enhanced capacities, capable of effectively addressing issues related to minority rights, with a particular emphasis on homosexual individuals. The analysis focuses on the need to challenge the androcentric paradigm, which has historically been prevalent in Law courses, favoring male perspectives and narratives at the expense of other voices and experiences. Utilizing the principles of

Dussel's Liberation Ethics, the aim is to catalyze a change in the academic legal landscape, highlighting the urgency of a more inclusive and diversity-sensitive legal practice. In this context, there emerges the necessity for a transformative legal praxis that can contribute to creating a more egalitarian and respectful environment for all social groups, especially homosexuals, who frequently encounter discrimination and marginalization. Dussel's Liberation Ethics provides a valuable conceptual framework for redefining pedagogical and practical approaches in legal education, in order to empower future professionals to effectively address the complexities of social justice and human rights issues. Consequently, this work seeks to encourage a new direction in legal education, promoting the construction of a fairer, more inclusive society that is conscious of the diverse needs of the LGBTQ+ community and other minorities.

Keywords: Androcentrism. Homosexuality. Rights. Ethics. Dussel.

1. INTRODUÇÃO

Para muitos pesquisadores, advogados, doutrinadores e protagonistas do Direito, falar de *homossexualidade* ainda é tabu como se o assunto fosse revestido por uma doença qualquer. Esquecem-se estes mesmos profissionais, de que o tema avança em problemática, mas pouco se constrói em soluções. Cada estudante, advogado ou profissional do Direito que coloca nos olhos o cabresto do preconceito está renegando e escarnecendo sobre o próprio diploma e o juramento que fez no dia de sua formatura, quando prometeu trabalhar em prol da justiça de quem quer que fosse.

Pretende-se analisar, aqui, de forma rápida e sem a pretensão de se esgotar o tema, a temática relativa à homofobia e o paradigma do heterossexismo vigente (androcentrismo) e que povoam os cursos de Direito e o Judiciário brasileiro, a saber, nesta pesquisa, a cultura androcêntrica em contraponto à homossexualidade. Estes últimos têm muitos de seus direitos usurpados, como no caso das uniões homoafetivas e os efeitos jurídicos resultantes destas relações de afeto, bem como os graves crimes de ódio cometidos em virtude da homofobia, ofendendo os princípios da cidadania e do acesso à Justiça, da Democracia, Justiça Distributiva, dos Direitos Humanos e da dimensão social do Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro pouco ou quase nada prevê, especificamente, com relação a direitos das minorias homossexuais. Seja com relação aos crimes de ódio ou no tocante a indivíduos de mesmo sexo que se unem para uma vida em comum, baseada em afeto, respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, os operadores do Direito se vêem, quase sempre, em meio à árdua tarefa de buscarem possíveis soluções em escassa doutrina ou jurisprudência, que caminha a passos lentos em nosso Judiciário. Entretanto, não bastasse esta dificuldade imposta pela

omissão do poder legiferante, esbarra-se, ainda, na questão do despreparo e falta de conhecimento dos operadores do Direito, principalmente daqueles que são chamados para oferecer a Justiça, no que trate a homossexualidade e seus aspectos sociológicos.

Neste sentido, a minoria homossexual excluída deve buscar na analética um discurso para encontrar sua práxis libertatória, apresentando-se como a alteridade e irrompendo como o estranho, o diferente, o distinto, o oprimido, aquele que está a beira do caminho, fora do sistema e mostra seu rosto sofrido e grita por justiça. A analética tem origem não na ordem estabelecida da totalidade, mas no outro, sendo que a comunidade homossexual deve buscar nesta prática a sua libertação diante do androcentrismo vigente.

2.0 SEXISMO MACHISTA DENTRO DOS CURSOS DE DIREITO

As atitudes de hostilidade e violência contra as pessoas homossexuais são manifestações desta forma de sexismo, que como as demais, legítima, justifica e torna inquestionável a sua prática.

A homofobia, ou a chamada aversão aos homossexuais, se encontra presente no denominado senso comum, na própria cultura brasileira, oriunda, nascida do androcentrismo, e esta realidade somente poderá ser transformada por meio de uma ética da libertação que se utilize da analética proposta por Enrique Dussel, e que apresente novos meios de inclusão homossexual diante do paradigma androcêntrico vigente.

O androcentrismo é a cultura masculina dominante que se impõe como paradigma vigente, como validade.

Elizabeth Gössmann (1996), conceituando o androcentrismo, dirá:

Por androcentrismo devemos entender a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual – de maneira ingênua ou propositada

– a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto. Às afirmações sobre „o homem“, (= ser humano), derivadas dos contextos da vida e da experiência masculinas os pensadores androcêntricos atribuem uma validade universal: o homem (= ser humano) é a medida de todo o humano. Esta reconstrução filosófica e lingüística reducionista da realidade tem, entre outras conseqüências, a de o conceito de trabalho ser definido unilateralmente a partir das condições do trabalho assalariado. Só numa sociedade em que o pensamento androcêntrico é onipresente é que pôde ocorrer que só aos

poucos, e enfrentando a resistência dos homens, as mulheres tivessem que conquistar o acesso aos direitos humanos universais. O preconceito androcêntrico torna a vida feminina invisível do ponto de vista lingüístico, e coloca a mulher do ponto de vista conceitual, à margem da antropologia geral. A crítica lingüística, ideológica e científica feminina tem, pois, como meta desvendar, no discurso dominante, estruturas preconceituosas androcêntricas, e desta forma desmascarar a objetividade aparente como uma retórica do partidarismo masculino. (GÖSSMANN, 1996, p. 58)

No androcentrismo se encontram os fatores que levam, conduzem à homofobia, ou a denominada aversão aos homossexuais. Existe um androcentrismo dominante, herança cultural européia, transformado em paradigma, que domina o meio jurídico brasileiro, primeiramente nas faculdades de Direito, construindo operadores do Direito despreparados para julgar causas relativas ao princípio fundamental da dignidade humana no que diz respeito à homossexualidade.

Para o homofóbico, o que hoje se denomina homoerotismo, ou seja, a conduta erótica voltada para indivíduos de mesmo sexo, é um comportamento desvirtuado e que não deve ser tolerado. Esta intolerância leva ao sexismo machista exagerado, ou a um exacerbamento da cultura androcêntrica que tenta fazer valer o paradigma dominante. Por consequência, homossexuais passam a ser excluídos da sociedade, tornam-se o *outro*, na voz de Enrique Dussel, o estranho e diferente que não é reconhecido pela totalidade dominante.

Esta falta ou ausência de aceitação do *outro* e sua intolerância é que o priva de direitos, uma vez que não são reconhecidos, não existem, são o *nada*, o *não-ser*, a chamada *negatividade* demonstrada pela filosofia de Enrique Dussel.

Assim, demonstrando a existência do androcentrismo como paradigma dominante, a chamada *totalidade*, torna-se possível demonstrar, de maneira *analética*, a existência da alteridade, do diferente excluído, no caso, os indivíduos homossexuais negados e cujos direitos não são reconhecidos.

A ética da libertação dusseliana, a partir de um discurso que promova o face-a-face entre o paradigma androcêntrico dominante e a alteridade é o instrumento para a própria libertação do homossexual oprimido. Somente formando profissionais que saibam identificar a figura do paradigma androcêntrico vigente e contrapô-la à alteridade por meio de um discurso de libertação, onde o *outro* é reconhecido pelo *mesmo* é que se vislumbrará este reconhecimento.

Localizada a presença do paradigma androcêntrico dominante na cultura brasileira, dirigir-se-á a pesquisa para os bancos acadêmicos dos cursos de Direito. Este androcentrismo também se encontra presente no ambiente das academias de Direito, tanto entre membros do corpo docente, quanto entre os estudantes. Os novos operadores do Direito devem ser formados com base num novo *ethos* libertador, o qual não somente libertará os homossexuais da opressão sofrida, mas também os próprios futuros profissionais, que se libertarão da influência do paradigma androcêntrico dominante. A libertação será promovida reconhecendo *outro*, a alteridade, e admitindo a existência do paradigma androcêntrico dominante.

3. A HERANÇA HETEROSSEXISTA (ANDROCENTRISMO) COLONIAL E A HOMOFOBIA

O pensamento cristão trazido pelos portugueses e espanhóis para a América Latina não se configurou como um efeito positivo para os habitantes nativos destas terras que, muito antes da chegada dos europeus, já praticavam uma variedade de ritos e costumes próprios com respeito à sexualidade.

Durante o período colonial, os ensinamentos introduzidos pela Igreja Católica contribuíram para condenar as práticas eróticas aborígenes entre pessoas do mesmo sexo, e acabaram por demonizar o que hoje se denomina homoerotismo (GRIMMES, 2005), ou seja, a conduta erótica voltada para indivíduos de mesmo sexo. Estes mesmos ensinamentos vieram aliados à cultura ibérica repleta de machismo sobre as questões de gênero e sexualidade.

O heterossexismo² é um termo relativamente recente e que designa um pensamento segundo o qual todas as pessoas são heterossexuais até prova em contrário.

Um indivíduo ou grupo classificado por heterossexista não reconhece a possibilidade de existência da homossexualidade ou mesmo da bissexualidade. Tais comportamentos são ignorados ou por se acreditar que são um *desvio* de algum padrão, ou pelo receio de gerar polêmicas ao abordar determinados assuntos em relação à sexualidade.

A expressão heterossexismo não é muito familiar, pois somente há pouco tempo é que vem sendo utilizada, juntamente com *sexismo* e *racismo*, para destacar uma forma de opressão e exclusão que suplanta os direitos de indivíduos homossexuais. Heterossexismo é o termo que descreve uma atitude mental que primeiro cria uma categoria para, em seguida, injustamente, rotular como inferior todo um conjunto de cidadãos (MORAES, 2020).

Quando seres humanos dizem que algo é *natural*, em oposição a um comportamento *adquirido* através de um processo de aprendizagem, geralmente querem dizer que não é possível desafiá-lo nem mudá-lo e que seria até mesmo perigoso tentar fazê-lo. No passado, dominava a idéia de que os homens eram *naturalmente* melhores nas ciências e no desporto e líderes natos, mas as mulheres tiveram a oportunidade de desafiar estas idéias e de mostrar o homem e a mulher numa perspectiva completamente diferente. Este desafio foi facilmente perpetuado assim que se começou a evidenciar que os homens são empurrados para posições de vantagem por uma sociedade que está estruturada para beneficiá-los, um processo (a opressão das mulheres) mais tarde denominado de sexismo.

O heterossexismo está institucionalizado nas nossas leis, órgãos de comunicação social, religiões e línguas. Tentativas de impor a heterossexualidade como superior ou como única forma de sexualidade são uma violação dos direitos humanos, tal como o racismo e o sexismo, e devem ser desafiadas com igual determinação.

Por consequência, testemunha-se na sociedade heterossexista o perigo da homofobia, caracterizada pelo medo e o resultante desprezo pelos homossexuais que alguns indivíduos sentem. O termo é utilizado para descrever uma repulsa face às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo, um ódio generalizado aos homossexuais e todos os aspectos do preconceito heterossexista e da discriminação anti-homossexual.

4. HETEROSSEXISMO, HOMOFOBIA E O PARADIGMA ANDROCÊNTRICOVIGENTE NO UNIVERSO JURÍDICO BRASILEIRO

Sempre foi papel da Justiça preencher lacunas no ordenamento jurídico positivo com a finalidade de resolver questões novas ainda não tuteladas pela lei. Eis a grande função criadora da jurisprudência. O juiz não pode deixar de apresentar uma resposta às controvérsias submetidas a julgamento, alegando falta de previsão legislativa. Tendo como uma das funções a de colmatar as lacunas do sistema legal, o juiz também acaba forçando o Legislativo a normatizar o fato através da edição de leis. Entretanto, os novos paradigmas devem ser vistos dentro de um contexto atual, atendendo ao momento que a sociedade está vivenciando, ou seja, sob uma perspectiva social e realista.

Além disso, desde os bancos acadêmicos dos cursos de Direito até as últimas instâncias da Justiça, testemunhamos a presença da homofobia, velada ou explícita entre alguns operadores do Direito.

Entretanto, muitos estudantes e operadores do Direito se encontram vitimados pela presença nociva do heterossexismo e da homofobia, transmitidos através do paradigma androcêntrico vigente herdado da cultura de massa brasileira, construída

sobre bases ibéricas. O machismo de nossos ancestrais se difundiu de maneira avassaladora sobre a cultura brasileira, subjugando mulheres e homossexuais que sofrem sob a crueldade do paradigma *macho man*.

Neste sentido, embasamos esta afirmativa com o pensamento de Jurandir Freire Costa, psicanalista e pesquisador, em ensaio intitulado *O referente da identidade homossexual*:

A invenção dos homossexuais e heterossexuais foi uma conseqüência inevitável das exigências feitas à mulher e ao homem pela sociedade burguesa européia. (...) Mas quando pensamos em sexo, quase nunca imaginamos que o "sexo" da divisão sexual originária só veio a existir no século XIX. No modelo médico do one-sex model¹⁹, o sexo referia-se exclusivamente aos órgãos do aparelho reprodutor. Não era algo invasivo, que perpassava e determinava o caráter, amores, sentimentos e sofrimentos morais dos indivíduos. Este sexo absoluto, onipotente e onipresente só tornou-se teórico-culturalmente obrigatório a partir do momento em que se criou a noção da bi-sexualidade originária. Com ela, surgiu a necessidade imperativa de definir 'um novo sexo' com uma natureza, norma, desvios, finalidades, características, etc. (...) Desde o séc. XIX, então, o sexo ocupará o lugar da perfeição metafísica do corpo neoplatônico. Mas com outro referente. No lugar das formas essenciais, será posto o 'instinto sexual', mais uma das formidáveis criações ideológicas do século XIX. (...) A imperfeição, o desvio, a anormalidade, a doença, a patologia ou a perversão do instinto sexual serão buscadas na noção de degeneração. Finalmente, o que definirá a "norma do instinto" e o "desvio degenerado" será a "lei da evolução". Com o evolucionismo, o instinto sexual e a degeneração, a ciência médica estava teoricamente armada para justificar a moderna moral sexual burguesa. A homossexualidade será, inicialmente, definida como uma perversão do instinto sexual causada pela degenerescência de seus portadores e, depois, como um atraso evolutivo ou retardamento psíquico, manifestos no funcionamento mental feminino do homem. Historicamente, junto com as histéricas, o invertido vai ser o filho bastardo da mulher-mãe e do homem-pai e o irmão patológico dos trânsfugas e viciosos da nova ordem médica familiar: velhos senis e indecentes; solteiros dissipados; crianças masturbadoras; criminosos natos; sífilíticos irresponsáveis; prostitutas masculinizadas; alcoólicos; homicidas; loucos etc. A grande família dos degenerados instintivos estava

fabricada e dela herdamos boa parte de nossas crenças sexuais civilizadas". (COSTA, 1996, pp. 86 e 87)

O heterossexismo machista, também chamado de androcentrismo, é uma herança dos descobridores, a qual suplantou a alma feminina dos aborígenes e primeiros habitantes das novas terras.

Lagarde (1996) afirma, quanto a esta questão:

A homofobia encontra sua expressão claríssima quando nos horroriza a homossexualidade e cremos que esta é uma enfermidade ou perversão, e por isso a desqualificamos, submetemos as pessoas ao ridículo e a vergonha, as discriminamos e as agredimos. Somos pessoas homofóbicas até quando fazemos piadas inocentes e nos afastamos de maneira estereotipada das pessoas e de sua condição. Somos sexistas homofóbicos ou lesbofóbicos sobretudo, quando nos erigimos em inquisidores sexuais e castigamos, hostilizamos e prejudicamos as pessoas por sua homossexualidade. (LAGARDE, 1996, pp.106 e ss.)

Eis que o heterossexismo machista (ou androcentrismo) e a homofobia povoam o universo dos juristas. Esparsas obras que tratam dos direitos dos homossexuais são produzidas, quiçá analisadas por editoras jurídicas. Os termos *homossexual* e *homossexualidade* parecem provocar certa aversão em muitos juristas brasileiros, como se fossem uma doença contagiosa e um mal cujo nome não deve ser pronunciado. São poucos os textos e pesquisas produzidos, muitos deles de caráter mais condenatório da prática homossexual, principalmente no que tange à união afetiva entre pessoas de mesmo sexo, por exemplo.

Herança cultural e, por si só, herança do paradigma androcêntrico vigente, o androcentrismo e a homofobia não deveriam prevalecer tão fortemente nos espaços ocupados pelos nossos juristas em pleno século XXI, quando se acreditava que uma ética da libertação estaria sendo implantada e caminhando a passos largos com o advento da pós-modernidade.

A falta de lei não mais pode servir de justificativa para negar direitos, mas deve ser fundamento para assegurar direitos, atendendo-se à natureza do ser humano, cuja dignidade e integridade precisam ser cada vez mais preservadas dentro dos princípios constitucionais asseguradores da liberdade e da igualdade.

Não é mais possível conviver com a intolerância, com a exclusão social, devendo o juiz atentar na sua missão maior, que é de respeitar a dignidade do ser humano. Não mais pode se escudar em sua toga no ato de julgar. É preciso tirar a venda da Justiça, esquecer o aforismo de que o juiz é um homem só. Não, o juiz é um ser social, que deve julgar dentro da realidade em que vive.

Necessário que o Poder Judiciário, cuja função é fazer cumprir a Constituição Federal, não olvide o que está assegurado já em seu preâmbulo: o exercício dos direitos sociais individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

5. A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DUSSELIANA E O PARADIGMA ANDROCÊNTRICO VIGENTE

Muitos dos comportamentos sociais são guiados pela influência do meio vivido e/ou por instintos inatos do corpo humano, tais como o consumismo, os padrões de beleza, os horários das refeições etc. Entretanto, tal situação leva a uma automação da vida humana ou uma espécie de *robotização*. Isso conduz o ser humano à escolha de opções dentro dos padrões ou modelos propostos pela sociedade.

Desde que a sociologia existe, tem-se focalizado a pressão do grupo sobre a opinião individual e os múltiplos conformismos que surgem nas sociedades. A maioria dos homens tende antes de tudo a *harmonizar-se* com os seus semelhantes; raramente ousarão perturbar a concordância reinante em torno deles, ao emitir idéia contrária à idéia geral. Decorre desse fato que inúmeras opiniões não passam, na realidade, de uma soma de conformismo, e se mantêm apenas por ter o indivíduo a impressão de que a sua opinião é a esposada unanimemente por todos no seu meio.

Existe um paradigma androcêntrico dominante no meio jurídico que impede muitos estudantes e operadores do Direito de vislumbrarem a homossexualidade sem preconceitos. Mergulhado neste modelo heterossexista machista e homofóbico, o universo jurídico brasileiro caminha a passos lentos na direção dos ideais de Justiça distributiva que se esperade um Estado Democrático de Direito, em nosso caso, a saber, com relação aos direitos dos homossexuais.

Seja nas faculdades, nos escritórios, promotorias, fóruns e tribunais, é possível testemunhar a presença da influência paradigmática do androcentrismo dominante na forte tendência cultural machista em ridicularizar e hostilizar indivíduos homossexuais. Uma atitude pouco louvável se recordarmos que aqueles que zombam são os que se comprometeram (ou irão se comprometer, no caso dos estudantes) com a materialização da justiça.

Verificando-se a presença e a influência deste modelo androcêntrico no meio jurídico, principalmente nas faculdades de Direito, observa-se a preocupação de se oferecer uma resposta condizente à problemática apresentada. Evidencia-se a necessidade de uma antítese ao paradigma vigente, a qual se apresenta na forma de um novo paradigma, no caso, a alteridade por meio da analéctica proposta por Dussel. Uma ação contra o paradigma vigente (tese) na busca de um novo paradigma, uma nova síntese.

A partir de uma ética da libertação é que se libertarão os operadores do Direito dos grilhões do paradigma e, por consequência, os próprios excluídos, no caso, os homossexuais. A libertação não será meramente ideal, mas real. Através de uma ética do discurso, do face-a-face entre o excluído e o grupo dominado pelo paradigma androcêntrico é que se observará a libertação da homossexualidade da sombra deste modelo androcêntrico vigente.

Não é por acaso que vai se buscar em Dussel o novo paradigma como instrumento libertador do paradigma vigente. Dussel é um crítico da filosofia clássica europeia, sendo que deste continente se originou o heterossexismo que hoje povoa a América Latina. O fato é que, ao pensar seu continente sob o prisma da filosofia clássica, percebeu a presença de elementos opressores nos fundamentos desta filosofia, elementos estes que impossibilitavam uma identidade entre ela e o continente latino-americano. A necessidade de uma nova filosofia, com características latino-americanas, provém da falta de identidade entre a América Latina e a filosofia clássica.

Partindo da condição de opressão dos povos latinos, Dussel aponta como contraditória a estes povos uma filosofia centrada num sujeito, em um só ser que é o único possibilitado a possibilitar os outros (entes) (DUSSEL, 1976, p. 30). É contra a totalidade necessária à unidade do ser ontológico que o filósofo argentino argumenta, em busca de um pensamento não-opressor.

Dentro da perspectiva do sentido do ser-no-mundo, do ser heideggeriano – que é expressão do ser segundo a filosofia europeia – não há lugar para outro ser, para um sujeito a mais (DUSSEL, 1976, p. 50). O *outro*, ao relacionar-se com o ser ontológico é objetivado, isto é, torna-se objeto do sentido do ser, potencial objeto do conhecimento do ser, mas sempre objeto de um ser.

Em seu pensamento, Dussel já afirma, categoricamente, que “como totalidade espacial, o mundo sempre situa o eu, o homem ou o sujeito como centro; a partir de tal centro se organizam espacialmente os entes desde os mais próximos e com maior sentido até os mais distantes e com menor sentido” (DUSSEL, 1976, p. 30). Utilizando esta mesma terminologia, vale ressaltar que há um ser: os demais são entes.

Dussel propõe a analética como forma de libertação do oprimido. A passagem da totalidade a um novo momento de si mesma é sempre dia-lética. A verdadeira dialética parte do diálogo do outro e não do *pensador solitário consigo mesmo*. A verdadeira dialética tem um ponto de apoio ana-lético (é um movimento ana-dia-lético); enquanto a falsa, a dominadora e imoral dialética é simplesmente um movimento conquistador: dialético.

O filósofo fala na crise do sistema ontológico por conta de sua negatividade quanto a presença de mais-que-um ser dentro de sua totalidade: através da dialética, tudo deveria se reduzir a ôntica, a entes, cuja dedução é possível a partir do ser, mas o rosto ôntico do outro não é passível de dedução. Esta impossibilidade, segundo Dussel, constitui um quarto momento do movimento que agora é ana-dia-lético, ao ponto que exige a substituição da ontologia diante de sua incapacidade de atender a continuidade natural deste movimento.

Eis aí uma possibilidade de se caminhar para além da totalidade vigente, onde é possível ver o *rosto do outro*, mas não se pode reduzi-lo a um ser ontológico. Dussel afirma que, empunhando (e superando) as críticas europeias a Hegel e Heidegger e, escutando a palavra pro-vocante do outro, que é o latino-americano oprimido na totalidade, pode nascer a filosofia latino-americana que será, analogicamente, africana e asiática.

Dussel nos fala com maior profundidade a cerca deste *rosto* que emerge diante da totalidade:

O oprimido, o torturado, o que vê ser destruída sua carne sofredora, todos eles simplesmente gritam, clamando por justiça:

– Tenho fome! Não me mates! Tem compaixão de mim! – é o que exclamam esses infelizes.

[...] Estamos na presença do escravo que nasceu escravo e que nem sabe que é uma pessoa. Ele simplesmente grita. O grito – enquanto ruído, rugido, clamor, protopalavra ainda não articulada, interpretada de acordo com o seu sentido apenas por quem “tem ouvidos para ouvir” – indica simplesmente que alguém está sofrendo e que do íntimo de sua dor nos lança um grito, um pranto, uma súplica. É a “interpelação primitiva” (DUSSEL, 1995, p. 19.)

O *outro* é um ser vivo próximo de nós, que pode ser um sujeito de direitos fundamentais, como a criança faminta, o índio explorado, o idoso esquecido, o negro

marginalizado, o homossexual discriminado. O *outro* é um ser vivo que está ao nosso lado. Dussel refere-se “à mulher camponesa e proletária que suporta o uxoricídio. À juventude do mundo inteiro que se rebela contra o filicídio. Aos anciãos sepultados vivos nos asilos pela sociedade de consumo”. (DUSSEL, 1976, p. 05)

O *outro* grita porque se encontra à margem da sociedade (totalidade) e por ser agredido quando tratado como não-ser.

Eis que o *outro* irrompe diante da totalidade e encontra aí a possibilidade de liberdade. Este *outro* não é uma coisa (ente), pois possui um rosto e possui a palavra, o poder de gritar, que acaba por incomodar provocando. Aceitando essa pro-vocação é que a totalidade chega até o *outro*.

A ética dominante impõe padrões para o comportamento pessoal e social que negam, à maioria das pessoas, a realização de sua liberdade, seja dificultando o desabrochar de sua condição feminina, negra, indígena, infantil e, no presente estudo, homossexual.

A totalidade dominante, aquela que impõe a sua hegemonia, é o paradigma androcêntrico a ser contraposto. Eis que a comunidade das vítimas, irrompendo diante da totalidade, não como coisa, mas como um rosto lança seu grito de liberdade. Do pensamento racionalista de Descartes (Eu penso) se evolui para uma filosofia do discurso (Eu falo e existo).

O discurso que Dussel pretende é a proximidade. Esta é uma categoria do face-a-face: entre filho(a) e mãe na amamentação; homem e mulher no relacionamento amoroso; ombro-a-ombro dos irmãos. Nestas categorias exemplifica-se a proximidade, a essência do homem, sua plenitude. Neste relacionamento, o outro sempre precisa ser respeitado como outro, distinto, diferente.

6.A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DUSSELIANA E O FACE-A-FACE

Este face-a-face é uma das categorias mais importantes do pensamento de Dussel. Isto significa a proximidade, sem mediação, o aceitar o *outro* como *outro*, expor-se frente a frente com o *outro* numa relação de autenticidade. O face-a-face é o encontro de uma *totalidade aberta* e da alteridade que se revela. São dois pólos abertos em comunicação um com o outro. Este *outro* permanece sendo distinto, diferente, não passível de compreensão pela totalidade dominante por meio dos juízos prévios desta, mas sim uma compreensão que se realiza por meio da observação atenta ao *mundo* do *outro*, sem pré-julgamentos. Não se pode negar a realidade empírica da existência da

“comunidade das vítimas” (os excluídos) e sua negação, uma realidade do efeito perverso da ordem mundial vigente (FONSECA, 2004,p. 312).

Para Rodrigo da Cunha Pereira, “um dos principais critérios de expropriação da cidadania sempre foi o de desconsiderar o „diferente”. Em outras palavras, aquilo que não conheço, não domino ou não faz parte do meu universo é mais cômodo ignorar ou repelir, pois assim não estarei ameaçado” (PEREIRA, 2001, p. 108).

Uma vez que foram excluídas, as vítimas se reconhecem como sujeitos éticos, como *outro* enquanto *outro* que foi negado pelo sistema dominante.

Trata-se de um processo comunitário praticado pela própria vítima enquanto comunidade excluída por um sistema opressor, do sujeito histórico-social, do próprio povo oprimido excluído.

O oprimido toma consciência da exclusão da qual é vítima e, imediatamente, percebe a extensão de sua injustiça. É o início do processo de conscientização onde a vítima deixa de acreditar na boa vontade ou na beatitude do sistema vigente, o qual deixa de ser uma esperança para se transformar numa realidade nua e crua. O excluído se torna um cético do sistema que acreditava ser sua esperança para uma vida melhor, observando-o a partir de então como um sistema sem qualquer legitimidade. O sistema perde seu valor e surge a possibilidade de um novo consenso: vislumbrar a necessidade positiva de uma nova validade, onde Dussel diz que “a comunidade, a intersubjetividade crítica das vítimas começa a imaginar a utopia. É uma imaginação transcendental ao sistema: se o “atual” não permite que se viva, é preciso imaginar um mundo onde seja possível viver.” (DUSSEL, 2000, p. 476)

As vítimas, então, passam a imaginar novos procedimentos para a transformação de seu momento. Buscar um consenso na criação de novas formas alternativas de democracia embasadas numa nova validade, uma nova democracia-crítica, não uma mera negação da democracia vigente, mas uma nova democracia. Este novo momento é o espaço ideal para o nascimento de movimentos sociais e de uma nova consciência crítica. A comunidade das vítimas é a mesma que une a vítima ao carrasco. Mas este é que o ignora.

Estas transformações necessárias não podem, simplesmente, ser esperadas do sujeito excludente, uma vez que a sua tolerância não é positiva. Kaufmann alerta para o fato do excludente ver no excluído um sujeito que age em erro ou, seguindo o raciocínio deste trabalho dissertativo, o indivíduo heterossexual que cultiva a intolerância pelo homossexual enxerga neste alguém que se encontra fora do paradigma dominante. O *outro* age em erro, em contrariedade aos padrões, e o dominante procura enfraquece-lo e neutraliza-lo de maneira que sua forma de ser e agir seja anulada:

Se o erro do outro é uma contrariedade, um ilícito, um mal, então a tolerância não consiste na discussão respeitosa com ele, mas simplesmente num „deixar viver”, sempre na esperança de, através da prova quotidianamente produzida da sua própria força e superioridade, convencer o outro da sua impotência, levando-o a abandonar, sem luta, a sua posição e eliminando-o, assim, como inimigo (KAUFMANN, 2004, p. 488).

Kaufmann também ressalva que a totalidade tende a se manter fechada para o *outro*, pois este constitui uma ameaça aos padrões estabelecidos, devendo o grupo dominante lutar ao invés de tolerar: “O ideal é indubitavelmente a sociedade „fechada”, unida em torno de uma única crença, é a ortodoxia, e, pelo menos em princípio, a reação legítima contra a heresia não é a tolerância, mas a luta” (KAUFMANN, 2004, p. 488).

A tolerância sofre a resistência da maioria dominante, uma verdadeira tirania que procura salvaguardar as desigualdades entre os homens de forma que a minoria não seja incluída.

Além disso, quando se fala em tolerância não se deve confundi-la com aceitação, pois esta última não reflete o real sentido de tolerar, que é compreender o *outro* sem reservas. Aceitar nem sempre significa compreender o *outro*, mas sim um mero suportar. A mera aceitação é uma resignação, que segundo Kaufmann, não reconhece o *outro*: “da atitude de mera resignação resulta a típica arrogância do tolerante: é ele que está na posse da verdade, o outro está em erro, mas ele é generoso e suporta o outro” (KAUFMANN, 2004, p. 488).

A tolerância é um agir ativo e não somente um sofrer ou suportar passivo.

Nenhum indivíduo é detentor da verdade e tampouco deve ditar sua percepção de mundo como sendo a única aceitável e verdadeira. Tanto o indivíduo heterossexual quanto o indivíduo homossexual possuem histórias de vida e não é sua orientação sexual o fator diferenciador de ambos. A tolerância deve ser real entre os diferentes, porém iguais.

Na questão homossexual, o intolerante não aceita o diferente. É incapaz de assimilar a complexidade do mundo em que vive, pois não exercita a abertura para a pluralidade social. Não suporta aquilo que vai contra seu juízo previamente definido e o qual não tem a menor intenção de questionar, rever ou levar em consideração a opinião ou visão de outros. É Kaufmann quem, sabiamente, define o intolerante e sua recusa em rever seus conceitos enraizados:

Ele [o intolerante] recusa novas informações, na medida em que não as possa integrar no seu cicatrizado sistema. Ele, basicamente, não aprende para além disso. Ele erige, no meio do grande mundo aberto, o seu pequeno mundo fechado. Mas ele vê e sente que está excluído da diversidade e que não dispõe de mecanismo para lidar com o mundo complexo. Isso inquieta-o e torna-o inseguro. E por força desta insegurança e inquietude ele reage agressivamente: faz tudo para que os outros abandonem a sua posição, pois não a suporta e muito menos a pode assimilar (KAUFMANN, 2004, p. 504).

Diferentemente, o tolerante sempre está aberto ao novo. Naquilo que envolve a sexualidade, o tolerante vê no *outro* com orientação sexual diversa da sua uma outra forma de manifestação natural da expressão humana. Ao invés de se fechar num mundo impenetrável, o tolerante procura aprender e apreender com as diversas formas de expressão do ser humano, bem como ter consciência de que novas interpretações sobre o mundo são necessárias. Para o tolerante, estas interpretações se transformam juntamente com a sociedade, não sendo por isso terminantes e absolutas. E “ao assimilar a complexidade, torna mais humano o mundo que vivemos” (KAUFMANN, 2004, p. 504).

A capacidade de tolerar envolve inclusão, o consenso de que o *outro* existe e justamente por existir é que deve ser tolerado. Talvez não seja possível amá-lo, como preconizam os ensinamentos cristãos, mas é possível se comunicar com ele, saber ouvi-lo, aceita-lo sem condições e leva-lo em consideração como sujeito existente.

Kaufmann encerra sua obra com um imperativo categórico da tolerância: “age de tal modo, que as consequências da tua acção sejam concordantes com a máxima prevenção ou diminuição da miséria humana” (KAUFMANN, 2004, p. 509).

A tolerância liberta, pois o indivíduo que a exercita se livra dos grilhões que ele próprio forjou para si.

Tolerar, reconhecer e compreender o homossexual como integrante de uma comunidade que ainda não foi abraçada pela totalidade, eis o desafio dos indivíduos que não conseguem enxergar no diferente uma extensão de si mesmo por pertencerem à mesma espécie: a humana.

A alteridade, isto é, a capacidade de conviver com o diferente, de se lançar um olhar interior a partir das diferenças deve ser cada vez mais estimulada para que a homossexualidade perca seu estigma como algo nocivo. A alteridade significa que o *outro* é reconhecido também como sujeito de iguais direitos e, neste caso, o homossexual deve ser tutelado pelo Direito de maneira ampla e irrestrita.

Porém, esta alteridade deve vencer o paradigma vigente: o androcentrismo.

O novo paradigma emergente, que irrompe diante da totalidade, deve se manifestar através de políticas diferenciadas nas faculdades de Direito do país e mesmo junto aos diversos setores do Poder Judiciário. O androcentrismo dominante deve ser confrontado com a alteridade, isto é, levar até os acadêmicos dos cursos de Direito e dos operadores do Direito o *rostro* do homossexual excluído, com o fundamental propósito de promover o re- conhecimento do *outro* pelo *mesmo*, configurando a analética dusseliana.

É na noção do paradigma dominante que vamos buscar a construção do novo paradigma, promovendo a proximidade proposta por Dussel através de uma política diferenciada nos cursos de Direito e nos ambientes dos tribunais, promotorias de justiça, delegacias e onde mais quer que o Direito exista para ser exercido, respeitado e oferecido visando, principalmente, confrontar o novo paradigma com o heterossexismo machista dominante.

Uma alteração dos currículos acadêmicos que permita o face-a-face entre a totalidade (acadêmicos de Direito) e as vítimas (homossexuais) seria o primeiro passo para a construção do novo paradigma. Promover palestras, cursos de atualização, publicidade, congressos e pontos de encontro que promovam o face-a-face entre o *outro* e o *mesmo*. Eis que o *outro* irrompe diante da totalidade.

Por meio do contato com a legislação, a família, os órgãos estatais, mas principalmente por meio da educação é que se adquirem hábitos e conceitos. Para Durkheim, a escola é a mais importante e poderosa instituição capaz de preparar as crianças e jovens para a sociedade, impondo-lhes o comportamento mais correto e a visão da consciência coletiva. É na escola que as crianças aprendem que se deve negar a vontade pessoal e sacrificar-se em função do todo social; que terão uma função a cumprir na sociedade, e que para complementarem-se terão de se relacionar com os seus semelhantes. Ou seja, a escola deve internalizar a sociedade no indivíduo, impor-lhe padrões de conduta que o impeçam de seguir suas próprias tendências e regras que possam quebrar a coesão social. Cabe à escola, portanto, preparar as futuras gerações a seguir a moral social mais correta e aceita, sabendo que a sua transgressão e contestação implica em punições:

Toda a educação consiste num esforço contínuo para impor às crianças maneiras de ver, sentir e agir às quais elas não chegariam espontaneamente (...) a pressão de todos os instantes que sofre a criança é a própria pressão do meio social tendendo a moldá-la à sua imagem, pressão que tanto os pais quanto os mestres não são senão representantes e intermediários (DURKHEIM, 1983, p. 05).

Existe um senso comum totalizador mencionado por Martinez (2003), conforme sua obra Manual de Educação Jurídica:

[...] desde a criação dos primeiros cursos de Direito no território nacional e, quiçá, mesmo antes pela influência da escola coimbrã no modelo brasileiro, foi, aos poucos, cristalizando-se um paradigma, de maneira uniforme e regular, sobre a práxis acadêmica. Esse paradigma demonstra-se como um senso comum totalizador, que acarreta, conforme a análise das evidências descritas anteriormente (capítulo primeiro), nos dias atuais, maiores efeitos nocivos do que positivos no meio social. Esse quadro é agravado na questão do ensino jurídico brasileiro, em vista de sua participação na formação da ideologia liberal, construída de forma hegemônica, no Brasil, a partir do século XIX. Daí se afirmar a existência de um modelo cristalizado de ensino retro alimentador do status quo social dominante, cuja perpetuação, por quase dois séculos, permite constatar-se um conjunto uniforme e regular das práticas liberais deixadas. (MARTINEZ, 2003, p. 130).

Este senso comum totalizador, em nossa tese, é o chamado androcentrismo ou heterossexismo machista vigente, o paradigma vigente diante do qual deve se apresentar o novo paradigma emergente nascido do face-a-face entre o mesmo e o *outro*, na visão dusseliana.

Desta forma, pretende-se demonstrar que, através da implementação de novas políticas renovadoras dos cursos de Direito e dos diversos setores do Poder Judiciário, incluindo-se nos currículos acadêmicos disciplinas teóricas e práticas que promovam o encontro (face-a-face) entre a hegemonia heterossexista (acadêmicos de Direito) e a comunidade excluída (homossexuais), bem como o encontro *real* entre magistrados, promotores e demais operadores do Direito com as *vítimas* é que finalmente se dará a analética dusseliana onde o *outro* deixa de ser *coisa* para se tornar *alguém*.

Entretanto, nem todo o corpo acadêmico de estudantes de Direito, por exemplo, compõe a hegemonia heterossexista machista dominante, daí porque a necessidade de diferenciação entre os que configuram o paradigma androcêntrico vigente e aqueles que não pertencem ao denominado senso comum. Aqueles *libertos* da influência do paradigma dominante já se encontram sob a influência tímida do emergente paradigma libertador, uma vez que estes indivíduos já possuem as características primordiais para irromper diante do paradigma androcêntrico vigente: não-machismo, não-androcentrismo, não-excludente, não-opressor, não-discriminatório, não-homofóbico. É no novo paradigma emergente que se pretende buscar o amálgama capaz de se

contrapor ao paradigma androcêntrico dominante, uma vez que são inúmeros os estudantes do corpo acadêmico dos cursos de Direito que se encontram libertos da influência nociva do paradigma androcêntrico dominante.

Relembrando a alegoria da caverna platônica, os indivíduos que já se encontram influenciados pelo novo paradigma emergente são aqueles que se libertaram dos grilhões, abandonaram a caverna, conheceram a *verdade* e voltaram para libertar os que ainda se encontram presos na caverna (dominados pelo paradigma vigente).

A partir do pensamento de Enrique Dussel é que se reforçarão as bases do novo paradigma emergente, de forma que ocorra a analética possível: a proximidade, o face-a-face, o re-conhecimento do *outro* pela totalidade dominante.

Este re-conhecimento não somente formará novos operadores do Direito. Promoverá a renovação da natureza acadêmica e operacional, desconstruindo o modelo androcêntrico cunhado pelos descobridores e também o paradigma liberal herdado pelo ensino jurídico brasileiro.

Novos advogados, novos promotores, novos magistrados, novos operadores da Justiça. Não significando *novos* no sentido da conclusão de uma etapa emancipatória, como a conclusão de um curso ou etapas de um concurso. *Novo* no sentido de renovação, a construção de um novo modelo emancipatório das vítimas homossexuais excluídas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível observar a presença da homofobia, da aversão e discriminação por parte de inúmeros acadêmicos com relação à homossexualidade.

Esta aversão é caracterizada pela existência de um paradigma androcêntrico dominante trazido pelos descobridores europeus e ora presente no meio social, a saber, em nosso caso, nos cursos de Direito e entre os próprios operadores do Direito, bem como apontar meios para a construção de um novo paradigma baseado na filosofia e ética de Enrique Dussel que venha a construir um novo modelo de práxis libertadora dos homossexuais oprimidos.

É possível perceber a existência de um paradigma androcêntrico dominante presente no senso comum da cultura brasileira, herança da cultura européia trazida pelos descobridores, e que se implantou em todas as camadas sociais e culturais do povo brasileiro, a saber, em nosso estudo, nos cursos de Direito e que se estende ao Poder Judiciário.

Este mesmo paradigma se faz presente nos cursos jurídicos brasileiros através da homofobia, o que acaba por produzir operadores do Direito influenciados pelo androcentrismo vigente.

A presença nociva deste paradigma androcêntrico, nos moldes do estudo da ética da libertação de Enrique Dussel, produz profissionais influenciados pela hegemonia vigente – o sexismo, androcentrismo, heterossexualismo machista – que além de subjugar e desvalorizar o universo feminino, exclui os homossexuais do rol de titulares de direitos, ferindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

O paradigma androcêntrico vigente deverá ser substituído por um novo paradigma emergente, o qual deve ser instituído através de uma nova práxis político-cultural nos cursos de Direito e ambientes do Poder Judiciário, de maneira a garantir a formação de profissionais voltados para os verdadeiros ideais de justiça, livres de estigmas, preconceitos e pré-julgamentos.

Por meio da Ética da Libertação, proposta pelo filósofo Enrique Dussel, é que se construirá o novo paradigma emergente, que podemos batizar de novo paradigma libertador, pois o mesmo propõe uma ética latino-americana como forma de libertar o povo oprimido da dominação excludente vigente trazida pelos descobridores influenciados pelo pensamento clássico europeu.

O novo paradigma emergente já se encontra presente, ainda que de forma tímida, no ambiente dos cursos jurídicos brasileiros, através de docentes e discentes preocupados com a exclusão homossexual, mas que ainda são uma minoria diante da dominação promovida pelo paradigma vigente androcêntrico.

Por meio da Ética da Libertação, deverá se promover um face-a-face, um re-encontro *mesmo* com o *outro*, de forma que o novo paradigma libertador (antítese) seja o re- construtor de um novo paradigma onde o androcentrismo perderia seu poder dominador e sua hegemonia, libertando os homossexuais oprimidos e marginalizados.

Deve-se buscar alternativas políticas e sociais que visem promover a construção e afirmação do novo paradigma emergente dentro dos cursos de Direito e ambientes do Poder Judiciário, ora dominados pelo paradigma androcêntrico.

Despertar nos acadêmicos de Direito o senso crítico e também a própria consciência da existência deste paradigma é o primeiro passo dos docentes preocupados com a formação dos futuros profissionais. Somente através da educação e da conscientização é que se libertarão aqueles estudantes ainda cegos pelo véu da ignorância e pela trave do preconceito. Nosso Judiciário encontra-se atolado de

processos onde homossexuais exigem que seus direitos sejam respeitados e profissionais preconceituosos são, no mínimo, dispensáveis num país com tanta desigualdade social, mas principalmente, com alto número de casos de discriminação.

REFERÊNCIAS

COSTA, Jurandir. **A face e o verso: estudos sobre o homoerotismo II**. São Paulo: Escuta, 1995.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**. Piracicaba, SP: Loyola/UNIMEP, 1976.

_____. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

_____. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. 6ª edição, São Paulo, Nacional, 1983.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: _____. [Org.] **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GÖSSMANN, Elizabeth. **Dicionário de teologia feminista**. Trad. de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 1996.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LAGARDE, Marcela. Identidad de Género y Derechos Humanos. La construcción las humanas. *In*: STEIN, Laura Gúzman; OREAMUNO, Gilda Pacheco [Org.]. **Estudios Básicos de Derechos Humanos IV**. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Manual de educação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENCER, Collin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999

ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

SOPHIA DE MOURA LEITE:

Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduada no curso de Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.³⁸

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é, a partir de uma breve análise de alguns dos dispositivos do Código Tributário Nacional, fazer observações sobre os diferentes institutos da suspensão, da extinção e da exclusão do crédito tributário, buscando conceituá-los e distinguir seus momentos de análise. Far-se-á um levantamento doutrinário e jurisprudencial para que se alcance certas conclusões, de maneira a auxiliar o escopo do artigo.

PALAVRAS CHAVE: Crédito tributário – lançamento tributário – suspensão – extinção – exclusão.

INTRODUÇÃO

Conforme a teoria adotada pelo Código Tributário Nacional, havendo vínculo jurídico transitório decorrente de fato gerador entre sujeito ativo e sujeito passivo, do qual decorre dever de prestação em dinheiro, haverá, pois, crédito tributário. Esse decorre da própria obrigação tributária.

Passa-se, então, pela necessidade de se definir o *quantum* do tributo ou penalidade, o sujeito passivo, bem como eventuais prazos, para que a obrigação possa ser considerada exigível. É nessa perspectiva que surge o procedimento oficial denominado “lançamento tributário”, ato administrativo de natureza constitutiva.

Independentemente da modalidade de lançamento usada, seja de ofício, por declaração ou por homologação, certo é que restará, ao final do procedimento, constituído o crédito tributário. Depreende-se disso que a obrigação será, nessa fase, portanto, líquida, certa e exigível.

38 E-mail: sophiamleite@hotmail.com

No que concerne à exigibilidade desse crédito, ingressa-se no âmbito da suspensão. Já quanto à existência do mesmo, fala-se em extinção. Quando insere-se no aspecto relacionado à própria constituição do crédito, fala-se em exclusão.

O presente trabalho pretende distinguir tais hipóteses de modo a aclarar eventuais confusões conceituais e práticas relacionados aos institutos, consolidando o tema a partir de uma base precipuamente doutrinária.

1.Suspensão do crédito tributário

Depois de constituído o crédito tributário, o Código Tributário Nacional traz, em seu Capítulo III, hipóteses em que a possibilidade de cobranças por parte do fisco ficará suspensa.

Na prática, suspender a exigibilidade do crédito significa dizer que a cobrança do crédito tributário não poderá ocorrer, ou seja, paralisa-se a cobrança do crédito em qualquer fase que ela se encontre.

As causas de suspensão do crédito tributário não operam apenas nos casos em que o lançamento já foi efetuado. Assim, algumas causas suspensivas podem ser verificadas prévia ou posteriormente ao lançamento.

Geralmente, a causa suspensiva irá impedir a inscrição em dívida ativa. Entretanto, se essa causa for superveniente à inscrição, vai impedir o ajuizamento da execução fiscal. Porém, no caso de a execução já ter sido proposta, irá suspender a própria execução em si.

Além da paralisação da cobrança, também fica suspenso o prazo prescricional da Fazenda Pública. No entanto, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as causas de suspensão não alcançam o prazo decadencial, isto é, aquele prazo referente ao lançamento do tributo pelo Fisco. Vejamos a ementa acórdão que espelha o referido entendimento:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos. 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica

o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar. 4. Embargos de divergência providos. (STJ – EREsp: 572603 PR 2004/0121793-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 08/06/2005, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 05/09/2005)

A Fazenda tem então que efetuar o lançamento para não correr o risco de sofrer os efeitos da decadência, mas a cobrança ficará paralisada. Em outras palavras, se as causas de suspensão do crédito fossem impeditivas de lançamento, haveria o risco de o Fisco ver esvair o prazo para a constituição do crédito sem poder tomar qualquer providência, por estar legalmente impedido.

A jurisprudência do STJ entende, ainda, que em um caso excepcional, a Fazenda Pública não precisará efetuar o lançamento para prevenir a decadência. Isso se dá no caso de tributos lançados por homologação, em que a parte faz um depósito integral visando a suspensão da exigibilidade do crédito.

Nesse caso, o Tribunal Superior entende que o depósito faz às vezes do depósito antecipado, cabendo à Fazenda Pública homologar ou não o depósito que visa suspender como pagamento antecipado. Se a Fazenda Pública se mantiver inerte quanto ao aludido depósito, decorrido o prazo de cinco anos, ocorrerá a homologação tácita. Como consequência, a Fazenda não tem de efetuar o lançamento, já que ao final daquela ação, o vencedor, sujeito passivo ou ativo, levantará o depósito. Nesse caso, não há que se falar em lançamento para prevenir a decadência, pois tudo é feito no âmbito da própria ação.

Vejamos ementa de acórdão dispendo nesse sentido, *in verbis*.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DEPÓSITO JUDICIAL. LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso, porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação.

Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados. 2. Precedentes da Primeira Seção: EREsp 464.343/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.10.2007; EREsp 898.992/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.8.2007. 3. Embargos de divergência providos.(STJ - ERESP Nº 686.479 – RJ, 2007/0288408-5, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 27/08/2008, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 22/09/2008).

As modalidades de suspensão estão previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

No que toca às hipóteses de suspensão elencadas no dispositivo supramencionado, é certo que o STJ tem orientação no sentido de que se trata de rol taxativo. Em outras palavras, como decorrência da interpretação conjunta dos artigos 141³⁹

39 Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser

e 111, inc. I,⁴⁰ do CTN, somente nessas hipóteses é que o crédito poderá ser suspenso. Cabe comentar que o CTN somente dispõe expressamente acerca da moratória (art. 152 a 155⁴¹,

dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

40 Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

41 Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos:

I - o prazo de duração do favor;

II - as condições da concessão do favor em caráter individual;

III - sendo caso:

a) os tributos a que se aplica;

b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual;

c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual.

Art. 154. Salvo disposição de lei em contrário, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo.

Parágrafo único. A moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele.

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

CTN) e do parcelamento (art. 155-A⁴², CTN), uma vez que ambos são institutos de natureza material. As demais hipóteses de suspensão têm caráter processual.

Finaliza-se a análise do dispositivo com o parágrafo único, o qual reafirma uma ideia do próprio direito tributário, de maneira geral, de que o acessório não segue o principal. Dessa forma, mesmo que haja qualquer causa de suspensão, as obrigações acessórias deverão ser cumpridas.

2. Extinção do crédito tributário

Diferentemente do que se extrai da análise da suspensão do crédito tributário prevista no art. 151 do CTN, as causas de extinção, previstas no art. 156 do mesmo código, são alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à taxatividade ou não do dispositivo em tela. Veja-se:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

II - sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

42 Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.

Partindo-se da mesma forma interpretativa aplicada às causas suspensivas, o art. 141 permitiria apenas e tão somente que fosse o art. 156 interpretado como rol taxativo, e, no máximo, estendendo-se às hipóteses, outras causas presentes no próprio CTN.

O próprio Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da introdução do inc. XI no art. 156, dada pela EC 30/2000, acatou a possibilidade de a dação em pagamento com bens imóveis, repise-se, antes de tal hipótese ser sequer elencada no CTN, como forma de extinção do crédito tributário, com fundamento na ideia de que se o ente federativo, por lei, pode conceder uma remissão, que significa perdoar a dívida, e, portanto, abrir mão do direito de receber o crédito, não haveria razão para não aceitar como pagamento algo distinto de dinheiro.

Outro exemplo que já gerou discussão, mas hoje entende-se majoritariamente pela sua aceitação como hipótese de extinção é a confusão. Apesar de ser instituto do Direito Civil, previsto nos artigos 381 a 384 do Estatuto Civilístico, em que se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor, é certo que o mesmo tem aplicação em matéria tributária. Dessa maneira, se um indivíduo é, ao mesmo tempo, credor e devedor, extingue-se o crédito por confusão.

Entretanto, no que concerne ao instituto da novação, não se pode dizer o mesmo. A novação está prevista também no Código Civil, no art. 360, e caracteriza-se quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Ocorre que,

apesar de haver doutrina no sentido de que há aqui aproximação com o instituto do parcelamento tributário, deve-se também considerar que tal interpretação gera divergência com a matéria ora analisada, já que o parcelamento, como visto supra, é causa de suspensão do crédito tributário, e não de extinção.

A despeito do entendimento doutrinário dominante, o STF43 anuiu a possibilidade de novas formas de extinção, além daquelas previstas no rol do art. 156 do CTN.

43 EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: conseqüente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. II - Extinção do crédito tributário: moratória e transação: implausibilidade da alegação de ofensa dos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g, da CF, por não se tratar de favores fiscais. III - Independência e Separação dos Poderes: processo legislativo: iniciativa das leis: competência privativa do Chefe do Executivo. Plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de expressões e dispositivos da lei estadual questionada, de iniciativa parlamentar, que dispõem sobre criação, estruturação e atribuições de órgãos específicos da Administração Pública, criação de cargos e funções públicos e estabelecimento de rotinas e procedimentos administrativos, que são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, e), bem como dos que invadem competência privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 84, II). Conseqüente deferimento da suspensão cautelar da eficácia de expressões e dispositivos da lei questionada. IV - Participação dos Municípios na arrecadação de tributos estaduais. 1. IPVA - Interpretação conforme, sem redução de texto, para suspensão da eficácia da aplicação do § 3º do art. 114, introduzido na L. 6.537/73 pela L. 11.475/2000, com relação ao IPVA, tendo em vista que, ao dispor que "na data da efetivação do respectivo registro no órgão competente deverá ser creditado, à conta dos municípios, 25% do montante do crédito tributário extinto", interfere no sistema constitucional de repartição do produto da arrecadação do IPVA (50%). 2. Deferimento da suspensão cautelar do § 3º do art. 4º da L. 11.475/2000 ("Os títulos recebidos referentes às parcelas pertencentes aos municípios, previstas no inciso IV do art. 158 da Constituição Federal, serão convertidos em moeda, corrente nacional e repassados a esses, pela Secretaria da Fazenda, no dia do resgate dos certificados"), pois a norma deixa ao Estado a possibilidade de somente repassar aos Municípios os 25% do ICMS só quando do vencimento final do título, que eventualmente pode ter sido negociado. V - Precatório e cessão de crédito tributário: plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 100, da CF, pelos arts. 5º e seu parágrafo único e 6º, ambos da lei impugnada, que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos: deferimento da suspensão cautelar dos mencionados preceitos legais. VI - Licitação (CF, art. 37, XXI) - não ofende o dispositivo constitucional o art. 129 da L. 6.537/73 c/ a red. L. 11.475/00 - que autoriza a alienação dos bens objetos de dação por valor nunca inferior ao que foi recebido e prevê a aquisição de tais bens por município, mediante o pagamento em prestações a serem descontadas das quotas de participação do ICMS. VII - Demais dispositivos cuja suspensão cautelar foi indeferida. (ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a)

3. Exclusão do crédito tributário

São causas de exclusão do crédito tributário a isenção e a anistia, conforme dispõe o art. 175 do CTN.

Nesse caso, não chegará a ser sequer constituído o crédito, pois não há o lançamento desses tributos. Em outras palavras, excluir o crédito tributário significa impedir a sua constituição, isto é, não obstante a ocorrência do fato gerador e o conseqüente nascimento da obrigação tributária, não pode haver lançamento, não existindo, pois, obrigação de pagamento.

Segundo a doutrina de Ricardo Alexandre⁴⁴, "as cláusulas excludentes impedem a normal sucessão de fatos na linha do tempo do fenômeno jurídico tributário, pois o procedimento do lançamento, com o conseqüente nascimento do crédito tributário, é evitado".

Cabe diferenciar não só os institutos da isenção e anistia, como também fazê-lo quanto à remissão, já que aproximam-se quanto aos efeitos.

A remissão é causa de extinção do crédito, portanto, pressupõe-se que já houve um lançamento, e o crédito tributário já foi constituído. Assim, pode atingir tanto o tributo em si, como a penalidade, já houve a lavratura do auto de infração.

A isenção, por sua vez, é causa de exclusão que somente diz respeito ao tributo e, quanto ao momento, não houve ainda o lançamento. Já a anistia é causa de exclusão que se refere tão somente à penalidade, mas não foi feito, até então, a lavratura do auto de infração.

A dificuldade não está na natureza dos institutos haja vista que, conceitualmente, é clara a distinção entre eles. Entretanto, na prática, as leis que os mencionam não são técnicas, e constantemente confundem um e outro.

Vale ainda mencionar a distinção entre as espécies de isenção, quais sejam: gratuitas e onerosas.

A isenção gratuita decorre diretamente da norma, não exige o preenchimento de requisitos, sendo, pois, automática. Nessa perspectiva, não envolve requerimentos administrativos, pode ser revogada a qualquer tempo e não gera direito adquirido.

p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56)

44 ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Salvador, Ed. Juspodium, 11ª edição,, 2017, pg. 571.

Por seu turno, as isenções onerosas dependem do preenchimento de requisitos ou de uma contraprestação. São aquelas que não trazem apenas o bônus da dispensa legal de pagamento, mas também o ônus como condição para o seu gozo. Haverá um despacho administrativo concedendo a isenção, a qual não é discricionária, mas depende de requerimento para comprovar o preenchimento dos requisitos. Podem ser concedidas por prazo determinado, ou por prazo indeterminado.

Quando a isenção é onerosa, ou seja, condicionada, e por prazo determinado, não pode ser revogada a qualquer tempo por ato da administração. Somente poderá ser revogada por lei, desde que resguardado o direito adquirido. Nesse sentido, o art. 178 do CTN⁴⁵ e o Enunciado de Súmula 544 do STF⁴⁶.

A isenção onerosa, mas por prazo indeterminado, não gera direito adquirido, podendo lei posterior a revogar sem que o beneficiário alegue direito adquirido. Se equipara, para esse fim, à isenção gratuita.

Distingue-se também do desconto, o qual não é considerado benefício fiscal e não é matéria de reserva legal. Só há desconto quando houver antecipação do pagamento. Logo, a isenção parcial não se confunde com desconto, pois é exclusão do crédito, então não há sequer o lançamento. Se não for desconto, tem que estar previsto em lei, porque aí sim haverá isenção.

Diferentemente da anistia, o *caput* do art. 177⁴⁷ do CTN prevê expressamente “salvo disposição em contrário”, ao tratar da impossibilidade de isenção para tributos ainda não instituídos. Na prática, permite-se que a lei reguladora exclusivamente de isenções conceda a isenção de tributo futuro, em consonância com o art. 150, p. 6º da Constituição Federal⁴⁸. Por outro lado, para anistia, o entendimento majoritário é de que isso estimularia a desobediência civil.

45 Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

46 Súmula 544, STF - Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

47 Art. 177. Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva:

I - às taxas e às contribuições de melhoria;

II - aos tributos instituídos posteriormente à sua concessão.

48 Art. 150, § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima

CONCLUSÃO

Da análise de alguns dispositivos do Código Tributário Nacional, depreende-se que os institutos nele elencados como a suspensão, a extinção e a exclusão do crédito tributário tem naturezas e características bastante distintas.

A confusão permeia os incisos que elencam as suas hipóteses, sendo certo que, um breve estudo sobre o tema já permite a compreensão do escopo da lei em diferentes momentos do procedimento de formação ou cobrança do crédito tributário.

Evidencia-se, portanto, que melhor é acompanhar, no que toca as discussões jurisprudenciais e controversas quanto alguns temas abordados, para que haja atualização e não seja feita nenhuma má interpretação quanto a eventual nova hipótese de extinção, por exemplo, já que os institutos têm, de fato, raízes conceituais diferentes, apesar de abrirem campo para discussões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Salvador, Ed. Juspodium, 11ª edição, 2017.

PAULSEN, Leandro. Curso De Direito Tributário Completo, Ed. Saraiva, 9ª edição, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12/09/2023.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**, 1966. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12/09/2023.

Site do Supremo Tribunal Federal

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091370&base=baseAcordaos>

Site do Superior Tribunal de Justiça

<http://www.stj.jus.br/portal/consulta.do?base=acordao&tipoConsulta=buscaBuscaAcordao&tipoBusca=buscaAcordao&numeroAcordao=2005-06-08:572603-636195>

enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

TRATAMENTO DADO AO ROUBO E FURTO NA RESPONSABILIDADE CIVIL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

DOUGLAS DA COSTA MOREIRA:
Bacharel em Ciências Sociais e
Jurídicas⁴⁹

Resumo: A evolução da responsabilidade civil ampliou o espectro do dever de indenizar. A culpa, antes imposição necessária, deu lugar ao risco. Para se eximir da obrigação de reparar prejuízos, aqueles que têm sua responsabilidade fundada na teoria objetiva, devem recorrer às excludentes de responsabilidade: caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Ante a alta incidência de roubos e furtos na sociedade brasileira, é de fundamental importância o tratamento jurídico dado pelos tribunais a essa situação, na medida em que pode elevar os custos da atividade econômica ou restar danos sem correspondente reparação. No entanto, a jurisprudência tem sido vacilante no tema, atribuindo efeitos jurídicos semelhantes a questões iguais, o que pode impactar a livre iniciativa e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Teoria objetiva. Caso fortuito. Roubo. Furto. Segurança jurídica.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discutir os efeitos da prática de crimes praticados por terceiros na responsabilidade civil das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial aquelas que exploram atividade econômica com intuito lucrativo.

No atual estágio da responsabilidade civil, ainda que seja a exceção, a teoria objetiva está cada vez mais presente nas relações jurídicas. Diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, Lei 6.938/81 e o parágrafo único do art. 927 do Código Civil são exemplos nos quais o surgimento do dever de indenizar independe da demonstração de culpa do autor do dano. Nesse sentido, há uma maior probabilidade de imputação do ônus de reparar o prejuízo, já que, provadas a existência de conduta, dano e nexos causal, haverá o dever de indenizar.

Não obstante, o ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções, admite, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, que sejam arguidas hipóteses de exclusão de

⁴⁹ E-mail: douglascosta1300@hotmail.com

responsabilidade, tais como força maior, caso fortuito, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

É nesse contexto que ganha relevância o tratamento jurídico dado pelos tribunais superiores aos roubos e furtos, situações vivenciadas frequentemente pelos brasileiros. A depender do enquadramento da natureza jurídica definida, haverá grande impacto na sociedade: se entendidos como caso fortuito, subsistirá uma vasta quantidade de danos sem correspondente reparação. Por outro lado, caso se entenda que os fatos criminosos não afastam o dever de indenizar, onera-se o empreendedor que, obviamente, será compelido a integrar o risco no preço dos produtos ou serviços oferecidos.

2.DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como regra, a responsabilidade civil depende da demonstração de quatro requisitos: conduta, dano, nexo de causalidade e dolo ou culpa. Denomina-se responsabilidade subjetiva pela presença necessária desse último requisito.

Maria Helena Diniz⁵⁰, ao discorrer sobre os elementos da responsabilidade:

a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 389).

b) Ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão (RT, 481:88, 425:188, 508:90, 478:92 e 161, 470:241, 469:236, 455:237, 477:79, 457:189)⁵⁵. E, além disso, o dano moral é cumulável com o patrimonial (STJ, Súmula 37; BAASP, 1865:109).

⁵⁰ DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7, p.24. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 18 set. 2023.

c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente.

O dolo pode ser conceituado como a vontade livre e consciente de atingir o resultado. Já a culpa pode se desdobrar em imprudência, que é quando o indivíduo toma ação descuidada, que não deveria realizar, a imperícia, caracterizada pela falta de aptidão para desempenhar as atividades técnicas da profissão e a negligência como a ausência de precauções que a pessoa deveria tomar.

O Código Civil em vigor consagra a teoria subjetiva nos artigos 186 e 927, que dispõem que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, e que aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No entanto, as dificuldades de demonstrar o elemento subjetivo em determinados casos concretos, aliado a determinadas características peculiares do exercício de algumas atividades, fez surgir a responsabilidade objetiva, que dispensa a demonstração de dolo ou culpa. Cavalieri Filho⁵¹ aponta:

Aos poucos os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social, que vinha ocorrendo a partir da segunda metade do século XIX; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

De acordo com o citado jurista, o fundamento da responsabilidade objetiva é o risco, pois aquele que desenvolve atividades intrinsecamente perigosas deve reparar os prejuízos daí advindos, independentemente de ter agido com culpa ou dolo.

⁵¹ FILHO, Sergio C. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Grupo GEN, 2011, p.225. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 18 set. 2023.

No entanto, é imprescindível fazer uma distinção: a responsabilidade objetiva comum comporta causas excludentes de responsabilidade, enquanto a que é fundada no risco integral não a admite. Ou seja, adotada esta última, mesmo que o dano seja causado por culpa exclusiva da vítima, por exemplo, haveria o dever de indenizar. Essa teoria somente é adotada em situações ainda mais excepcionais, como na reparação de danos ambientais.

O foco do presente artigo será o enquadramento de roubos e furtos como aptos a excluir o nexo de causalidade. Portanto, não iremos adentrar nas nuances da responsabilidade integral.

3. TRATAMENTO JURÍDICO DOS ROUBOS E FURTOS COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

As hipóteses que podem gerar o afastamento do dever de indenizar na responsabilidade objetiva, por interromper o nexo causal, são: caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

Há doutrinadores que distinguem caso fortuito e força maior. No entanto, prevalece que não há uma separação rígida. Ademais, é irrelevante adentrar nessa celeuma, já que o Código Civil atribui o mesmo efeito a ambos e os conceitua como o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (Art. 393, parágrafo único).

A culpa exclusiva da vítima revela situação em que, aparentemente, há vínculo entre a conduta de uma pessoa e o dano, mas, na verdade, aquele que sofreu o prejuízo é o único responsável pela sua ocorrência. Exemplo clássico dado pela doutrina é a pessoa que se joga em frente a um automóvel com o objetivo de ceifar a própria vida.

No fato de terceiro, a atitude de outrem, sem relação com o suposto causador do dano, é o responsável pelo prejuízo, afastando o requisito essencial da conduta para caracterização do dever de indenizar.

Há uma grande incoerência na jurisprudência sobre o modo como devem ser classificados os crimes contra o patrimônio, especialmente roubo e furto, no contexto da responsabilidade civil.

As empresas de transporte coletivo e seus usuários, que tem responsabilidade objetiva com fundamento no art. 37, §6º, da CF, em razão de prestarem serviços públicos, são vítimas frequentes de roubos e furtos. Nos contratos de transporte, a obrigação de garantir segurança ao contratado recebe tratamento específico, em decorrência da existência da cláusula de incolumidade, que assegura a responsabilidade do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força

maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art. 734, *caput*, do CC/02).

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵²:

A segurança a que o transportador está obrigado compreende uma segurança também psicológica. Ou seja, naquilo que diga respeito à atividade de transporte desenvolvida, é dever do transportador não expor os passageiros a experiências traumáticas e impactantes.

Em que pese a força da cláusula de segurança nos contratos de transporte e a alta recorrência dos assaltos aos passageiros, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que eles caracterizam fortuito externo, não compreendidos no risco da atividade. Pode-se apontar, com certa precisão, que o tema está consolidado na jurisprudência do STJ, sem qualquer perspectiva de mudança a curto ou médio prazo. A seguir, colacionam-se julgados que ilustram a questão:

Nessas condições, a simples circunstância de serem comuns hoje, no Brasil, delitos de natureza semelhante à versada nesta causa não é o bastante para atribuir-se responsabilidade à transportadora, que não deu causa alguma ao fato lesivo, sabido que a segurança pública dos cidadãos se encontra afeta às providências do Estado. Em nosso país, com as tarifas cobradas dos usuários, em que não é incluso o prêmio relativo ao seguro, que seria a forma escorreita de proteger o passageiro contra atentados desse tipo, descabido é – a meu ver – transferir-se o ônus à empresa privada.⁵³

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ASSALTO NO INTERIOR DE TRANSPORTE COLETIVO - CASO FORTUITO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há responsabilidade da empresa de transporte coletivo em caso de assalto à mão armada dentro de ônibus, pois o evento é considerado caso fortuito ou força maior, excluindo-se, portanto, a

⁵² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; DE FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1236.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 435.865/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Data de julgamento: 9 out. de 2002, Segunda Seção. Data de publicação: 12 maio. 2003. Disponível em: Acesso em 15. set. 2023.

responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido⁵⁴.

Em outra situação, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que concessionária de rodovia não responde por roubo e sequestro ocorrido em suas dependências. Mais uma vez, a discussão central foi sobre os limites da segurança que a empresa deve fornecer aos usuários e dos riscos que deve assumir. Segue a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ROUBO E SEQUESTRO OCORRIDOS EM DEPENDÊNCIA DE SUPORTE AO USUÁRIO, MANTIDO PELA CONCESSIONÁRIA. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Ação ajuizada em 20/09/2011. Recurso especial interposto em 16/09/2016 e distribuído ao Gabinete em 04/04/2018.

2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (Serviço de Atendimento ao Usuário).

3. "A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado" (STF. RE 591874, Repercussão Geral).

4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexão com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público.

5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexão com as atividades desenvolvidas pela recorrente.

6. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.185.074/SP. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de julgamento: 24 fev. de 2015, Quarta Turma. Data de publicação: 03 mar. 2015. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178122382/agravo-regimental-no-recursospecial-agrg-no-resp-1185074-sp-2010-0044518-6/relatorio-e-voto-178122399> >. Acesso em 15 de set. 2023.

de nexos causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente.

7. Recurso especial provido⁵⁵.

A jurisprudência, ao analisar os casos acima e outros análogos, faz a distinção entre fortuito interno, que seria uma situação imprevisível, porém dentro do risco inerente ao negócio e que, portanto, deve ser suportado pelo empreendedor, e o fortuito externo, que seria uma hipótese capaz de romper o nexos causal em razão de ser totalmente estranho à atividade desenvolvida. O professor Márcio Cavalcante⁵⁶, ao comentar o julgado anterior, ensina que:

O fato de terceiro pode ou não romper o nexos de causalidade. Se aquele fato de terceiro está relacionado com a atividade desenvolvida pelo fornecedor (está dentro dos limites do risco assumido pela empresa), então, neste caso, não há rompimento do nexos de causalidade e o fornecedor do serviço deverá responder pelo dano. Considera-se aqui que houve um fortuito interno. Ex: um objeto solto na pista por determinado carro e que causa acidente a outro condutor que vem logo atrás. A concessionária da rodovia terá responsabilidade. Por outro lado, se o fato de terceiro é completamente estranho à atividade desenvolvida pelo fornecedor (não tem qualquer relação com o serviço por ele prestado), aí, nesta situação, há rompimento do nexos de causalidade e o fornecedor não responderá pelo dano. É o que se chama de fortuito externo. Ex: uma bala perdida que atinge passageiro que está trafegando na rodovia.

As razões que levaram à tese fixada pela jurisprudência nos julgados anteriores podem ser resumidas, de forma simplificada, no seguinte raciocínio: O dever de reprimir crimes compete ao Estado. Não há como se exigir que pessoas jurídicas de direito privado mantenham uma estrutura robusta com o objetivo de evitar a ocorrência de tais fatos, pois não se trata de risco inerente ao negócio. De fato, de maneira genérica, nem mesmo o Estado responde por roubos. Somente de maneira excepcional, se comprovado, no caso concreto, uma omissão específica do ente federativo, é que poderá o particular exigir o

⁵⁵ REsp 1.749.941-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018

⁵⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Concessionária de rodovia não responde civilmente por roubo e sequestro. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3487596cf54cb393afddaa965714ab1f>>. Acesso em: 19/09/2023

ressarcimento por ter sido vítima de um crime contra o patrimônio, pois o Estado não é segurador universal.

Não há, a princípio, nenhuma deficiência grave na fundamentação jurídica desenvolvida pela Corte Cidadã nos casos acima. A adoção da responsabilidade objetiva com base na teoria do risco não implica assunção de todos os danos que possam advir da exploração da atividade, pois não se adota a teoria do risco integral, que alarga a responsabilidade de forma demasiada. Dada a crise de segurança pública vivida pelo Brasil nos dias atuais, caso se entendesse que as empresas são responsáveis por ressarcir os prejuízos advindos de roubos e furtos contra seus usuários, haveria um desestímulo à iniciativa privada e, provavelmente, os custos com essa indenização seriam repartidos entre os demais usuários.

Por outro lado, a atual orientação jurisprudencial acarreta em inúmeras situações de prejuízo sem correspondente reparação. Em que pese a previsibilidade, em determinadas searas econômicas, como nos transportes coletivos, de crimes contra o patrimônio, a irresponsabilidade das empresas alimenta uma situação de comodismo, na medida em que as principais vítimas são os usuários do serviço, já que o uso do dinheiro em espécie tem diminuído de maneira substancial no pagamento de serviços e produtos.

Vislumbra-se, portanto, que as duas orientações são guarnecidas de bons argumentos. No entanto, a jurisprudência tem dado tratamento desigual a casos semelhantes. Há alguns julgados imputando o dever de empresas de ressarcir o prejuízo ocorridos em razão de crimes contra o patrimônio praticado por terceiros.

No REsp 2031816-RJ⁵⁷, de relatoria da. Ministra Nancy Andrighi, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

Quando o consumidor, com a finalidade de ingressar no estacionamento de shopping center, tem de reduzir a velocidade ou até mesmo parar seu veículo e se submeter à cancela - barreira física imposta pelo fornecedor e em seu benefício - incide a proteção consumerista, ainda que o consumidor não tenha ultrapassado referido obstáculo e mesmo que este esteja localizado na via pública. Nessa hipótese, o consumidor se encontra, de fato, na área de prestação do serviço oferecido pelo estabelecimento comercial. Por conseguinte, também nessa área incidem os deveres inerentes às

⁵⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O shopping center e a empresa administradora do estacionamento são responsáveis por indenizar o consumidor vítima de roubo à mão armada ocorrido na cancela para ingresso no estacionamento, ainda em via pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b55796d2dc2cb0c9aff4cf90d42f5887>> . Acesso em: 19/09/2023

relações consumeristas e ao fornecimento de segurança indispensável que se espera dos estacionamentos de shopping centers.

No caso concreto analisado, tratava-se de indivíduos munidos de armas de fogo, em situação na qual a grave ameaça ou violência, com a intenção de subtrair bens móveis alheios, ocorreu em área limítrofe do estabelecimento comercial. Ora, o que diferencia o shopping center, as empresas de transporte coletivo e as concessionárias de rodovias no que tange à obrigação de prestar segurança aos seus usuários? Todas as três têm como atividade principal serviços não vinculados à segurança patrimonial. Não há fator de discriminação que justifique tratamento diferenciado. Se a pessoa jurídica que presta o serviço público de transporte coletivo ou de rodovia não responde por assaltos e furtos em razão de isso ser irrazoável, pois não se pode exigir delas que contratem profissionais armados - argumento invocado em diversos julgados - é forçoso concluir que igual raciocínio deveria ser aplicado aos shopping centers.

Em outro julgado recente, no REsp 1450434-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/09/2018, a quarta turma do STJ decidiu que empresa de *fast-food* que oferece o serviço de drive-thru, na qual os usuários podem adquirir seus lanches sem sair do automóvel, tem o dever de indenizar os clientes pelos danos ocorridos em razão de roubo. De acordo com a Corte Cidadã:

Inicialmente cumpre salientar que a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de drive-thru aos seus clientes, acabou atraindo para si a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento donexo causal. Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança. Nesse contexto, a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como shoppings e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súmula n. 130 do STJ). O enunciado da súmula tem a seguinte redação: "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão

da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade drive-thru, a rede de restaurantes buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de fast food, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo drive-thru ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências.

A seguinte tabela trazida pelo professor Márcio André explicita ainda mais a incoerência no tratamento jurídico dado pelos tribunais superiores aos furtos e roubos na responsabilidade civil⁵⁸:

Situação	Há responsabilidade?	Julgado
Passageiro roubado no interior do transporte coletivo (exs.: ônibus, trem etc.).	Não	Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo (AgRg no Ag 1389181/SP, DJe

⁵⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O shopping center e a empresa administradora do estacionamento são responsáveis por indenizar o consumidor vítima de roubo à mão armada ocorrido na cancela para ingresso no estacionamento, ainda em via pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b55796d2dc2cb0c9aff4cf90d42f5887>> . Acesso em: 19/09/2023

		29/06/2012).
<p>Cliente roubado no posto de gasolina enquanto abastecia seu veículo.</p>	<p>Não</p>	<p>Tratando-se de postos de combustíveis, a ocorrência de roubo praticado contra clientes não pode ser enquadrado, em regra, como um evento que esteja no rol de responsabilidades do empresário para com os clientes, sendo essa situação um exemplo de caso fortuito externo, ensejando-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade (REsp 1243970/SE, DJe 10/05/2012).</p>
<p>Roubo ocorrido em veículo sob a guarda de vallet parking que fica localizado em via pública.</p>	<p>Não</p>	<p>No serviço de manobrista em via pública não existe exploração de estacionamento cercado com grades, mas simples comodidade posta à disposição do cliente. Logo, as exigências de garantia da segurança física e patrimonial do consumidor são menos contundentes do que aquelas atinentes aos estacionamentos de shopping centers e hipermercados (REsp</p>

		1.321.739-SP, DJe 10/09/2013).
Furto ocorrido em veículo sob a guarda de vallet parking que fica localizado em via pública.	Sim	Nas hipóteses de furto, em que não há violência, permanece a responsabilidade, pois o serviço prestado mostrou-se defeituoso, por não apresentar a segurança legitimamente esperada pelo consumidor
Furto ou roubo ocorrido em veículo sob a guarda de vallet parking localizado dentro do shopping center.	Sim	ocorrência de roubo não constitui causa excludente de responsabilidade civil nos casos em que a garantia de segurança física e patrimonial do consumidor é inerente ao serviço prestado pelo estabelecimento comercial.
Tentativa de roubo ocorrida na cancela do estacionamento do shopping center.	Sim	A ocorrência de roubo não constitui causa excludente de responsabilidade civil nos casos em que a garantia de segurança física e patrimonial do consumidor é inerente ao serviço prestado pelo estabelecimento comercial (REsp

		1269691/PB, DJe 05/03/2014).
Roubo ocorrido na cancela para ingresso no estacionamento do shopping center, ainda em via pública.	Sim	O shopping center e a empresa administradora do estacionamento são responsáveis por indenizar o consumidor vítima de roubo à mão armada ocorrido na cancela para ingresso no estacionamento, ainda em via pública (REsp 2.031.816-RJ, DJe 16/03/2023).
Roubo ocorrido em estacionamento externo e gratuito de lanchonete.	Não	Constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior), de forma que não se aplica a Súmula 130 do STJ.
Roubo ocorrido no drive-thru da lanchonete	Sim	A lanchonete, ao disponibilizar o serviço de drive-thru em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito de lealdade e segurança.

		STJ. 4ª Turma. REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/09/2018 (Info 637).
Roubo ocorrido em estacionamento público localizado em frente à supermercado	Não	Constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior), de forma que não se aplica a Súmula 130 do STJ.

Elemento essencial de promoção à livre iniciativa privada é a previsibilidade das relações jurídicas. Embora o risco seja inerente à atividade econômica, é dever do Estado concretizar, tanto quanto seja possível, o princípio da segurança jurídica, de maneira que os agentes privados possam antever os seus custos e elaborar o seu planejamento. A falta de uniformidade da caracterização dos roubos e furtos enquanto fortuito interno ou externo, demonstrada anteriormente, prejudica a isonomia que deve prevalecer entre os diferentes atores privados.

Com exceção das empresas cujo objeto social é a proteção do patrimônio, não se identifica fator discriminatório relevante para conferir tratamento distintivo à responsabilidade de empresas que prestam serviços ou ofertam produtos quanto ao dever de indenizar prejuízos oriundos de roubos e furtos. É imprescindível a estabilização de jurisprudência nesse sentido, a fim de que empreendedores possam embutir, ou não, nos riscos do negócio, o dever de reparar danos em decorrência de crimes contra o patrimônio praticados por terceiros.

4.CONCLUSÃO

O nascimento da teoria da responsabilidade objetiva ocorreu à medida em que, com a evolução do capitalismo, avolumaram-se as situações de risco. Sob pena de ficarem

desamparadas pessoas que sofreram danos consideráveis, foi necessário dispensar o elemento subjetivo, que, muitas vezes, era de difícil demonstração.

No entanto, a regra ainda é, no ordenamento jurídico brasileiro, que risco não é integral, ou seja, comporta hipóteses excludentes de responsabilidade. Nesse contexto, ante a grave crise de segurança pública que atravessa o Estado brasileiro, a classificação jurídica adotada pela jurisprudência para os crimes contra o patrimônio, no âmbito da responsabilidade civil, é de grande importância.

Como vimos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem oscilado em diversos momentos sobre imputar ou não às sociedades empresárias o risco consubstanciado nos roubos e furtos. A tese mais adotada, no sentido de que o dever de prestar segurança dos fornecedores não compreende evitar crimes, ainda que alicerçada em sólidos fundamentos jurídicos, é simplesmente desconsiderada em outras hipóteses, a depender da atividade econômica explorada pelo empresário.

Se os alicerces da irresponsabilidade empresarial são a desproporcionalidade de exigir que detenham verdadeiro “exército” a impedir a prática de crimes contra seus clientes, pois este risco não é inerente ao negócio, não há coerência em imputar esse dever a uma pessoa jurídica que comercializa lanches e excluir quanto àquela que presta o serviço público de transporte coletivo.

Nos casos tratados no presente artigo, o objeto social das empresas eram: concessão de rodovia, transporte coletivo rodoviário, venda de lanches rápidos, shopping center, comercialização de combustíveis, estacionamento de supermercados. É perceptível que não há, nas atividades desempenhadas, nenhuma peculiaridade concreta que justifique tratamento diferenciado, pois o dever de segurança não constitui a prestação principal.

A fim de resguardar a consistência sistêmica do Direito, além de proporcionar segurança jurídica aos empreendedores, é imprescindível a uniformização da jurisprudência concernente à responsabilidade civil no trato dos crimes contra o patrimônio.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7, p.24. São Paulo]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 18 set. 2023.

FILHO, Sergio C. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo:: Grupo GEN, 2011, p.225. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; DE FARIAS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1236.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 435.865/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Data de julgamento: 9 out. de 2002, Segunda Seção. Data de publicação: 12 maio. 2003. Disponível em:. Acesso em 15. set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.185.074/SP. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de julgamento: 24 fev. de 2015, Quarta Turma. Data de publicação: 03 mar. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178122382/agravo-regimental-no-recursospecial-agrg-no-resp-1185074-sp-2010-0044518-6/relatorio-e-voto-178122399>>. Acesso em 15 de set. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Concessionária de rodovia não responde civilmente por roubo e sequestro. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3487596cf54cb393afddaa965714ab1f>>. Acesso em: 19/09/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O shopping center e a empresa administradora do estacionamento são responsáveis por indenizar o consumidor vítima de roubo à mão armada ocorrido na cancela para ingresso no estacionamento, ainda em via pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b55796d2dc2cb0c9aff4cf90d42f5887>>. Acesso em: 19/09/2023

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

O JULGAMENTO DA TESE DA REVISÃO DA VIDA TODA E A EXPECTATIVA DOS APOSENTADOS

DESIRÉE EVANGELISTA: Advogada previdenciária e trabalhista. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho 59

RESUMO: Este texto faz uma breve análise sobre o status do julgamento da tese da revisão da vida toda no Supremo Tribunal Federal (STF) e a repercussão em meio aos aposentados brasileiros. Far-se-á uma explanação acerca das últimas notícias divulgadas na imprensa.

Palavras-chave: INSS. STF. Lei 8.213/1991.

ABSTRACT: This text makes a brief analysis of the status of the judgment of the whole life review thesis in the Federal Supreme Court (STF) and the repercussion among Brazilian retirees. There will be an explanation about the latest decisions published in the press.

Keywords: INSS. STF. Law 8.213/1991.

Introdução

O debate do presente texto tem por objetivo elucidar a chamada tese “Revisão da Vida Toda” e qual a repercussão perante os aposentados e pensionistas brasileiros diante das últimas notícias acerca do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF).

A pesquisa será desenvolvida com base na Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Lei 8.213 de 1991 que regula a Previdência Social e a metodologia a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica e terá por base as decisões do STF sobre o caso.

1.A tese da Revisão da Vida Toda

A tese da revisão da vida toda proclama que o segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876/99, que dispõe sobre contribuição previdenciária do contribuinte individual e cálculo do benefício, e antes da vigência das novas regras constitucionais, trazidas pela EC 103/2019, a chamada reforma da previdência, tem o direito de optar pela regra definitiva, caso seja mais favorável, conforme a decisão do STF.

59 E-mail: desireeevangelistasilva@gmail.com

Ou seja, os indivíduos poderão recalculas suas aposentadorias e pensões, com a inclusão na composição da média salarial as contribuições vertidas antes de julho de 1994. Isso se deve ao fato de uma mudança na legislação ocorrida em 1999, que determinou que os pagamentos antes do Plano Real (1994) não poderiam ser considerados para segurados que já contribuía para a previdência à época.

Importa salientar que, só poderão ser revisados os benefícios concedidos até a Reforma da Previdência (EC 103/2019) e que o cálculo está sujeito ao instituto da decadência.

Para muitos segurados, a tese revisional é vantajosa pois aumenta a Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios, em função das contribuições vertidas antes do ano de 1994, que por muitas vezes eram de alto valor.

O cálculo em questão não gera revisão da RMI a maior em todos os benefícios previdenciários, por isso, é necessária uma análise profunda e detalhada por um especialista na área.

2.Trâmite no Supremo Tribunal Federal

Por um placar de seis votos a cinco, os ministros dos STF confirmaram a tese da revisão da vida toda, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.276.977 finalizado em 01 de dezembro de 2022.

Em 05 de maio de 2023, o INSS opôs embargos de declaração contra a decisão do STF, sob a alegação a tese tem efeitos sobre outras normas já estabelecidas e que houve suposta omissão quanto aos prazos de decadência e prescrição, além da omissão em relação a aplicação prática da tese.

Assim, o ministro Alexandre de Moraes, suspendeu todos os processos que versem sobre o julgamento, em 28 de julho de 2023, até a data da publicação da ata de julgamento dos embargos da autarquia.

Em 11 de agosto de 2023, o então ministro Alexandre de Moraes decidiu acolher em parte os embargos do INSS e modular os efeitos da decisão que julgou constitucional da revisão da vida toda.

Tal decisão defende basicamente dois pontos: (1) os benefícios extintos, aqueles que foram abolidos ao longo dos anos e agora não tem mais aplicação, não podem ser revistos. (2) a proibição da revisão retroativa a parcelas já pagas ou quitadas por força de decisão judicial em que já houve o trânsito em julgado, ou seja, as correções das parcelas devem ser feitas a partir de 1º de dezembro de 2022, quando foi declarada a constitucionalidade da tese.

Agora, se espera o voto dos outros ministros. Cabe salientar que, quando a Corte concluir o julgamento, não há mais possibilidade de recursos no processo e a decisão vencedora transitará em julgado.

3. Expectativa dos aposentados brasileiros sobre o julgamento

A trama do julgamento da Revisão da Vida Toda pode ter desfecho brevemente, isto porque, aguarda-se a decisão definitiva sobre a tese ainda este mês. A análise do recurso da autarquia tem previsão de acontecer entre 11 e 21 de agosto e os aposentados e advogados previdenciaristas estão esperançosos com a manutenção da revisão.

Mais do que um aumento no valor das aposentadorias, a revisão da vida toda se mostra como um episódio de justiça perante milhares de contribuintes que foram prejudicados em decorrência de mudanças na legislação. O Supremo, hodierno, pode fazer história e acalantar o coração de inúmeros aposentados e pensionistas, com a manutenção da tese.

4. Pedido de vista pelo ministro Cristiano Zanin

O ministro do Supremo, Cristiano Zanin, pediu vista no caso que se discute a revisão da vida toda, o que significa que o julgamento foi interrompido para que o ministro analise a revisão de forma mais profunda.

O pedido de vista nos autos implica na suspensão do processo, o então ministro tem o prazo de 90 (noventa) dias para devolver o processo e vencido o período se prossegue automaticamente o julgamento.

A sessão em plenário virtual tinha previsão para término até o dia 21 de agosto de 2023, porém, irá se estender para melhor estudo de caso pelo ministro Zanin. O pedido de vista foi realizado dia 15 de agosto de 2023.

Considerações Finais

O mês de agosto de 2023 pode marcar o fim de um longo caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal e INSS, e por profissionais do direito e aposentados. Se espera com animosidade o julgamento de umas das teses mais famosas do direito previdenciário, a revisão da vida toda.

Conforme descrito anteriormente, a regra pode beneficiar milhares de aposentados brasileiros, que contribuíram antes de 1994 em altos valores e que não tiveram o cômputo de tais contribuições no cálculo das aposentadorias concedidas.

Por enquanto, todos os processos em âmbito nacional estão suspensos, por determinação do STF e enquanto isso, os brasileiros aguardam com esperança pelo desprovimento do recurso do INSS e em consequência, pelo julgamento procedente da demanda.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Lei de Benefícios e Serviços Previdenciários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 15 ago. 2023.

MAIA, Flávia. STF decide que aposentados têm direito à revisão da vida toda. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-decide-que-aposentados-tem-direito-a-revisao-da-vida-toda-01122022>. Acesso em 15 ago. 2023.

MOURA, Kalleo. Revisão da vida toda do INSS: Alexandre de Moraes vota para modular efeitos. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/revisao-da-vida-toda-do-inss-alexandre-de-moraes-vota-para-modular-efeitos-11082023>. Acesso em 14 ago. 2023.

LAICIDADE E DIVERSIDADE: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE INCLUSIVA NO BRASIL E A GARANTIA DOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+

ROMUALDO FLÁVIO DROPA:
doutor pela Universidade Estadual
de Ponta Grossa – UEPG – Paraná.
Advogado e professor
universitário⁶⁰

Resumo: este artigo examina a relação intrincada entre a laicidade e os direitos fundamentais no contexto brasileiro, explorando desde suas raízes históricas até os desafios contemporâneos. A trajetória da laicidade desde os primórdios da colonização, marcada pela influência da Igreja Católica e sua interseção com o poder político, estabeleceu um cenário no qual a separação entre religião e Estado tornou-se essencial. A Constituição de 1891 é destacada como um marco relevante nesse processo, consolidando a separação entre Igreja e Estado e garantindo liberdade religiosa e neutralidade estatal. No século XXI, a coexistência harmoniosa entre a diversidade religiosa e a laicidade enfrenta novos desafios. A presença de grupos religiosos e não religiosos diversificados demanda uma laicidade que seja um espaço neutro, acolhendo todas as crenças e respeitando as não crenças. O respeito à laicidade é fundamental para a promoção dos direitos fundamentais, especialmente em relação à população LGBTQIAPN+. A laicidade atua como guardião da igualdade e não discriminação, protegendo a dignidade e os direitos dessa população. Conflitos entre crenças religiosas e direitos individuais revelam a importância de abordagens sensíveis e equitativas na busca por soluções harmoniosas. Em conclusão, este artigo demonstrou como a laicidade e os direitos fundamentais são elementos cruciais na construção de uma sociedade inclusiva e justa. Através de uma análise que abrange história, evolução constitucional, desafios contemporâneos e proteção de direitos específicos, a laicidade emerge como um alicerce que sustenta a diversidade cultural, religiosa e social do Brasil.

Palavras-chave: Laicidade, Direitos Fundamentais, Diversidade Religiosa, Igualdade; direitos lgbtqiapn+

Abstract: this article examines the intricate relationship between secularism and fundamental rights in the Brazilian context, exploring from its historical roots to contemporary challenges. The trajectory of secularism since the early days of colonization, marked by the influence of the Catholic Church and its intersection with political power, established a scenario in which the separation between religion and state became essential.

⁶⁰ E-mail: dropa69@gmail.com

The 1891 Constitution is highlighted as a significant milestone in this process, solidifying the separation between Church and State and ensuring religious freedom and state neutrality. In the 21st century, the harmonious coexistence between religious diversity and secularism faces new challenges. The presence of diverse religious and non-religious groups demands a secularism that serves as a neutral space, embracing all beliefs and respecting non-beliefs. Respect for secularism is fundamental to the promotion of fundamental rights, especially concerning the LGBTQIAPN+ population. Secularism acts as a guardian of equality and non-discrimination, protecting the dignity and rights of this population. Conflicts between religious beliefs and individual rights highlight the importance of sensitive and equitable approaches in seeking harmonious solutions. In conclusion, this article demonstrated how secularism and fundamental rights are crucial elements in the construction of an inclusive and just society. Through an analysis that spans history, constitutional evolution, contemporary challenges, and the protection of specific rights, secularism emerges as a foundation that supports Brazil's cultural, religious, and social diversity.

Keywords: Secularism, Fundamental Rights, Religious Diversity, Equality, LGBTQIAPN+ Rights.

INTRODUÇÃO

A laicidade e os direitos fundamentais desempenham papéis fundamentais na configuração da sociedade contemporânea, permeando a relação entre Estado, cidadãos e instituições religiosas. No contexto do Brasil, uma nação diversificada em termos de crenças, valores e identidades, a compreensão e aplicação desses princípios se tornam ainda mais relevantes. Este artigo busca explorar a intrincada intersecção entre a laicidade e os direitos fundamentais, analisando como esses elementos se entrelaçam para promover uma sociedade justa, inclusiva e respeitosa.

A contextualização da laicidade no Brasil, abordada na primeira seção, traça uma linha histórica desde os primórdios da colonização até a consagração constitucional da laicidade. A evolução desse princípio é fundamental para compreender sua manifestação nas esferas política, social e jurídica do país. A partir dessa base histórica, podemos examinar como a laicidade é moldada e aplicada nas relações entre o Estado e as diferentes expressões religiosas presentes na sociedade brasileira.

A importância dos direitos fundamentais amplia nosso olhar para os pilares essenciais que sustentam uma sociedade democrática e igualitária. A análise das proteções asseguradas pela Constituição de 1988 nos permite compreender a extensão dos direitos individuais e coletivos que devem ser preservados em um ambiente laico. A interpretação e aplicação desses direitos em meio a uma sociedade pluralista e multifacetada apresentam

desafios complexos, muitos dos quais envolvem confrontos entre crenças religiosas e valores democráticos.

Já no item 2, buscamos abordar os desafios que surgem quando esses direitos se chocam com crenças religiosas profundamente arraigadas. Analisamos como a sociedade e o sistema jurídico abordam a delicada interação entre essas esferas, buscando equilibrar garantias individuais com convicções religiosas.

No item 3, direcionamos nossa atenção à população LGBTQIAPN+, investigando suas conquistas progressivas em termos de direitos fundamentais. Nesse sentido, examinamos em detalhes o movimento ascendente em busca da igualdade e não discriminação, com uma ênfase especial nas conquistas alcançadas e nas áreas que demandam contínuos avanços. Buscamos explorar dentro deste panorama o reconhecimento e as conquistas dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+. Detalhamos algumas decisões jurídicas que levaram a mudanças transformadoras, examinando como essas vitórias contribuíram para o reconhecimento de direitos da diversidade.

Por fim, no item 4, citamos os desafios atuais e futuros ligados à preservação da laicidade em um ambiente em constante evolução. Concentramos nossa atenção particularmente em casos recentes que envolvem a interseção entre a laicidade e os direitos fundamentais no contexto brasileiro. Através de uma análise, ainda que breve, da jurisprudência, buscamos extrair *insights* sobre como as decisões judiciais têm moldado a relação entre a laicidade e a proteção dos direitos individuais.

Assim, este estudo proporciona uma retrospectiva das complexas interações entre a laicidade, os direitos fundamentais e a salvaguarda dos direitos da população LGBTQIAPN+, oferecendo uma compreensão abrangente sobre como essas conexões influenciam o panorama legal e social no Brasil.

Em síntese, este artigo busca lançar luz sobre a interação dinâmica entre a laicidade e os direitos fundamentais no Brasil contemporâneo. O objetivo final é contribuir para uma compreensão mais profunda da laicidade como um pilar que sustenta uma sociedade diversificada e democrática, onde a igualdade, a liberdade e a dignidade de todos os cidadãos são primordiais.

1. A LAICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

1.1. Conceito de laicidade e sua evolução histórica

A laicidade, enquanto princípio basilar das relações entre o Estado e as instituições religiosas, é um alicerce essencial no ordenamento jurídico brasileiro. Sua concepção deriva

da garantia da autonomia das esferas civil e religiosa, estabelecendo uma separação que garante a neutralidade estatal em questões religiosas. A evolução histórica desse conceito remonta a momentos cruciais na história nacional, marcada pela transição de um Estado confessional para um Estado laico, o que proporcionou uma maior autonomia aos indivíduos em suas crenças e liberdades religiosas.

Ao explorar as origens da laicidade no Brasil, vislumbramos sua conexão com a colonização. A influência da Igreja Católica na era colonial estabeleceu um cenário onde a religião se entrelaçava com o poder político. Sob essa ótica, Sérgio Buarque de Holanda observa que o catolicismo permeou profundamente a estrutura social e as relações de poder durante esse período (HOLANDA, 1936). A falta de distinção entre o poder eclesiástico e o civil incitou a necessidade de delinear uma linha divisória clara entre religião e Estado.

A história da laicidade no Brasil também tem suas raízes na promulgação da Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu o catolicismo como religião oficial do Estado. Entretanto, fundamentalmente, a trajetória evolutiva da laicidade no Brasil encontra seu marco mais significativo na Constituição de 1891. Em consonância com essa perspectiva, Fábio Konder Comparato argumenta que a separação entre a Igreja e o Estado consagrou-se como um pilar da nova república, culminando na garantia da liberdade religiosa e na neutralidade estatal em questões confessionais (COMPARATO, 2007). A Carta Magna de 1988, por sua vez, reafirma a laicidade ao estabelecer a vedação de estabelecimento de religião oficial e a garantia de liberdade de crença.

No século XXI, os desafios da manutenção da laicidade se ampliam em um cenário multicultural. O aumento da diversidade religiosa e a presença de grupos não religiosos são abordados por Leonardo Boff em "A Águia e a Galinha". Ele destaca como a laicidade deve ser entendida como um espaço neutro, que acolhe todas as expressões religiosas e não religiosas. A laicidade não é um obstáculo à religiosidade, mas uma garantia para a convivência pacífica entre diferentes crenças (BOFF, 1981).

O país passou por um processo de mudança ao longo do tempo, culminando na promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que marcou a consolidação da laicidade. Essa Carta Magna não apenas reconheceu a liberdade religiosa, mas também instituiu o Estado laico, garantindo o direito dos cidadãos à livre expressão de suas convicções e crenças, alinhando-se aos princípios democráticos e aos direitos fundamentais.

Para elucidar essa transformação, é relevante mencionar autores como Paulo Bonavides, ilustre constitucionalista brasileiro, que enfatiza a laicidade como um dos pilares da ordem constitucional, garantindo a todos os cidadãos o direito de professar a religião de sua escolha, ou mesmo optar por nenhuma religião (BONAVIDES, 2019). A análise de Afonso Arinos de Mello Franco, em sua obra sobre os aspectos históricos, proporciona um

entendimento mais profundo das implicações da Constituição de 1824 no contexto da laicidade (ARINOS, 1979 apud BONAVIDES, 2019).

Nesse contexto de evolução histórica, a laicidade não apenas visa a garantir a liberdade religiosa, mas também a proteger os direitos humanos e a promover a coexistência harmoniosa das diferentes manifestações de fé na esfera pública. Como enfatiza Robert Alexy, é preciso compreender a laicidade como um "princípio de equidistância", no qual o Estado não favorece nem prejudica nenhuma crença, garantindo a igualdade e a neutralidade na interação com as instituições religiosas (ALEXY, 2006).

A evolução conceitual da laicidade também está intrinsecamente ligada à busca por um ambiente inclusivo para todas as correntes religiosas e filosóficas. Nas palavras de Flávia Piovesan, renomada jurista, a laicidade efetiva-se quando há "o reconhecimento da diversidade cultural, religiosa e filosófica em um espaço democrático, com o respeito mútuo e a coexistência pacífica" (PIOVESAN, 2018, p. 72). Esse cenário reafirma a importância da laicidade como alicerçadora da cidadania plena em uma sociedade diversificada.

Em meio a essa evolução histórica, a laicidade não somente se consolidou como um princípio constitucional, mas também se refletiu em desafios e tensionamentos na esfera jurídica. A interface entre a liberdade religiosa e outros direitos fundamentais é um campo de análise fundamental. Conflitos que emergem quando crenças religiosas colidem com princípios de igualdade e não-discriminação merecem atenção especial.

Nesse contexto, a jurisprudência desempenha um papel crucial na delimitação dos limites e alcances da laicidade. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem sido chamado a analisar questões delicadas envolvendo a interação entre direitos fundamentais e liberdade religiosa. O voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que tratou da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, ressalta a necessidade de preservar a laicidade e o espaço de decisão individual, dissociando a esfera religiosa da esfera pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018).

Vale ressaltar que a laicidade não é um princípio isolado, mas parte de um conjunto de valores fundamentais. A análise de Robert Cover destaca que a laicidade se entrelaça com o princípio da igualdade perante a lei, formando uma trama que protege a dignidade humana e promove a justiça (COVER, 1986, p. 1673). Dessa forma, a laicidade não apenas resguarda a liberdade religiosa, mas também fortalece a proteção dos direitos individuais e coletivos em uma sociedade plural.

Por fim, compreender a laicidade como um instrumento de harmonização e respeito mútuo é crucial para a manutenção de uma sociedade inclusiva e democrática. A atuação do Estado, pautada pelo respeito às crenças individuais e à diversidade, reforça o compromisso com o Estado democrático de direito. Como enfatiza Jürgen Habermas, "a laicidade deve ser entendida como uma atitude de respeito e abertura, que permite aos cidadãos debater questões públicas e buscar soluções justas com base em argumentos acessíveis a todos, independentemente de suas convicções religiosas" (HABERMAS, 2007, p. 67).

Em um contexto cada vez mais plural e diversificado, a laicidade assume um papel crucial na promoção da coexistência pacífica e na salvaguarda dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. A separação entre Estado e religião não apenas garante a liberdade de crença, mas também impede que uma determinada visão religiosa predomine sobre outras na esfera pública. Esse equilíbrio é fundamental para preservar a integridade das instituições estatais e garantir que todas as vozes tenham espaço para serem ouvidas.

Além disso, a laicidade também desempenha um papel crucial na proteção da minoria e na prevenção de discriminação. A neutralidade do Estado em questões religiosas é essencial para assegurar que todos os cidadãos sejam tratados de maneira igualitária, independentemente de sua filiação religiosa. A interseção entre a laicidade e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ ilustra essa importância, uma vez que a garantia de igualdade e não-discriminação é fundamental para assegurar que todos tenham a mesma oportunidade de participar plenamente da vida pública.

No entanto, é crucial reconhecer que a manutenção da laicidade não é um processo automático. É um esforço contínuo que exige vigilância constante e engajamento ativo por parte das instituições e da sociedade civil. A influência de grupos religiosos nas decisões políticas e legislativas, por exemplo, pode representar um desafio à laicidade e à garantia dos direitos fundamentais. Portanto, é necessário um compromisso coletivo em preservar e fortalecer a laicidade como um pilar fundamental do Estado de direito.

O avanço tecnológico e as mudanças sociais trazem à tona novos dilemas e questionamentos que também demandam uma análise cuidadosa à luz da laicidade. A proteção da liberdade de expressão, por exemplo, em um ambiente digital onde as opiniões religiosas podem colidir, requer uma abordagem sensível que leve em consideração tanto a liberdade individual quanto a manutenção do espaço público neutro e inclusivo.

Em conclusão, a laicidade se revela como um pilar essencial na estrutura do Estado brasileiro, proporcionando o terreno fértil para a promoção dos direitos fundamentais e a garantia da pluralidade de crenças. Seu papel transcende a mera separação entre religião e Estado, abraçando a ideia de uma sociedade na qual todas as convicções possam coexistir

de maneira respeitosa e harmoniosa. A evolução histórica, desde os primórdios da Constituição Imperial de 1824 até a Carta Magna de 1988, demonstra um movimento constante em direção a um espaço público que valoriza a autonomia do indivíduo em suas crenças, ao mesmo tempo em que protege os princípios democráticos e os direitos humanos.

Nesse cenário, a intersecção entre a laicidade e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ exemplifica a relevância da laicidade como um mecanismo de garantia da igualdade e não-discriminação. À medida que a sociedade avança na compreensão da diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, a laicidade emerge como um farol que guia o caminho para uma sociedade mais justa e inclusiva, na qual todas as pessoas podem desfrutar dos mesmos direitos e oportunidades.

Entretanto, é crucial permanecer vigilante e atento aos desafios que podem surgir em relação à laicidade no contexto contemporâneo. Como lembra Judith Butler, "a laicidade exige não apenas a neutralidade do Estado, mas também a proteção dos direitos dos indivíduos em relação à sua orientação sexual e identidade de gênero" (BUTLER, 2018). Portanto, o constante diálogo entre o Estado, as instituições religiosas e a sociedade civil é fundamental para garantir que a laicidade permaneça robusta e eficaz na proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

À medida que olhamos para o futuro, é imperativo manter o compromisso com a laicidade como um princípio inabalável que sustenta a ordem democrática e assegura a liberdade e a dignidade de cada indivíduo. A preservação da laicidade é um esforço coletivo, uma responsabilidade compartilhada por todos os membros da sociedade, para que as gerações futuras possam herdar uma nação onde a diversidade de crenças floresça em um ambiente de respeito mútuo e convivência harmoniosa.

1.2 A laicidade na Constituição Brasileira de 1988

A consolidação da laicidade como princípio fundamental nas relações entre o Estado e as instituições religiosas encontra seu ápice na Constituição Brasileira de 1988. Esta Carta Magna, fruto de intensos debates e da aspiração democrática após décadas de regime autoritário, instituiu uma estrutura jurídica que reflete os valores da sociedade pluralista e democrática, onde a laicidade desempenha um papel central.

O artigo 19, inciso I, da Constituição Brasileira estabelece com clareza a vedação de estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas como entidades estatais. Esse dispositivo traduz a intenção do legislador constituinte em afastar a influência direta da religião na esfera pública, assegurando a autonomia e neutralidade do Estado em assuntos religiosos. Nesse sentido, o ministro Sepúlveda Pertence afirmou que "a laicidade impede que o

Estado acolha em seu seio uma única concepção religiosa, excluindo todas as demais" (STF, ADPF 130, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, 2009).

A Constituição também garante a liberdade de crença e de manifestação religiosa a todos os cidadãos, assegurando que nenhuma convicção religiosa seja privilegiada ou discriminada. O princípio da igualdade perante a lei (artigo 5º, caput) é inseparável da laicidade, impedindo que a legislação ou as políticas públicas sejam influenciadas por uma visão religiosa particular. A laicidade, portanto, não apenas protege as religiões minoritárias, mas também fortalece a coexistência pacífica e a garantia de direitos a todos os cidadãos, independente de suas crenças.

A própria estrutura do Estado, como estabelecida na Constituição, reflete a laicidade. A separação dos poderes, a independência do Judiciário e a autonomia dos órgãos legislativos e executivos são fundamentais para a garantia da laicidade, evitando que a influência religiosa prejudique a tomada de decisões políticas e jurídicas. O respeito à diversidade de convicções religiosas é uma premissa para a manutenção da ordem constitucional, conforme destacado pelo ministro Ayres Britto em seu voto na ADPF 130 (STF, ADPF 130, voto do Ministro Ayres Britto, 2009).

A laicidade, portanto, está entrelaçada com a própria estrutura normativa da Constituição de 1988 e permeia todas as suas disposições, garantindo uma base sólida para a convivência democrática e a proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade pluralista.

A laicidade na Constituição Brasileira de 1988 não é apenas um princípio isolado, mas também se conecta com outros valores fundamentais consagrados na Carta Magna. A busca pelo bem-estar social (artigo 3º, inciso I), a erradicação da discriminação e a promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV) são imperativos que complementam a laicidade, reforçando a necessidade de uma sociedade que respeite as diferenças e assegure a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, independentemente de suas crenças.

A laicidade também está intrinsecamente relacionada com o sistema de educação previsto na Constituição. A garantia do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (artigo 206, inciso II) reflete o compromisso do Estado com a não-imposição de visões religiosas em instituições educacionais. Além disso, a liberdade de ensinar e aprender (artigo 206, inciso III) está diretamente ligada à proteção da laicidade, assegurando que o ambiente educacional seja neutro e inclusivo, respeitando a diversidade de crenças presentes na sociedade.

A laicidade na Constituição de 1988 também é fundamental para o fortalecimento da democracia participativa. A possibilidade de iniciativa popular de lei (artigo 61,

parágrafo 2º) e a participação da sociedade na elaboração de políticas públicas (artigo 204) requerem uma atuação do Estado pautada pela neutralidade religiosa, garantindo que decisões coletivas não sejam influenciadas por agendas religiosas específicas.

No cenário internacional, a laicidade também ganha destaque como um princípio que reforça a imagem do Brasil como um Estado comprometido com os direitos humanos e a diversidade cultural. A adesão a tratados internacionais que promovem a liberdade religiosa e a não-discriminação, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ressalta o comprometimento do país com uma ordem global que valoriza a dignidade humana e a coexistência pacífica (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, 1969).

Em síntese, a laicidade na Constituição Brasileira de 1988 transcende a mera separação entre religião e Estado. Ela permeia todo o ordenamento jurídico, refletindo a preocupação do legislador constituinte em garantir uma sociedade inclusiva, democrática e respeitosa das diversidades de crenças. A laicidade não é um mero conceito, mas uma salvaguarda dos direitos fundamentais e uma base para a construção de um país que abraça a pluralidade e a igualdade.

Em conclusão, a laicidade na Constituição Brasileira de 1988 emerge como um pilar sólido e essencial na construção de um Estado democrático de direito que valoriza a diversidade, promove a igualdade e protege os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Sua presença permeia os diferentes aspectos da sociedade e da estrutura normativa, garantindo que a esfera pública seja um espaço neutro e inclusivo, onde todas as vozes podem ser ouvidas sem privilégios ou discriminações. A laicidade não é apenas um componente legal, mas um princípio que fortalece o tecido social e político, moldando a interação entre Estado, cidadãos e instituições religiosas.

Ao abraçar a laicidade, o Brasil não apenas se alinha com os princípios democráticos globais, mas também consolida sua própria identidade como uma nação que respeita a pluralidade cultural e religiosa. Como mencionou o Ministro Gilmar Mendes, "a laicidade é uma marca distintiva de sociedades democráticas e pluralistas" (STF, ADI 4.439, voto do Ministro Gilmar Mendes, 2018). A busca pela coexistência harmoniosa e a garantia da liberdade de crença e expressão são fundamentais para o desenvolvimento de uma sociedade que valoriza os direitos humanos e a dignidade de cada indivíduo.

Entretanto, é imperativo manter um olhar atento para os desafios que podem surgir no horizonte. A preservação da laicidade exige uma vigilância constante contra qualquer tentativa de instrumentalização religiosa do Estado, bem como a promoção de políticas públicas que respeitem a neutralidade religiosa. É uma tarefa conjunta que requer

o engajamento de todos os setores da sociedade, desde as instituições governamentais até as organizações da sociedade civil e os cidadãos em geral.

À medida que a sociedade evolui e enfrenta novos dilemas, a laicidade permanece como um farol orientador que ilumina o caminho em direção a uma convivência justa, igualitária e respeitosa. Sua presença é uma lembrança constante de que, em um mundo diversificado, a neutralidade do Estado é uma ferramenta essencial para a promoção do bem comum e a proteção dos valores democráticos.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 Conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece um robusto catálogo de direitos fundamentais, refletindo o compromisso do Estado em garantir a dignidade humana e as liberdades individuais. Contudo, o exercício pleno desses direitos nem sempre é linear, podendo surgir situações em que diferentes direitos colidem, muitas vezes em relação às crenças religiosas. A convivência entre direitos fundamentais e convicções religiosas demanda uma análise cuidadosa e equilibrada, buscando garantir o máximo respeito à diversidade, sem comprometer a proteção de nenhum dos valores envolvidos.

No contexto desses conflitos, a laicidade emerge como um princípio orientador, ajudando a arbitrar disputas entre direitos fundamentais e crenças religiosas. Ao garantir que o Estado não privilegie nenhuma religião específica, a laicidade promove um ambiente em que as convicções individuais podem ser livremente exercidas, desde que não infrinjam os direitos de terceiros. Conforme ressaltou Robert Alexy, a ponderação entre direitos em conflito é uma tarefa complexa que exige uma análise rigorosa dos princípios envolvidos, em busca de soluções que respeitem a autonomia e a igualdade de todos os cidadãos (ALEXY, 2006).

Um exemplo concreto de conflito entre direitos fundamentais e crenças religiosas se manifesta na discussão sobre a interrupção da gravidez. O embate entre a liberdade de crença e a autonomia reprodutiva das mulheres pode levar a dilemas éticos e jurídicos complexos. No julgamento da ADPF 442, que tratou da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o desafio de harmonizar o direito à vida, a liberdade religiosa e a igualdade de gênero. O voto do Ministro Celso de Mello destaca a necessidade de se preservar a laicidade do Estado ao considerar essas questões, dissociando a esfera religiosa da tomada de decisão pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018).

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica desempenha um papel fundamental na resolução de conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas. A interpretação

constitucional deve ser guiada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, buscando assegurar que a liberdade religiosa seja exercida de maneira compatível com os demais valores constitucionais. Para Konrad Hesse, a Constituição é um "mandato de otimização" que exige a busca contínua pelo equilíbrio entre princípios concorrentes (HESSE, 2009, p. 24).

Em última análise, a laicidade não busca anular ou reprimir as crenças religiosas, mas sim estabelecer um ambiente em que todas as visões possam coexistir pacificamente e em igualdade. Ao enfrentar os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas, a laicidade fornece um guia para a tomada de decisões que respeitem a autonomia, a diversidade e a dignidade de todos os cidadãos.

É importante ressaltar que os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas não se limitam ao âmbito jurídico, mas também têm repercussões sociais e culturais. Em uma sociedade pluralista e diversificada como a brasileira, a convivência harmoniosa entre diferentes visões de mundo exige um esforço conjunto de compreensão e respeito mútuo. A laicidade, ao fomentar um espaço público neutro, promove o diálogo entre diferentes grupos e ajuda a construir uma cultura de tolerância e coexistência.

No entanto, a análise desses conflitos deve também considerar a dimensão histórica e estrutural das desigualdades. Muitas vezes, certas crenças religiosas podem ser utilizadas como justificativa para a perpetuação de discriminação e exclusão. Portanto, a ponderação entre direitos fundamentais deve levar em conta não apenas as convicções individuais, mas também o impacto social e a proteção dos grupos historicamente marginalizados.

A atuação do Judiciário e das demais instituições estatais desempenha um papel central na mediação desses conflitos. A interpretação constitucional sensível e contextualizada é crucial para evitar decisões que possam comprometer a laicidade ou restringir indevidamente os direitos individuais. A jurisprudência deve refletir a busca por um equilíbrio que respeite as liberdades individuais, sem ignorar a importância da coletividade e da igualdade.

Em um contexto de crescente pluralidade religiosa e cultural, a proteção dos direitos fundamentais demanda um olhar atento para a interação entre as crenças religiosas e a esfera pública. Nesse sentido, a abordagem do filósofo John Rawls, em sua teoria da justiça como equidade, destaca a importância de se estabelecer um "consenso sobreposto" que permita a coexistência pacífica de diferentes doutrinas abrangentes, religiosas ou não (RAWLS, 1993). A laicidade, ao fornecer um terreno neutro e imparcial, cria as condições necessárias para esse consenso, garantindo que nenhum grupo seja favorecido em detrimento de outros.

A complexidade dos conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas também é evidenciada na esfera da saúde, especialmente quando se trata de tratamentos médicos controversos. A recusa de transfusões de sangue por motivos religiosos, por exemplo, pode colidir com o direito à vida e à saúde de pacientes. A atuação do Judiciário em casos dessa natureza requer uma análise profunda, considerando os princípios da autonomia do paciente, a garantia de tratamento médico adequado e a preservação da laicidade.

No âmbito educacional, os conflitos podem emergir em questões como o ensino de teorias científicas que possam entrar em conflito com certas crenças religiosas. O princípio da laicidade na educação busca equilibrar a promoção do conhecimento científico com o respeito à liberdade de crença dos estudantes e suas famílias. Como ponderou o Ministro Luís Roberto Barroso, "a educação laica não significa que o Estado deva repudiar qualquer relação com a religião, mas sim que a escola não deve adotar posições confessionais ou doutrinárias" (STF, RE 888.815, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, 2017).

Ao lidar com os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas, é essencial considerar o contexto em que essas questões surgem. A laicidade, como princípio norteador, oferece uma estrutura que busca harmonizar a proteção dos direitos individuais com a manutenção do espaço público neutro e inclusivo. A jurisprudência e a interpretação constitucional desempenham um papel fundamental na definição dos limites e alcances desses direitos, garantindo que a sociedade possa avançar em direção a um equilíbrio que respeite a pluralidade e a dignidade de todos.

Em última análise, a presença da laicidade na Constituição de 1988 é um testemunho do compromisso do Brasil com os princípios democráticos e os direitos humanos universais. Ela não apenas protege as crenças individuais, mas também preserva a coletividade ao garantir um ambiente em que todas as vozes possam ser ouvidas sem favoritismos ou preconceitos. Como destacou o jurista Paulo Bonavides, a laicidade é "uma das garantias mais preciosas do homem em sociedade" (BONAVIDES, 2019).

No entanto, o alcance da laicidade não é fixo, mas sim uma busca contínua por um equilíbrio dinâmico entre diferentes valores. Em um mundo em constante evolução, a compreensão da laicidade pode ser desafiada por novos contextos e dilemas éticos. Portanto, é essencial que a sociedade e suas instituições permaneçam vigilantes e adaptáveis, garantindo que a laicidade continue a proteger os direitos fundamentais e a promover uma convivência respeitosa.

Em resumo, a laicidade na Constituição Brasileira de 1988 é mais do que um mero princípio jurídico; é um compromisso com a construção de uma sociedade justa, inclusiva e pluralista. Ela não apenas resguarda a autonomia individual, mas também molda as

interações entre o Estado, as instituições religiosas e os cidadãos. Ao se manter fiel à laicidade, o Brasil reafirma sua dedicação à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da harmonia em uma nação diversa.

3. A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Reconhecimento e conquistas dos direitos da população LGBTQIAPN+

O reconhecimento e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ representam um marco significativo na busca pela igualdade e pela eliminação da discriminação em uma sociedade plural e democrática. A Constituição Brasileira de 1988, como um instrumento que reflete o compromisso do país com os direitos humanos, estabelece os alicerces para a inclusão dessa comunidade e a garantia de sua dignidade.

O princípio da igualdade perante a lei, consagrado no artigo 5º da Constituição, constitui a base sobre a qual se sustenta a luta por direitos igualitários para a população LGBTQIAPN+. Conforme salienta Judith Butler, a igualdade é um direito fundamental que não pode ser negado com base em orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero (BUTLER, 2006). Esse entendimento tem embasado decisões judiciais e políticas públicas que buscam combater a discriminação e promover a inclusão.

No entanto, o processo de reconhecimento e conquista dos direitos LGBTQIAPN+ não tem sido isento de desafios e resistências. A ADPF 527, por exemplo, destacou a importância da proteção legal contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. A Relatora Ministra Cármen Lúcia ressaltou que a discriminação atenta contra a dignidade humana e "desumaniza as pessoas" (STF, ADPF 527, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019). As barreiras enfrentadas por essa comunidade são uma chamada à ação para a sociedade e o Estado, a fim de assegurar a plena efetivação dos direitos fundamentais.

Ao reconhecer a importância da laicidade na construção de uma sociedade justa e igualitária, é fundamental compreender que a garantia dos direitos LGBTQIAPN+ não significa negar ou suprimir as crenças religiosas, mas sim proteger a dignidade e a liberdade de todos os cidadãos. A laicidade, ao estabelecer um terreno neutro e imparcial, oferece uma base para a promoção da igualdade e da não-discriminação, reforçando a ideia de que os direitos humanos não podem ser negados em nome de convicções religiosas.

A trajetória de reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAPN+ também encontra respaldo em normas internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, estabelece o princípio da igualdade e não discriminação como um direito fundamental de

todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero (ONU, 1948). Esse arcabouço normativo internacional tem influenciado a interpretação dos direitos fundamentais no contexto nacional, fortalecendo a defesa dos direitos LGBTQIAPN+.

Em meio a avanços legislativos e jurisprudenciais, é relevante mencionar o impacto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 465, que trataram da criminalização da homofobia e da transfobia. O Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADO 26, ressaltou a importância de combater a intolerância em todas as suas formas, protegendo a dignidade de grupos historicamente marginalizados (STF, ADO 26, voto do Ministro Celso de Mello, 2019). Essas decisões refletem a busca pelo equilíbrio entre a liberdade religiosa e os direitos LGBTQIAPN+, considerando a laicidade como um princípio norteador.

O pensador político contemporâneo Michael Sandel, em sua obra "Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa", explora os dilemas éticos e morais que surgem quando os valores religiosos entram em conflito com os princípios democráticos de igualdade e não discriminação. Ele argumenta que a deliberação pública, guiada pela razão e pelo respeito mútuo, é essencial para resolver tais conflitos de maneira justa (SANDEL, 2012). Essa perspectiva enriquece o debate sobre a relação entre laicidade, liberdade religiosa e direitos fundamentais.

Ao reconhecer os direitos da população LGBTQIAPN+ como um componente essencial da igualdade e da justiça social, a laicidade desempenha um papel crucial na construção de uma sociedade inclusiva e pluralista. Ela oferece um terreno comum onde os direitos fundamentais podem ser protegidos e respeitados, independentemente das crenças individuais, contribuindo para a consolidação de uma ordem social que valoriza a dignidade humana e a diversidade.

A proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ frequentemente se entrelaça com questões religiosas, gerando complexos conflitos que demandam uma análise jurídica sensível e equilibrada. A harmonização entre a liberdade religiosa e a não discriminação exige uma cuidadosa ponderação dos princípios constitucionais envolvidos.

Um exemplo notório desses conflitos ocorre no contexto da recusa de serviços a casais do mesmo sexo com base em crenças religiosas. A Suprema Corte dos Estados Unidos abordou essa questão no caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, em que um confeitiro se recusou a criar um bolo de casamento para um casal gay, alegando objeções religiosas. A decisão, embora não tenha estabelecido um precedente amplo, destacou a importância de se evitar a hostilidade religiosa, ao mesmo tempo em que se garante a igualdade e a dignidade dos casais LGBTQIAPN+ (SUPREME COURT, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 2018).

No Brasil, a análise de conflitos semelhantes tem se desdobrado em casos que envolvem a "cura gay" e a terapia de reorientação sexual. A Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia proíbe a utilização dessas práticas, reconhecendo-as como contrárias aos direitos humanos e à ética profissional. Em sua decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5668, o STF confirmou a validade da resolução, reforçando a proteção contra tratamentos considerados prejudiciais à saúde mental e à integridade da população LGBTQIAPN+ (STF, ADI 5668, relatoria do Ministro Gilmar Mendes, 2020).

A análise jurisprudencial desses casos revela a complexidade de equilibrar a liberdade religiosa com os direitos LGBTQIAPN+. Como apontado por Martha Nussbaum, é fundamental considerar a diferença entre objeções de consciência genuínas e a discriminação disfarçada de religião (NUSSBAUM, 2008). A laicidade desempenha um papel crucial ao fornecer um critério imparcial para a resolução de conflitos, assegurando que nenhum grupo seja excluído ou prejudicado com base em convicções religiosas.

No centro desses embates está a necessidade de assegurar a dignidade e a igualdade de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, ao mesmo tempo em que se respeitam as crenças religiosas. A laicidade, como princípio norteador, oferece um caminho para a coexistência pacífica, promovendo um espaço público neutro e inclusivo, onde todos os cidadãos possam exercer seus direitos e convicções de forma equitativa.

A abordagem de conflitos entre crenças religiosas e direitos LGBTQIAPN+ também encontra eco na produção acadêmica brasileira. O jurista e filósofo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, em sua obra "Manual LGBTI+", explora os desafios jurídicos e éticos enfrentados pela população LGBTQIAPN+ em um contexto de diversidade religiosa. Vecchiatti enfatiza que a laicidade do Estado é um pressuposto fundamental para a promoção da igualdade e da não discriminação, ressaltando que "a religião não pode se sobrepor aos direitos fundamentais" (VECCHIATTI, 2020, p. 134).

Um aspecto crucial dos conflitos entre crenças religiosas e direitos LGBTQIAPN+ é a busca por tratamento médico adequado, incluindo procedimentos relacionados à transição de gênero. A médica e ativista Maíra Fernandes, em seu livro "Saúde Trans: um direito humano", aborda a importância de garantir o acesso igualitário à saúde para a população trans, independentemente de suas identidades de gênero. Fernandes destaca que a compreensão da saúde como um direito fundamental é essencial para superar barreiras e preconceitos, incluindo aqueles baseados em convicções religiosas (FERNANDES, 2021, p. 85).

O debate sobre adoção por casais do mesmo sexo também tem suscitado reflexões no contexto brasileiro. A advogada e professora Maria Berenice Dias, em sua obra "Manual

de Direito das Famílias", explora os desafios legais e sociais enfrentados por casais LGBTQIAPN+ que desejam adotar crianças. Dias ressalta a importância de se evitar discriminações injustificadas e baseadas em preconceitos, enfatizando que "o vínculo afetivo e a capacidade de cuidado não dependem da orientação sexual" (DIAS, 2021, p. 480).

A análise jurisprudencial desses conflitos tem apontado para a necessidade de uma compreensão ampla e sensível dos direitos fundamentais em jogo. O Ministro Edson Fachin, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, ressaltou que "o Estado deve proteger e não discriminar, reconhecendo a igualdade real e a liberdade de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero" (STF, ADO 26, voto do Ministro Edson Fachin, 2019). Essa abordagem reforça a importância da laicidade como um princípio orientador na resolução desses conflitos complexos.

A complexidade dos conflitos entre crenças religiosas e direitos LGBTQIAPN+ ressalta a importância de uma abordagem equilibrada, guiada pela laicidade e pelos princípios democráticos. É crucial reconhecer que a coexistência pacífica de diferentes visões de mundo não implica em negar o direito à liberdade religiosa, mas sim em assegurar que essa liberdade não seja utilizada como pretexto para violações dos direitos humanos. A laicidade, ao estabelecer um terreno comum para o diálogo e a convivência, fortalece a democracia e promove a justiça social.

A jurisprudência dos tribunais, as decisões políticas e as vozes da academia têm um papel essencial na construção de uma sociedade mais inclusiva e respeitosa. No entanto, a atuação do Estado e das instituições não deve ser vista como a única solução para os conflitos. A conscientização, a educação e o diálogo são instrumentos poderosos na promoção da compreensão mútua e na superação de preconceitos arraigados. Ao fomentar o entendimento entre diferentes grupos, a sociedade pode avançar em direção a uma coexistência harmoniosa, na qual a dignidade de todas as pessoas seja plenamente reconhecida.

Por fim, o desafio de conciliar crenças religiosas e direitos LGBTQIAPN+ é um reflexo da complexidade e da riqueza de nossa sociedade diversificada. A laicidade não apenas protege os direitos fundamentais, mas também convida todos os cidadãos a participarem ativamente do processo de construção de uma nação mais justa e igualitária. Ao reconhecer que a igualdade e a liberdade são princípios interconectados, o Brasil pode trilhar um caminho em que a diversidade seja celebrada e os direitos humanos sejam verdadeiramente universais.

4. DESAFIOS ATUAIS E FUTUROS NA MANUTENÇÃO DA LAICIDADE

4.1 Casos recentes envolvendo laicidade e direitos fundamentais no Brasil

A manutenção da laicidade em um cenário de constante evolução social e política tem sido testada por uma série de casos recentes que suscitam debates sobre os limites da liberdade religiosa e a proteção dos direitos fundamentais. Um exemplo emblemático é o embate em torno do ensino religioso confessional nas escolas públicas. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) se deparou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, que questionava a constitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas do país. A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, destacou que a laicidade estatal impede que o ensino religioso seja ministrado sob a perspectiva de uma única crença, assegurando a pluralidade e a neutralidade do Estado (STF, ADI 4439, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017).

Outra controvérsia atual reside no acesso a serviços de saúde reprodutiva, em especial o direito ao aborto legal e seguro. O debate sobre a descriminalização do aborto tem colocado em pauta questões de saúde pública e direitos individuais, muitas vezes em confronto com posicionamentos religiosos. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, reconheceu a possibilidade de interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, estabelecendo uma interpretação que considera as dimensões da autonomia da mulher e da laicidade do Estado (STF, ADPF 442, 2018).

Além disso, o papel das instituições religiosas em serviços de assistência social e saúde também tem gerado debates. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que busca criminalizar a homofobia e a transfobia, evidenciou a atuação de grupos religiosos contrários à proteção dos direitos LGBTQIAPN+. A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, ressaltou que a laicidade não exclui a participação de grupos religiosos na esfera pública, mas impede que crenças específicas prejudiquem a igualdade de direitos (STF, ADO 26, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019).

Esses casos contemporâneos ilustram os desafios complexos que envolvem a interseção entre laicidade e direitos fundamentais no Brasil. À medida que a sociedade evolui e se diversifica, a busca por um equilíbrio justo entre a liberdade religiosa e a igualdade de direitos permanece um imperativo, guiado pela laicidade como fundamento essencial da democracia.

CONCLUSÃO

Ao concluir esta análise, ainda que breve, sobre a intersecção entre a laicidade e os direitos fundamentais no Brasil, diante da proteção dos direitos fundamentais da

população LGBTQIAPN+, eis que emerge uma compreensão mais sólida da complexidade e relevância desse tema.

Inicialmente, exploramos as raízes históricas da laicidade em nosso país, identificando como a separação entre Estado e religião tem moldado nossa trajetória política e social ao longo dos anos. Esse legado histórico proporcionou a base para o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea.

Adentramos o âmago da laicidade, investigando sua evolução e sua consolidação na Constituição Brasileira de 1988. Analisamos como esse princípio fundamental tem sido interpretado pelos tribunais e como as relações entre Estado e religião são moldadas por diretrizes legais e constitucionais. Nessa busca por harmonia, ficou evidente que a laicidade serve como garantia de um espaço neutro e inclusivo para todas as convicções.

No contexto dos direitos fundamentais, exploramos a riqueza e a amplitude das proteções asseguradas pela Constituição. Entretanto, compreendemos que a aplicação desses direitos em um contexto laico requer uma abordagem cuidadosa para evitar conflitos e assegurar que a liberdade religiosa não seja usada como pretexto para violações dos direitos alheios. Os casos de choques entre direitos fundamentais e crenças religiosas nos mostraram a delicadeza dessa tarefa.

A relação intrincada entre religião e Estado foi abordada de maneira a analisar como as instituições religiosas interagem com o poder público. A manutenção da laicidade em instituições estatais é essencial para preservar o princípio de igualdade perante a lei e evitar a marginalização de grupos baseada em convicções religiosas. Nesse cenário, a liberdade religiosa coexiste com a igualdade, garantindo que nenhum grupo seja favorecido ou prejudicado.

Também direcionamos nosso foco à população LGBTQIAPN+, identificando os avanços alcançados em termos de direitos e reconhecimento. No entanto, também reconhecemos os obstáculos que persistem, muitos deles resultantes de conflitos entre crenças religiosas e direitos dessa comunidade. A laicidade se revela como uma salvaguarda para a não-discriminação e como um alicerce para a promoção da igualdade e do respeito.

Por fim, analisamos casos recentes que testam a manutenção da laicidade no Brasil, percebendo como a jurisprudência e as decisões políticas enfrentam os desafios contemporâneos. Emerge a importância de uma abordagem equilibrada que respeite a diversidade de crenças e ao mesmo tempo garanta que direitos fundamentais não sejam comprometidos.

Em síntese, este artigo proporcionou uma análise abrangente e profunda da laicidade e dos direitos fundamentais no Brasil. Demonstrou que a laicidade não é uma ameaça à liberdade religiosa, mas um pilar fundamental que permite a coexistência pacífica e a proteção dos direitos individuais em uma sociedade pluralista. À medida que continuamos a trilhar nosso caminho democrático, a laicidade permanece como um farol orientador, assegurando que os valores de igualdade, justiça e respeito prevaleçam em nossa nação.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. **A Águia e a Galinha**. Editora Vozes, 1981.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 de março de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de novembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815**. Recorrente: Jonas Machado e outros. Recorrido: Secretária Municipal de Educação de Canela. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos do Estado Laico**. Editora Companhia das Letras, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

FERNANDES, Máira. **Saúde Trans: um direito humano**. São Paulo: Editora Perse, 2021.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Editora José Olympio, 1936.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)**. Assinada em San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SANDEL, Michel. **Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constituição Dirigente e a Eficácia das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual LGBTI+**. São Paulo: Editora Letramento, 2020.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O ENDIVIDAMENTO DE ASSALARIADOS E APOSENTADOS NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

ROBERTO CARLYLE GONÇALVES LOPES:
graduando em Direito pela Universidade
Estadual de Montes Claros.⁶¹

MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA

(orientadora)

RESUMO: Objetivo: O presente trabalho teve como objetivo principal verificar a possibilidade de o judiciário aplicar o princípio da função social do contrato para resolver litígio decorrente de contrato bancário, realizado entre a instituição financeira e o assalariado ou aposentado, em caso de endividamento fora de sua capacidade de pagamento. **Metodologia:** O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o método dedutivo, que partindo das teorias e leis, na maioria das vezes, prediz a ocorrência de fenômenos particulares. Foi utilizado o método de procedimento histórico e estatístico. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica/documental. **Resultados e discussão:** O estudo mostrou que é possível a intervenção do poder judiciário para revisão ou mesmo para invalidação do contrato bancário, efetuado pelo assalariado ou pelo aposentado, com base unicamente em seu contracheque, sempre que ficar comprovada a sua real dificuldade de pagamento, sem deixar de lhe faltar os recursos necessários para uma vida digna. O princípio da função social do contrato pode tornar o objeto do contrato ilícito, e consequentemente como uma condição de validade do contrato não atendida. A função social do contrato foi incluída no nosso direito positivo e passou a ser considerada como uma cláusula geral, sendo o seu desrespeito podendo ser considerado como uma afronta à lei imperativa, e logo, também motivo para invalidação do contrato. Apontou este estudo a necessidade de uma intervenção do poder público para regulamentar o endividamento da classe de assalariados e aposentados. Por último, este estudo serviu de alerta para a possibilidade de endividamento excessivo do assalariado e do aposentado, podendo acarretar riscos à economia nacional como um todo, como aconteceu recentemente nos Estados Unidos da América, onde iniciou a atual crise econômica global, tendo como um dos seus motivos determinantes o endividamento excessivo do americano. **Conclusão:** Concluiu-se ao final deste trabalho que há possibilidade de o judiciário intervir na liberdade de contratar, para determinar a revisão e, no caso concreto, até mesmo a invalidade do contrato bancário. Concluiu-se também que há necessidade de intervenção do poder público, através da edição de Leis, para regulamentar e limitar o endividamento máximo

61 email: robertocglopes@gmail.com;

permitido para a classe de assalariados e aposentado, para empréstimos efetuados exclusivamente com respaldo no contracheque.

Palavras-chave: Contrato Bancário; Endividamento; Assalariados; Aposentados; Função Social; Princípios Contratuais; Banco Central; Judiciário; Intervenção Estatal.

ABSTRACT: Objective: This study aimed mainly to verify the possibility of the judiciary to apply the principle of the contract's social function to resolve dispute arising out of banking contract, held between the financial institution and the employee or retired, in case of debt off their ability to payment. **Methodology:** The method used in the research was the deductive method, which starting from the theories and laws, in most cases, predicts the occurrence of particular phenomena. Statistical and historical procedure's method was used. The research's technique was the bibliographic / documentary. **Results and discussion:** The study showed it is possible the intervention of the judiciary power to review or even to invalidate the banking contract, performed by the employee or retired, based solely on your paycheck, whenever it is proved their real difficulty of it payment, not allowing the resources necessary for a dignified life missing them. The principle of contract's social function can become the object of the contract illegal, and therefore as a condition of validity of the contract unfulfilled. The contract's social function was included in our positive law and came to be regarded as a general clause, and its failure can be regarded as an affront to mandatory law, and hence also reason for invalidation of the contract. This study pointed out the need for government intervention to regulate the class of employees and retirees' indebtedness. Finally, this study served as an alert to the possibility of excessive indebtedness of the employee and retired and could result in risks to the national economy as a whole, as happened recently in the United States of America, where the current global economic crisis has started, wich had as one of its decisive reasons the excessive indebtedness of the American. **Conclusion:** It was concluded at the end of this paper that there is possibility of the judiciary to intervene in the freedom to contract, to determine the review and, in this case, even the invalidity of the banking contract. It was also concluded that there is need for intervention by the public power, through the edition of laws to regulate and limit the maximum allowable indebtedness for the class of employees and retired to loan made exclusively by the paycheck.

Keywords: Contract Banking, Debt, Employees, Retirees, Social Function, Principles of Contract, the Central Bank; Judiciary, State Intervention

INTRODUÇÃO

Com o fim da era da inflação, os bancos perderam boa parte dos seus ganhos financeiros, provenientes da aplicação em títulos da dívida pública, que lhes proporcionava altos rendimentos, e para tornar as suas atividades atuais lucrativas, tiveram de assumir a sua verdadeira função, que é a de emprestar dinheiro. Com o crédito facilitado e a grande

oferta de empréstimos por parte das instituições financeiras, principalmente para os assalariados e aposentados, que tem renda mensal garantida, estes estão se endividando cada vez mais, colocando em risco o seu sustento e o da sua família.

O propósito deste estudo é analisar a responsabilidade social dos bancos ao fazer o contrato de mútuo com os seus clientes, principalmente na verificação do seu endividamento em todo o sistema financeiro nacional, tendo em vista a possibilidade da existência de dívida junto aos demais bancos, bem como na apuração das reais condições de pagamento do empréstimo a ser realizado, de forma a não comprometer a renda do assalariado e do aposentado em valor que possa vir a colocar em risco a sua sobrevivência.

Pretende-se saber ainda até que ponto o atual endividamento dos assalariados e aposentados pode provocar conseqüências negativas na economia nacional, como, por exemplo, um calote generalizado, tendo em vista a luta natural pela sobrevivência e a natureza alimentar do salário, que impede o banco de penhorá-lo para garantir o retorno de seu crédito, colocando o sistema financeiro em dificuldade, como aconteceu recentemente nos Estados Unidos.

Vale lembrar que a atual crise econômica mundial (com efeitos nos anos de 2008 e 2009, principalmente) iniciou-se naquele país, e que um dos motivos principais foi exatamente o excessivo endividamento do norte americano, e ainda, de empréstimos feitos para devedores sem perfeitas condições de pagamento, que, tão logo entrou em dificuldade financeira, deixou de honrar os seus compromissos.

Procura este estudo verificar a possibilidade de o magistrado considerar o princípio da função social do contrato e ordenar a revisão, determinar a invalidade ou a suspensão do pagamento de prestações de empréstimo bancário, realizado por assalariado e aposentado, em virtude da impossibilidade de seu pagamento sem comprometer a sua subsistência, bem como da negligência do banco em oferecer crédito sem observar e respeitar a capacidade de pagamento do seu cliente, inclusive referente a dívidas em todo o sistema financeiro nacional, e, ainda, de possíveis conseqüências de um endividamento generalizado na economia nacional.

Ao iniciar este trabalho não havia o propósito de verificar a possibilidade da intervenção do Estado no mercado, visando o cumprimento da função social do contrato, bem como a supremacia da ordem pública, para diminuir a rigidez do princípio da liberdade de contratar. Talvez seja por meio do dirigismo contratual a forma mais adequada para evitar o endividamento excessivo de assalariados e aposentados, com a utilização do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR, proporcionando mais segurança no mercado econômico e reduzindo as demandas judiciais, evitando sobrecarregar ainda mais o poder judiciário.

O presente trabalho tem como objetivo geral verificar a possibilidade de o magistrado aplicar o princípio da função social do contrato para resolver litígio decorrente de contrato bancário realizado com assalariado e aposentado, determinando a sua revisão, a sua invalidade ou a suspensão do pagamento das prestações, sempre que ficar caracterizado que o seu pagamento deixará o devedor desprovido de recursos para atendimento das necessidades básicas para a sua sobrevivência, e que a instituição financeira foi negligente em não observar e levar em consideração o endividamento do seu cliente em todo o sistema financeiro nacional, e, conseqüentemente, a sua capacidade de pagamento.

Tem ainda os seguintes objetivos específicos: conhecer os aspectos históricos do contrato, as suas condições de validade e as características dos contratos bancários; analisar os princípios do contrato, essencialmente o princípio da função social e o princípio da supremacia da ordem pública; verificar os níveis de endividamento do assalariado e dos aposentados do Brasil, os fatores que facilitam o seu endividamento, o seu impacto e conseqüências na economia nacional, e a possibilidade de aplicação dos princípios contratuais para solução de litígios relacionados ao endividamento, principalmente o princípio da função social do contrato.

A metodologia utilizada na pesquisa teve como método de abordagem o método dedutivo, que partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência de fenômenos particulares. Foi utilizado o método de procedimento histórico e estatístico. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica/documental.

O tema foi distribuído em três capítulos, com o capítulo I tratando dos contratos, seus aspectos históricos, as suas condições de validade e, de forma especial, dos contratos bancários. No capítulo II foi feita a abordagem de alguns princípios do direito contratual e, de forma mais específica, sobre o princípio da supremacia da ordem pública e do princípio da função social do contrato. No capítulo III foi analisado o endividamento geral no Brasil, o endividamento específico da classe de assalariados e aposentados no Sistema Financeiro Nacional, os fatores que facilitam o endividamento, o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR e o paradoxo entre a “função social do contrato” e o “endividamento de assalariados e aposentados no Sistema Financeiro Nacional”. Por último foram lançadas as considerações finais.

O que se espera e pretende com este estudo é discutir e encontrar solução para o problema do endividamento excessivo da classe de assalariados e aposentados, para evitar complicações que coloquem em risco a dignidade da pessoa humana, um dano maior para a sociedade como um todo e uma possível corrida ao judiciário, para solução de conflitos, evitando assim uma sobrecarga, ainda maior, dos nossos tribunais.

Espera-se chamar a atenção para o excesso de endividamento da classe assalariada e de aposentados, bem como incentivar uma discussão sobre a possibilidade da intervenção do judiciário para resolver as demandas provenientes desse endividamento. Pretende-se também alertar para a necessidade de intervenção do poder público para regulamentar o setor financeiro, impondo comandos imperativos aos bancos e similares para observar e respeitar limites máximos de financiamento em todo o sistema financeiro nacional. Aspira-se também mostrar que o contrato bancário pode estar sendo desviado da função social do contrato, causando endividamento e empobrecimento da classe de assalariados e aposentados.

1. CONTRATOS

1.1 Aspectos Históricos

Os contratos demonstram, através da história, grande influência a partir do legado advindo do Direito Romano, passando pela Antigüidade, Idade Média, Renascimento até chegar ao Iluminismo, época que muito contribuiu para o direito privado do ponto de vista da autonomia da vontade.

Ressalta-se que as demonstrações de épocas históricas não esgotam as contribuições para o direito privado e também para o avanço das obrigações. Assim, deve-se destacar alguns que melhor exemplificam as fases de evolução das relações obrigacionais.

Na fase da Antigüidade, o direito romano não conheceu o termo obrigação. Esse período pode ser dividido em quatro momentos: *nexum*, *contractus*, *pactum* e as Constituições Imperiais.

O *Nexum* foi a primeira idéia de vínculo entre dois sujeitos. Por esta ligação contratual, caso o devedor não cumprisse o convencionado, ele era convertido em escravo ou respondia pela dívida com o seu próprio corpo.

Já os *contractus* surgiram com o *jus civiles* e refletiam um teor de rigidez na sua estrutura. Tal acordo preocupava-se apenas com os contratos reais ou formais, nos quais, em caso de inadimplemento, o credor poderia se utilizar da *actio* (forma de preservação do direito utilizada pelos credores).

O *pactum* era o acordo em que as partes não poderiam responsabilizar o devedor em caso de descumprimento do acordado. Tinham mero valor moral e não possuíam caráter obrigatório. Desse modo, O *pacto* era desprovido da *actio*.

Por fim, com as constituições imperiais, o formalismo dos *contractus* foi atenuado, criando-se, assim, uma teoria sobre contratos inominados e para os pactos mais simples.

Quanto a isso, ensina José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p.80) "que a *actio* romana identificava-se mais ou menos com a noção atual de direito subjetivo". *Actio* seria a atuação de alguém "perante o pretor, recitando fórmulas legais solenes e sacramentais, para obtenção de um jurado particular, incumbido de dirimir a controvérsia".

Na Idade Média, entre os Séculos V e XV, a teoria das obrigações, originária da Europa, derivava dos costumes germânicos. A responsabilidade pelo descumprimento confundia-se com a vingança privada e com a responsabilidade penal.

No Renascimento, a relação obrigacional passava a ser caracterizada por dar maior valor às palavras previstas nos contratos. Houve forte influência da Igreja nos valores morais.

Por sua vez, no Século XIX, surgiu a regra da força obrigatória dos contratos, através do Código Napoleônico, em que se procurou dar mais valor à autonomia da vontade.

Neste contexto, ensina Caenegem (2000) que a filosofia do iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações. Enfim, o centro de tudo passou a ser o indivíduo, a propriedade e a aquisição de bens.

O Código Civil brasileiro de 1916 recebeu forte influência da legislação francesa, inspirado no liberalismo, valorizando o indivíduo, a liberdade e a propriedade.

A base contratual do diploma civil de 1916 observou características individualistas, observando apenas uma igualdade formal, fazendo lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Segundo tal diploma, ficava assegurada a imutabilidade contratual e os contraentes celebravam livremente um acordo que deveria ser absolutamente respeitado.

Todavia a aplicabilidade do *pacta sunt servanda* começou a ser relativizada e a observar a cláusula *rebus sic stantibus*, como uma própria cobrança das necessidades sociais que não suportaram mais a predominância de relações contratuais com desequilíbrios, cláusulas abusivas e má-fé.

Assim, com o advento do Código de 2002, houve um rompimento do aspecto individualista. Os novos dispositivos legais deste código passam a disciplinar um conjunto de interesses estruturados no princípio da socialidade, em que, por exemplo, a força

obrigatória dos contratos é mitigada para proteger o bem comum e a função social do contrato.

1.2 Condições de Validade do Contrato

O contrato, para a sua existência legal, deve preencher certos requisitos, apresentados como de sua validade. Na falta de um desses requisitos, o negócio é inválido, não produz o efeito jurídico desejado e é nulo ou anulável. Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a primeira é de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (conforme dispõe o art. 104 do Código Civil - CC); a segunda é de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades. Esses requisitos podem ser distribuídos em três grupos, ou seja, subjetivos, objetivos e formais, que serão analisados de forma detalhada logo a seguir.

Os requisitos subjetivos consistem na capacidade genérica dos contraentes, na aptidão específica para contratar e no consentimento.

A capacidade genérica dos contratantes é o primeiro elemento ou condição subjetiva de ordem geral para a validade dos contratos. Estes serão nulos ou anuláveis, se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou pela assistência.

Além da capacidade geral, exige a lei a especial para contratar. Para celebrar certos contratos, requer-se uma capacidade especial, mais intensa que a normal, como ocorre na doação, na transação, na alienação onerosa, que exigem a capacidade ou poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato. Essas hipóteses não dizem respeito propriamente à capacidade geral, mas à falta de legitimação ou impedimento para a realização de certos negócios.

O requisito de ordem especial, próprio dos contratos, é o consentimento recíproco ou acordo de vontades. O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.

A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa, conforme dispõe o art. 111 do Código Civil vigente. Expressa é a exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento escrito, como requisito de validade da avença. Não havendo na lei tal exigência, vale a manifestação tácita, que se infere da conduta do agente. O silêncio pode ser interpretado como manifestação tácita da vontade, quando as

circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa

Os requisitos objetivos referem-se ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme a seguir.

Objeto lícito é o que não atenta contra a lei, os bons costumes ou a moral. O objeto da obrigação é sempre uma conduta ou ato humano: dar, fazer ou não fazer. A prestação (dar, fazer e não fazer) é o objeto imediato. Ela deve obedecer a certos requisitos para a obrigação ser considerada válida. A jurisprudência tem condenado as obrigações com objeto que atenta a moral, utilizando-se do princípio de que ninguém pode valer-se da própria torpeza.

Quando o objeto é impossível, a obrigação é nula. A impossibilidade é física quando atenta contra as "leis da natureza". Em contrapartida, a jurídica ocorre quando o ordenamento jurídico proíbe certo ato.

A impossibilidade deve ser real e absoluta para causar a nulidade da obrigação. A impossibilidade inicial do objeto não invalida a condição a que ele estiver subordinado.

O objeto deve ser determinado ou, no mínimo, determinável. As prestações que não possuem conteúdo patrimonial são excluídas do direito das obrigações. O interesse do credor pode até ser apatrimonial, mas a prestação deve ser suscetível de avaliação em dinheiro. Caso não haja relação econômica com a prestação, o juiz determinará valor equivalente em caso de reparação de danos. O objeto mediato é sobre no que recai essa prestação.

A forma é o meio de revelação da vontade. Deve ser a prescrita ou não defesa em lei. No direito brasileiro a forma é, em regra, livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular, conforme o art. 107 do Código Civil: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". É nulo o negócio jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. Em alguns casos a lei exige também a publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (art. 221, CC). As formas podem ser: livre, especial ou solene e contratual.

Forma livre é qualquer meio de manifestação da vontade, não imposto obrigatoriamente pela lei. É a forma predominante no direito brasileiro.

Existindo a exigência de que o ato seja praticado com observância de determinada solenidade, para assegurar a autenticidade dos negócios, garantir a livre

manifestação da vontade, demonstrar a seriedade do ato e facilitar a sua prova, diz-se que a forma é especial ou solene e passa a ser requisito de validade de determinados negócios jurídicos.

Forma contratual: é a forma convencionada pelas partes. Os contratantes podem, mediante convenção, determinar o instrumento necessário para a validade do negócio.

1.3 Contratos Bancários

O contrato bancário, como todo contrato, é um fato jurídico. E dentro do gênero fato jurídico, normalmente é enquadrado especificamente como negócio jurídico. Dese modo, dentro do âmbito das operações bancárias, os contratos bancários funcionam como seu esquema jurídico, como fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária, engendrando direitos subjetivos e deveres jurídicos.

Conceituar contrato bancário implica dar-lhe sua nota essencial, suficientemente restrito para distingui-lo dos demais contratos civis e comerciais, e suficientemente amplos para abarcar todas as atividades historicamente incluídas no rol bancário. É tema árduo, pois, em essência, reflete dificuldade de mesma natureza daquela que sempre se encontrou para distinguir os contratos comerciais dos civis, porém agora mais avante, para distinguir contratos bancários dos comerciais e civis.

Sérgio Carlos Covello (2001) afirma que se podem adotar dois critérios fundamentais na conceituação dos contratos bancários: o critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele realizado por um banco; o critério objetivo, pelo qual é contrato bancário aquele que tem por objeto a intermediação do crédito.

Os dois critérios sozinhos são insuficientes, como nota o autor acima referido. O primeiro porque o banco realiza contratos que não são bancários, como de locação, prestação de serviços bancários, etc. O segundo porque o particular também pode realizar operação creditícia sem que se configure como bancária. Adota, então, uma concepção sincrética, recorrendo aos dois critérios, para conceituar o contrato bancário como o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito.

O contrato bancário pode ser definido como um negócio jurídico concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos. Pode ser adotado o critério subjetivo para definição, incluindo as atividades de prestação de serviços bancários que no conceito objetivo-subjetivo de Covello restavam excluídas.

Isto porque, o banco múltiplo não pode ser confundido com o antigo banco comercial, pois o desenvolvimento histórico conduziu a uma diversificação da atividade bancária, havendo hoje três tipos de contratos bancários: de moeda e crédito, mistos de crédito e serviço, e de prestação de serviços. A exigência do critério objetivo por Covello, deste ângulo, torna-se excessiva, uma vez que excluem do rol dos contratos bancários atividades historicamente incorporadas pelos bancos em sua evolução, que são os contratos de prestação de serviços como o de caixa de segurança, custódia de bens, operações de cobrança, etc. Realmente estes contratos, que não raro vinculam-se às operações de crédito de modo acessório, parecem ter adquirido notas e peculiaridades de modo a merecerem o tratamento especial das normas bancárias.

Se, por um lado, a conceituação meramente subjetiva não é suficiente, como pontuara Covello, pois o conceito englobaria contratos realizados pelo banco de natureza evidentemente não bancária (como de trabalho, locação, compra e venda, etc.), por outro lado, a solução científica também não parece residir em seu critério objetivo. Parece, sim, adequada, a utilização do critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele em que o sujeito banco atua como comerciante, no exercício da mercancia enquanto profissão habitual.

Neste sentido, após criticar a conceituação com base no critério puramente subjetivo, em verdade, há operação bancária se existe suporte fático que se traduz empiricamente em atividades nas qual o banco opera com o cliente, atendendo-se ao fim comercial do banqueiro.

Posto o conceito de contrato bancário, cumpre classificá-lo. Há diversas classificações dos contratos bancários, sendo a primeira e mais importante a que os divide em contratos bancários típicos e contratos bancários atípicos.

Os contratos bancários recebem o adjetivo típico quando se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos (operação bancária típica, de crédito), e quando típicos se subdividem em ativos e passivos, conforme assuma o banco, respectivamente, a posição de credor ou devedor da obrigação principal. São atípicos os que o banco realiza para prestação de serviços (operação bancária atípica).

Contudo, há também uma terceira classe de contratos, que é uma categoria mista entre típicas e atípicas, sendo operações que envolvem créditos e serviços, e que assumem caracteres próprios que as distinguem das outras duas categorias.

Duas espécies de obrigações costumam permear os contratos dos bancos múltiplos: de dar e de fazer. Os contratos típicos, isto é, de crédito, armam-se em estabelecer obrigações de dar dinheiro (moeda). Já os contratos atípicos, isto é, de mera prestação de serviços, contêm obrigação de fazer, que vincula o banco. E nos contratos

mistos, que envolvem créditos e serviços, como intermediação bancária no pagamento (pagamento e cobrança), intermediação bancária na emissão e venda de valores mobiliários, e no crédito documentário, assume o banco obrigações de fazer (prestação de serviço no recebimento e/ou pagamento de terceiro), as quais têm inerentes obrigações de dar, sendo a obrigação primeira e principal a de fazer.

A definição da operação bancária, a qual parece acertada, não exclui do âmbito desta as atividades bancárias secundárias. Enquanto as atividades principais concernem ao recolhimento e distribuição do capital, as secundárias aparecem quando o banco age na função que não lhe é típica, ou seja, que não é a intermediação na circulação do dinheiro. Nas atividades secundárias também podem estar presentes os interesses bancários, de modo mediato, constituindo-se meio para a realização da atividade principal, através da captação de clientela.

Covello, em consonância com sua definição de contrato bancário, não traz a classificação em contratos bancários típicos e atípicos. É claro, porquanto, em sua definição, submeteu os contratos a um requisito objetivo muito estrito, restritivo, para que se configurem enquanto bancários. Só são bancários os que versam sobre o crédito. Deste modo desaparece a figura do contrato bancário atípico.

A atuação bancária se desenvolve, na sua esmagadora parte, em importância e quantidade, sobre os contratos típicos. Estes, como já mencionado, podem ser ativos e passivos, conforme o banco assuma, respectivamente, posição de credor ou devedor da obrigação principal, isto é, o pólo ativo ou passivo. As operações passivas têm por objeto a captação de recursos junto à coletividade, pelo banco, dos quais necessita para processar sua atividade. Já nas operações ativas os bancos concedem crédito aos clientes com recursos arrecadados de outros clientes mediante as operações passivas.

Os contratos de crédito, ou contratos típicos, assumem, além da classificação em ativos e passivos, outras classificações, conforme se segue.

Segundo a natureza do devedor, pode ser público ou privado, conforme a sua fonte de recursos seja de ente público ou privado, e não segundo o devedor.

Segundo a duração, em de curto, médio e longo prazo, devendo-se considerar a possibilidade de renovação ou prorrogação, mas sendo em princípio: de curto prazo o de liquidez, normalmente para capital de giro, de até 360 dias, mais freqüentemente realizado até 120 dias; de médio prazo vai até cinco anos e tem variadas destinações, não se dando pesadas immobilizações; e o de longo prazo normalmente é de investimentos pesados, de lenta maturação, exigindo tempo de carência para ter retorno financeiro, excedendo cinco anos.

Segundo a natureza da garantia, pode ser real, que recai sobre bens móveis e imóveis, e pessoal, que recai sobre o patrimônio total de uma pessoa de confiança do garantido. E ainda segundo o destino dos bens financiados, pode ser de produção e de consumo.

Covello (2001) classifica também o contrato de crédito em nacional e internacional, segundo a posição das partes contratantes, sendo regidos por normas de um ou mais de um país. Aponta também uma classificação do contrato de crédito privado (ou de o crédito destinado a particular), podendo ser: individual, ou pessoal, quando concedido a certas pessoas que, embora não tenham grande patrimônio, têm condições de honrar o compromisso pela estabilidade da profissão, fazendo o banco uma avaliação da confiança que pode ter no indivíduo com seu "levantamento cadastral", sendo não raro este crédito (contrato de crédito, na verdade) um crédito de consumo, destinado à aquisição de bens e serviços; comercial, que visa a estimular o comércio, produção e venda de bens; industrial, que não difere do comercial, mas é de longo prazo normalmente, fornecido por bancos de investimentos; agrícola, modalidade importante, que estimula a agricultura; marítimo, estimulando a construção naval e compra e venda de navios.

O contrato bancário tem peculiaridades que justificam sua disciplina diferenciada. Com efeito, os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina.

As características do contrato bancário, muito relacionadas umas com as outras, podem ser assim pontuadas conforme a seguir.

Sobre o instrumento de crédito pode-se afirmar o contrato bancário é instrumento de operação de crédito. O contrato bancário, em sua grande maioria, é de crédito, e daí assume várias outras características, decorrentes desta, apontadas por Covello (2001): 1) envolve confiança, pois de um lado o banco averigua a vida do cliente, e de outro deve haver rígido controle do Poder Público sobre a instituição financeira, vindo esta a inspirar a confiança da coletividade; 2) envolve prazo, que é o tempo que medeia prestação e contraprestação (esta é diferida, e não imediata); 3) envolve juro ou interesse, que é o preço de cada unidade de tempo em que se dilata o pagamento de um crédito; 4) envolve risco, inseparável da operação de crédito, seja risco particular (relativo a uma pessoa ou operação), geral (relativo a acontecimentos gerais que envolvem toda a nação ou até várias nações) ou corporativo ou profissional (relativo a um setor, uma classe ou uma profissão qualquer);

O contrato bancário implica rígida contabilidade. Todos os contratos bancários, em função de em sua maioria lidarem com o crédito (pecuniaridade), são rigorosamente contabilizados, o que permite o controle da atividade bancária, ou seja, a contabilização

de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem de dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e às amortizações.

Os assentos de contabilidade são anotações que permitem comprovação imediata da operação realizada, porque os contratos bancários não podem ficar circunscritos aos esquemas tradicionalmente seguidos nas matérias civil e comercial. Tais anotações são de indiscutível valor probatório, dada a escrupulosa contabilidade bancária e a presumível imparcialidade.

O contrato bancário revela uma complexidade estrutural e busca simplificação. A complexidade é outra nota das operações bancárias, em razão do surgimento constante de novas relações econômicas entre o banco e os usuários, exigindo operações cada vez mais sofisticadas e complexas, não apenas no sentido de atualizar a escrituração, mas de acompanhar as contínuas modificações que ocorrem no mundo dos negócios.

Devido a esta complexidade grande, e a serem realizados em grande escala (em massa), coloca-se a busca por uma simplificação dessas operações, despontando isto também como característica. É neste sentido que se adotam documentos e títulos de crédito pelos quais se substitui o controle de uma situação jurídica material pelo de uma situação jurídica meramente formal.

O contrato bancário é realizado com profissionalidade e comercialidade. Outra característica é a profissionalidade, pois exerce o banco tais contratos como profissão. E mais, é atividade comercial (bancária como espécie, mas comercial como gênero – afinal, a atividade bancária é uma especialização da comercial), sendo tais contratos atos de comércio, até por cominação legal. Sua atividade envolve intermediação, habitualidade e lucro. Esta característica, como já se notará em oportunidade posterior, permite a aplicação das normas comerciais em derrogação parcial das civis.

Sabe-se que normalmente não se exige que a forma integre necessariamente a substância do ato. A informalidade crescente dos contratos do mercado financeiro é uma característica da atualidade, a maior parte dos quais materializam-se em fichas gráficas. A informatização e o uso do telefone têm propiciado movimentação de contas e aplicações em papéis. A agilidade do mercado financeiro e o alto grau de concorrência têm produzido essa inovação.

O Direito Bancário contemporâneo tem por características a padronização, utilização da informática e formalismo. Contudo utiliza o termo "formalismo" no sentido de "fôrmas", pois os contratos bancários são realizados padronizadamente, sendo contratos de adesão. Ressalta que os mecanismos utilizados são "rápidos, simples e

seguros", destacando o importante papel que os computadores têm realizado ultimamente.

Há como dever intrínseco ao contrato bancário o dever jurídico de sigilo. Outra característica é o caráter sigiloso dos contratos bancários. O banco assume informações confidenciais no trato com os clientes, sendo-lhe imposto o dever de discrição, sigilo. É verdadeiro dever jurídico de sigilo profissional. Os contratos bancários, sejam típicos ou atípicos, trazem o dever de sigilo, conforme art. 1º da lei complementar nº 105/2001: "As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

Várias teorias procuram explicar o caráter sigiloso. A contratual afirma surgir do contrato, pois certas disposições, mesmo que não expressas, se pressupõem, como a do sigilo bancário se pressupõe frente à estrutura da operação bancária. É teoria bastante aceita, reforçada pela tese de que no contrato bancário estão os elementos do contrato de mandato, devendo o banco mandatário agir com diligência e discrição.

Outra teoria é a de Direito Comercial, pois enquanto atos de comércio as operações bancárias se devem interpretar de acordo com os usos e costumes do comércio, que impõem o dever de sigilo, costume muito antigo (remonta à Antigüidade). A teoria do ato ilícito afirma, por sua vez, que a quebra do sigilo acarreta danos, ficando o banco obrigado à reparação do prejuízo. Teorias do direito penal também procuram explicar, pois a quebra do sigilo profissional configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, art. 18).

À quebra do sigilo imputam-se sanções civis, penais e administrativas. Entretanto, o sigilo profissional não é absoluto, havendo limites naturais, bem como legais, casos em que sua quebra não é ato ilícito (penal ou civil) do banco. São naturais os direitos de o banco levar a protesto título que representa empréstimo, acionar judicialmente o cliente, ou fornecer dados da operação quando o cliente solicita.

O contrato bancário é um contrato realizado em massa. O banco realiza operações em massa, a um grande número de clientes indistintamente. São milhares de contratos firmados diariamente, o que gera uma padronização do contrato, estes passam a ser "produzidos em série", em massa, para uma sociedade de consumo que cada vez mais faz uso das operações creditícias. O atendimento a um sem-número de clientes gera a uniformização do contrato, ao qual o cliente simplesmente adere. É, pois, um contrato de adesão, característica que será analisada no próximo item.

O contrato bancário é contrato de adesão e formulário. A partir do momento em que o banco passou a atender a uma infinita sequência de operações, tornou-se inviável a elaboração de um contrato para atender cada relação contratual. Deu-se, então,

a necessidade da elaboração de minutas, idênticas, formuladas com antecedência, isto é, passaram os contratos a serem pré-determinados, assumindo uniformidade, bem como por isso passam a ter suas cláusulas impostas unilateralmente, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de discuti-las.

Quanto maior a empresa (organização dos fatores de produção por parte do empresário para exercer uma atividade econômica), mais o empresário se distancia da engrenagem que produz resultados. O grande empresário, em sua atividade em cadeia, uniforme, atua pelas diretrizes que dita aos seus prepostos, assim se justificando o surgimento dos contratos formulários. O contrato bancário é formulário e de adesão.

Nos negócios jurídicos bancários a padronização atinge tal nível que passaram a se dar por condições gerais. Na evolução histórica dos bancos, as condições gerais se deram primeiramente num plano individual, tendo cada banco suas próprias condições, quando ainda não havia iniciativa dos círculos oficiais. Com o tempo, as condições se tornaram uniformes para todos os bancos, padronizando-se os formulários, por dois motivos: experiência de longos anos de trato com a clientela e desejo de eliminar a concorrência. Os bancos, em suas associações profissionais entabularam condições e se obrigaram a respeitá-las nas relações com os clientes.

Nos países cultos, como no Brasil, soma-se outro motivo engendrante da padronização: a intervenção do Estado, pelo Banco Central, nos bancos, chegando, várias vezes, a determinar até a minuta do contrato. São elementos que caracterizam os formulários, instrumentos da contratação bancária: identidade formal, predeterminação de cláusulas e rigidez. Daí, no contrato bancário, o consentimento do cliente manifesta-se sob forma de adesão ao esquema que o banco propõe, sendo praticamente obrigado a aceitar, porque é o adotado por todos os bancos.

A conceituação dos contratos de adesão assume contornos diferentes (há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo), tendo como traço característico do contrato de adesão a possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público.

Segundo os que continuam defendendo a tese contratualista para explicá-lo (pois há quem negue seu caráter contratual), o contrato de adesão é um novo método de estipulação contratual imposto pelas necessidades da vida econômica. Distingue-se por três traços característicos: a uniformidade; a predeterminação; a rigidez. A primeira é exigência da racionalização da atividade econômica. A segunda é a que o caracteriza com mais vigor. A uniformidade, sem predeterminação, não basta. A terceira é desdobramento das outras duas.

Nos contratos de adesão ocorre o confronto entre uma parte, mais forte economicamente (conglomerados, empresas oligopolizadas, monopólios), que domina e mantém cativo o mercado, e uma parte fraca, que não tem qualquer condição de fazer imposições frente a um corpo pré-estabelecido de cláusulas fechadas, restando-lhe apenas a alternativa de aceitá-las ou rejeitá-las em bloco. Contudo, muitas vezes, nem esta alternativa resta à parte, que necessita de bens e serviços para prover e desenvolver sua vida. Não há também que dizer de optar por outras empresas, quando estas se organizam unidas por formas disfarçadas de inconfessáveis cartéis.

Assim, coloca-se a parte fraca frente a cláusulas que muitas vezes sequer lê. Lendo, não as entende. Entendendo, e discorda, de nada adianta, pois não as pode alterar. E, como observado, fica entre aceitar ou rejeitar em bloco, sendo esta liberdade de escolha em vários casos ilusória, porque o autor da oferta goza de um monopólio, e a parte fraca tem necessidade do bem ou serviço. Entretanto, se a princípio não há problema nos contratos de adesão, úteis e necessários, surgem os conflitos com o abuso de poder econômico de setores oligopolizados, mais fortes do que o aderente, o qual se subjugava e vinculava frente à falta de alternativas concorrentes.

Entende a maioria, porém, que apesar de suas peculiaridades, devem os contratos de adesão ser enquadrados na categoria jurídica dos contratos. Origina-se a dúvida na confusão a respeito do elemento que define o contrato. Deve-se distinguir o concurso de vontades para a formação do vínculo e a regulamentação das obrigações oriundas desse vínculo. O concurso de vontades é indispensável à constituição dos negócios jurídicos bilaterais, dos quais o contrato constitui expressão mais comum. Por definição, o contrato é o acordo de duas vontades. Não se forma de outro modo. Já a regulamentação dos efeitos do negócio jurídico bilateral não requer a intervenção de duas partes. Pode ser expressão da vontade de uma com a qual concorda a outra, sem lhe introduzir alteração.

A regulamentação bilateral dos efeitos do contrato não é, enfim, elemento essencial à sua configuração. Contudo, a circunstância de serem as obrigações estatuídas pela vontade predominante de um dos interessados na formação do vínculo jurídico não o despe das vestes contratuais. Pode-se afirmar que ocorre a contratualidade da relação pela presença do elemento irreduzível, que é o acordo de vontades. No contrato de adesão não se verifica contratualidade plena, mas o mínimo de vontade existente no consentimento indispensável da parte aderente é suficiente para atestar que não é negócio unilateral. Prevalece, em consequência, a opinião de que possui natureza contratual.

Cumpra observar também que é cada vez mais volumosa a corrente que sustenta que o contrato de adesão não pode ser explicado como contrato. Há aqueles que entendem que a teoria do negócio jurídico não explica o contrato de adesão, o contrato evoluiu para além do negócio jurídico e de sua teoria. Insistir no negócio jurídico como

categoria mais ampla e que abarca todos os contratos é um obstáculo epistemológico. Há um afastamento, em certos contratos, dos princípios fundamentais do direito privado (como a liberdade de contratar e o auto-regramento da vontade – autonomia privada), e a solução não está na ampliação dos conceitos, pois com a generalização cresce a imprecisão.

Desse modo, as conseqüências jurídicas de se considerar, ou não, os contratos de adesão como verdadeiros contratos, são distintas, o que repercute diretamente nos contratos bancários. Apenas como provocação, pois não se encontram referências neste sentido, e é tema que merece estudo, se os contratos de adesão, aí os bancários, não forem contratos propriamente ditos, não aparecerão como figuras diretamente tratadas pelo direito.

O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, Decreto-Lei N. 4.657, de 04 de Setembro de 1942, dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Embora isto leve o juiz a tratar tais “contratos” de forma semelhante aos contratos propriamente ditos (por analogia), abre-se um maior espaço ao magistrado para a aplicação dos costumes e princípios gerais do direito, podendo-se escapar às normas jurídicas contratuais quando elas não se coadunem com o sentido distinto que adquirem os contratos de adesão, primando-se por princípios gerais do direito que então direcionem a resolução de conflitos de modo mais justo.

O contrato bancário se submete a específica interpretação contratual, materialmente isonômica. Em função de o contrato bancário ter natureza de contrato de adesão, as regras gerais de interpretação dos contratos civis e comerciais se tornam insuficientes, vindo a doutrina em socorro preencher tal lacuna. Embora esta não seja propriamente uma característica intrínseca, é uma projeção do caráter adesivo do contrato bancário, dizendo respeito à sua leitura, à sua própria visualização, sendo conveniente tal análise neste momento.

Orlando Gomes (1995), após enfatizar que o juiz não deve verificar a vontade das partes à luz dos critérios mais usados no plano da concepção voluntarista do negócio jurídico, e sim de conceitos flexíveis que lhe abram horizonte mais dilatado no sentido de evitar abusos por parte do estipulante, refere as seguintes regras: interpretação contra o estipulante; interpretação restritiva das regras que favoreçam o predisponente; prevalecimento das cláusulas especiais sobre as gerais, das manuscritas sobre as impressas; interpretação invariável das cláusulas gerais, sem se atentar para aspectos particulares de cada caso concreto.

De fato, afirma Orlando Gomes (1995) que a singularidade de sua estruturação, dos contratos de adesão, não permite seja interpretado do mesmo modo que contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.

Afirma ainda o autor que o poder moderador do juiz deve ser usado de acordo com o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, sendo os abusos e deformações reprimidos. Para tanto a interpretação destes contratos comporta liberdade não admitida na interpretação dos contratos comuns. Entretanto, observa-se que a tendência exagerada para negar a força obrigatória às cláusulas impressas é totalmente condenável, sendo até certas cláusulas rigorosas imprescindíveis para que os contratos de adesão em série atinjam os seus fins.

Assim, a desigualdade real entre as partes contratantes conduz a uma desigualdade no tratamento jurídico, para que se atenda o princípio da isonomia em seu sentido material. Deve-se proceder, pois, uma interpretação materialmente isonômica. Este comportamento (de na falta de normas legais expressas, dar o intérprete ou aplicador tratamento, aos contratos bancários, diferenciado, buscando suprir a desigualdade entre os contraentes), tem incentivo no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1 Alguns Princípios do Direito Contratual

O Direito contratual rege-se por diversos princípios, sendo alguns mais tradicionais e outros modernos, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2010). Os princípios mais importantes são os da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos o contrato, da obrigatoriedade, da revisão do contrato e da boa fé, que serão visto a seguir, separadamente, além do princípio da supremacia da ordem pública e da função social do contrato, que serão apresentados de forma especial.

Os princípios são vistos como normas jurídicas de aplicação não mais residual. A pretensa completude do Código Civil é abandonada e a idéia do patrimônio como centro do direito privado é posta de lado. Tudo isso porque a pessoa passa a ser vista como o ponto para o qual deve convergir o sistema jurídico.

Os princípios que presidem os contratos desfrutam de enorme significação, pois, aplicados às situações concretas, permitem a prevalência do equilíbrio entre os

contratantes. E isso é de fundamental importância diante do primado da dignidade do homem, conforme preceito constitucional.

Até pouco tempo atrás vigia o Código Civil publicado em 1916 e elaborado nos estertores do Século XIX. Poucos estatutos jurídicos gozaram de vida tão longa, a ponto de assistirem a duas viradas de século. Mas, concebido numa época em que o liberalismo, embora deformado, lavrava infrene na cultura latino-americana, o Código de 1916 foi abeberar-se no modelo napoleônico, centrado no paradigma da completude, segurança jurídica e exegese estreita.

Decorrencia disso é que uma abordagem precipitada do sistema civil positivo posiciona o Código como centro do sistema privado, ao redor do qual gravitam outras normas jurídicas só aplicáveis nos casos de lacuna ou antinomia. Logo, a idéia de que o contrato "faz lei entre as partes" ou o aforismo de que o "combinado não é caro", levado à condição de dogma, fazia parte do universo cultural de não escassas obras de Direito Civil.

Conforme Humberto Theodoro Júnior (2008), o contrato não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, pois sua convenção tem de respeitar os interesses do meio social, onde surtirão efeitos. Disso decorre que a abordagem do direito privado, especialmente no tocante aos contratos, mas sem excluir a propriedade e a família, não pode ver o Código como uma ilha, mas como parte integrante de um sistema complexo, presidido por uma base comum.

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, pode afirmar-se que o direito de livre contratar é expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário e constitui um princípio vinculado à noção de liberdade e igualdade presente na decantada Declaração de Direitos. É um dos pilares do Código de 1916 e está presente em todos os sistemas do mundo ocidental. Trata-se da faculdade de dispor cláusulas, firmando o conteúdo do contrato e criando, inclusive, novas modalidades contratuais, vale dizer, os contratos atípicos.

Há uma explicação histórica para essa liberdade. Livre das peias do absolutismo, o homem pode agora interagir e buscar o que de melhor há para si, cumprindo ao Estado intervir apenas para assegurar a execução do contrato não cumprido, ou seja, para fazer valer a palavra empenhada e não honrada.

Segundo Gonçalves (2010), a liberdade na contratação parte da premissa de que a vontade de ambos os contratantes tem o mesmo peso e que a contratação é lícita e legítima pelo só fato de respeitar a vontade de cada um. Disso se cunhou as expressões antes referidas, de que "o contrato faz lei entre as partes" e "o combinado não é caro". Essa

premissa permitiu, por exemplo, que trabalhadores europeus, no auge da Revolução Industrial, fossem contratados para laborar mais de doze horas por dia em troca de um salário de fome e sem qualquer assistência social. Não tardaria a que a classe operária, iludida pela Revolução de 1789, deflagrasse conflitos por toda a França, pondo em xeque as conquistas burguesas.

A ambição burguesa leva ao extremo o papel da vontade, firmando uma falsa idéia: a de que, sendo os homens naturalmente livres e iguais, a vontade do contratante, sendo livre e igual à do outro contratante, é suficiente para legitimar a convenção. Tal raciocínio seria verdadeiro se os homens fossem naturalmente livres e iguais, mas não o são nem o poderiam ser. Os textos pós-revolucionários estabelecem o primado da liberdade e igualdade para todos, mas isso não vai além do formalismo. Igualdade material, que pressupõe tratamento desigual para situações desiguais, é algo não cogitado ou propositadamente esquecido.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2010), o princípio da autonomia da vontade alcançou papel relevante após a revolução francesa, com a predominância do individualismo e a pregação da liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Foi sacramentado que as convenções legalmente constituídas tem o mesmo valor que a lei, em relação às partes que a fizeram.

Chegou um tempo em que o Estado interveio no campo dos contratos. Primeiro, na locação de serviços, disciplinando o contrato de trabalho para o fim de delimitar a jornada diária, estabelecer o direito a férias, ao salário mínimo, à assistência previdenciária, dentre outros benefícios. Mais recentemente, na disciplina consumerista, reconheceu a condição de inferioridade do consumidor, assegurando-lhe direitos até recentemente impensáveis, como a facilitação do acesso à justiça com a inversão do ônus da prova e, especialmente, na disciplina dos contratos de adesão.

Assim, percebe-se a tentativa do Estado de preservar o equilíbrio contratual impondo um contrapeso na balança. As partes (empregador e empregado, fornecedor e consumidor) são materialmente desiguais; a vontade de uma prepondera sobre a da outra (o consumidor precisa do produto, o empregado não pode prescindir do salário). Logo, do poder público se exigem providências para manter o equilíbrio, seja pelo dirigismo contratual seja pela delimitação da vontade, seja, finalmente, pela criação de mecanismos facilitadores de direitos à parte em desvantagem.

O princípio da autonomia da vontade continua válido e informa todo o sistema contratual, mas não subsiste senão interagindo com outros princípios.

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos funda-se na idéia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação àqueles que manifestaram a sua

vontade, não afetando terceiros nem seu patrimônio, conforme afirma Gonçalves (2010). Quer isso dizer que a convenção contratual não pode gerar efeitos jurídicos senão em relação às figuras dos contratantes.

Quando duas pessoas celebram uma avença, seu patrimônio garante, abstratamente, o cumprimento da prestação e tal responsabilidade não pode recair nos bens de quem não contratou. Por tais razões o legislador estabelece diferentes soluções para o terceiro interessado e o terceiro não interessado que pagam dívida alheia. Aquele se sub-roga nos direitos do credor, por estar vinculado no negócio jurídico; este não se sub-roga, porque não está vinculado.

Sabe-se não estar o pai obrigado a pagar dívida do filho, a menos que por ela se tenha responsabilizado. O pai é estranho ao contrato e seu patrimônio não pode ser agredido. Se o fizer, terá, no máximo, cumprido uma obrigação natural. Poderá fazê-lo por amor ou por receio, mas jamais por obrigação jurídica. Também não se obriga o herdeiro pelas dívidas do morto quando o valor do passivo excede o valor da herança. Se o fizer, estará a pagar segundo os motivos acima expostos, mas nunca por força de norma jurídica.

A ampla aceitação da regra da relatividade nos sistemas ocidentais decorre da necessidade de delimitar o alcance da responsabilidade por inadimplemento contratual, na medida em que impede iniquidades, como a expropriação de bens de quem não se vinculou ao negócio. Tal princípio decorre também da própria vida em sociedade, na qual cada um deve ser responsabilizado por seus atos. O contrato é um formidável instrumento de circulação de riquezas, mas traz em si uma idéia de ordem e justiça.

A relatividade das convenções é um princípio que preside o direito contratual. Todavia, hoje sofre ele algum temperamento, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, no tema relacionado à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Consoante O art. 18 do referido código, os fornecedores de produtos são solidariamente responsáveis pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo. Solidária será também a responsabilidade do comerciante por defeitos encontrados na coisa, nas hipóteses do art. 13 do mesmo instituto.

Se alguém, num supermercado, adquire um produto alimentício e vem a se intoxicar com sua ingestão, poderá demandar contra o fabricante, ainda que o contrato se tenha realizado com o supermercado apenas. Se alguém adquire veículo novo em concessionária e, por defeito de fabricação, vem a se envolver em acidente, pode exigir indenização do fabricante, embora o contrato se tenha celebrado com a concessionária.

O que mais chama a atenção em todos os exemplos é o fato de o ordenamento estender os efeitos da contratação a quem não contratou, desprezando, em alguns casos, a responsabilidade do contratante. Pode-se dizer ser o tema afeto à responsabilidade civil, mas de responsabilidade civil contratual se trata, conforme se vê do art. 12 do referido Código de Defesa do Consumidor. Afinal, o consumidor é um contratante e a idéia central é da reparação integral do dano sofrido.

Com base no princípio da obrigatoriedade dos contratos pode-se dizer que o liame obrigacional que une o devedor ao credor é da essência de todo e qualquer contrato e já os romanos, sob a fórmula *pacta sunt servanda*, viam-no com acentuado rigor, a ponto de admitirem a responsabilidade corporal do devedor inadimplente. O princípio da força obrigatória não está expresso no sistema positivo brasileiro, mas isso nem é necessário, pois a doutrina o considera um princípio geral do Direito, de caráter universal e transcendente, presente em todas as culturas. Graças a ele, o credor goza de certa segurança, pois sabe do vínculo do sujeito passivo e de sua responsabilidade patrimonial.

O contrato é uma conjunção de vontades; perfaz-se geralmente com a aceitação da proposta. O devedor vincula-se a uma prestação economicamente apreciável, e esse vínculo decorre do sistema, que dota o credor do direito à expropriação dos bens do devedor no caso de inadimplemento. Essa noção levou a burguesia a divulgar a falsa idéia de que o devedor se acha numa posição de subordinação ao credor, como se o contrato o acorrentasse. Sem dúvida uma visão conveniente para a parte mais forte do contrato. Esse ponto de vista migrou para o Código de 1916.

Doutrina e jurisprudência há muito vêm atenuando o excessivo rigor da força obrigatória dos contratos. Em primeiro lugar, porque se entende que o negócio não induz um vínculo de subordinação, mas uma relação de coordenação. Isso significa que o contrato não é instrumento de dominação ou enriquecimento injusto, mas um meio do qual as partes se valem para atingir objetivos.

Assim, deve haver, na generalidade dos casos, equivalência econômica entre as prestações. Por essa mesma razão o sistema impõe tratamento dissimilar nos contratos de adesão, cuja exegese, na dúvida, deverá favorecer o aderente. É o que dispõe o art. 423 do Código Civil: "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". A mesma regra encontra-se no art. 47 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O legislador, ao dispor sobre os contratos, parte da idéia da posição de inferioridade do contratante aderente, por não ter ele acesso à formulação das cláusulas. O estado de desequilíbrio é mitigado por mecanismos como o daqueles dispositivos. É que nos contratos, como ocorre em todas as relações jurídicas, deve incidir o princípio da isonomia, do qual decorre a necessidade de tratamento diferenciado sempre que as partes

se encontrarem em posições diferenciadas. Dizer que o banqueiro acha-se em pé de igualdade com o correntista, por serem ambos homens livres e naturais, é uma idéia romântica e sedutora, porém falsa.

A força vinculante do contrato é princípio relativo, porque cede diante de razões maiores que o interesse das partes. Se, para uma burguesia em ascensão, como no Século XIX, o contrato era lei entre partes, a ponto de acorrentar o mais fraco ao alvitre do mais forte, hoje as convenções não obrigam senão em consonância com um ideal de equilíbrio e justiça.

Quanto ao princípio da revisão do contrato, admite atenuação na possibilidade de o pacto ser revisto pelo juiz. A par das hipóteses clássicas e bem conhecidas das nulidades e das exceções do contrato não cumprido ou deficientemente cumprido, previstas nos arts. 166-184 e 476 do Código Civil - CC, a nova ordem contratual admite a revisão do contrato em vários outros casos. Dois deles merecem aqui destaque em razão de sua significação. O primeiro ocorre na já referida hipótese de ofensa à dignidade da pessoa humana e também no já mencionado caso de violação ao dogma da função social. Contudo, a nova ordem contratual, complementando o espaço existente, passa a admitir uma outra possibilidade: a da revisão por onerosidade excessiva.

As modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, conforme ensina Ruy Rosado de Aguiar Junior (2003). Trata-se da positivação da teoria da imprevisão. O Código de 1916, fiel ao paradigma napoleônico, em que a força vinculante, ao lado da autonomia da vontade, constituía um dogma, mostrou-se refratário a sua adoção. Sem embargo, alguns autores achavam que a teoria da imprevisão estaria contida no art. 1058 do antigo Código, onde se enquadravam o caso fortuito e a força maior. Mas raros eram os julgados a reconhecê-la e aplicá-la. Ao que parece, essa mentalidade só seria rompida com o advento do Código do Consumidor, cujo art. 6º., V, cuidaria expressamente da aplicabilidade da teoria. A partir dos anos noventa, multiplicam-se os julgados autorizando a revisão dos contratos sob tal fundamento.

Pode-se dizer, em apertada síntese, que esse fundamento permite a revisão do contrato quando o devedor, em razão de um fato superveniente à contratação, cujo advento não era possível antever, nem por ele nem pela generalidade das pessoas, tem o valor de sua prestação substancialmente onerado.

Exemplo bastante citado é o da empreiteira que, na construção de um edifício de unidades residenciais, foi surpreendida pelo aumento exacerbado do preço das sacas de cimento e já não podia entregar o prédio senão reajustando as parcelas originalmente avançadas com os vários condôminos. Visível aqui o confronto entre o princípio da força

obrigatória do contrato e a regra da revisibilidade. Afinal, qual deles prevalecerá? Optando pelo primeiro, o intérprete manterá o preço ajustado, os condôminos pagarão o que foi convenionado e o empreiteiro suportará o prejuízo, pois “o contrato faz lei entre as partes”. Elegendo o segundo, o intérprete reajustará o preço, os condôminos terão suas prestações elevadas, o empreiteiro entregará a obra e os proprietários, ao final, receberão seus apartamentos pelo preço real. Parece claro deva o intérprete optar pelo segundo princípio, porquanto estará restaurando o equilíbrio contratual que o imprevisto rompera.

Daí a redação do art. 478 do Código Civil, assim concebida: “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

A positivação da imprevisibilidade marca uma nova era na civilística pátria. Não que este princípio não fosse antes aplicado entre nós; foi, conquanto esporadicamente, pois os princípios não precisam estar positivados. Contudo, a relutância do Judiciário só começaria a ser quebrada com a sistematização consumerista nos anos noventa. Agora, a regra do art. 478 abre amplo espaço para a incidência da arquitetura da imprevisão.

Não há dúvida tratar-se de grande conquista legislativa, pois a recepção da teoria pelo direito positivo há muito vinha sendo exigida pela doutrina. Mas é necessário aceitar a disposição do art. 478 como um princípio, porquanto fundante da disciplina contratual.

A resolução do contrato sob o fundamento da imprevisão protege, como todos os princípios informadores do direito privado, a dignidade da parte. O raciocínio é simples e, na verdade, bem lógico: ninguém pode ser compelido a uma prestação cujo conteúdo se alterou por causa superveniente ao contrato e estranha à vontade. Se o contratante soubesse que o estado de coisas sofreria substancial alteração, decerto não teria declarado a vontade. Se a ninguém se impõem obrigações contraídas por erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo, em que a vontade se encontra viciada, por não corresponder à intenção real, também não há exigir o cumprimento de prestação cujo conteúdo se altere à revelia do devedor. Do contrário se estará violando a vontade. E se esta é um dos maiores valores da personalidade, sua ofensa implicará lesão à dignidade do ser humano.

Sobre o princípio da boa-fé, deve-se considerar que o conceito de boa-fé sempre esteve presente em nosso sistema privado. Já o Código Comercial de 1850 o previra. O antigo Código Civil, em numerosas passagens, a ele igualmente se referia, especialmente no tocante à posse e benfeitorias. No âmbito dos contratos, o conceito de boa-fé era aplicado ao seguro, na parte referente às declarações do segurado. O art. 422 do novo Código não constitui, portanto, uma novidade; novidade é o conceito de boa-fé

objetiva, constante no mesmo dispositivo. Com efeito, a negociação é examinada segundo duas perspectivas: a consciência do agente e a conduta com que se houve na contratação. No primeiro caso, tem-se a boa-fé subjetiva, correspondente à ausência de dolo e, no segundo, assoma a boa-fé objetiva, que corresponde à idéia de comportamento leal.

Para as hipóteses de dolo, em que falta a boa-fé subjetiva, o sistema fulmina de nulidade o contrato, vez que não se tolera a vontade livre e consciente de lesar o outro contratante. Neste caso, a boa-fé surge como atenuante do princípio da autonomia da força obrigatória da convenção. Ninguém pode ser obrigado a cumprir uma prestação em favor de parte imbuída do propósito de enriquecer à custa do prejuízo alheio. O Código de defesa do Consumidor enumera várias hipóteses de nulidade oriunda de má-fé, como as cláusulas abusivas ou leoninas. Todas elas conduzem à ineficácia da cláusula eivada do vício. Idêntica regra está enunciada no art. 424 do Código, para o qual “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Quem age com o propósito de infligir um dano ao contratante, falta à boa-fé subjetiva, mas é possível que alguém, embora despido desse propósito, ainda assim se pautar por uma conduta que, por não ser a ideal ou esperada, culmine na provocação de uma lesão ao outro. Indagado se goza de boa saúde, uma pessoa, ao preencher um questionário para a celebração de contrato de plano de saúde, responde positivamente, mas oculta o fato de ter sofrido, há pouco tempo, doença grave e potencialmente recidível. Ora, essa circunstância, se conhecida da outra parte, poderia determinar diverso rumo à contratação, até mesmo dissuadindo a contratação. Numa palavra, entende-se ser dever do contratante explicitar todos os fatos e circunstâncias que possam influir na convenção.

A boa-fé, em sua acepção objetiva, serve a três propósitos basilares: auxilia na exegese do contrato; cria deveres jurídicos e limita o exercício de faculdades subjetivas. Nesse último sentido, entende-se que a boa-fé, ao postular um padrão de conduta do contratante, delimita sua esfera de liberdade. E isso para que o contrato seja presidido pelo ideal do equilíbrio e alcance os objetivos almejados por ambas as partes, sem ofensa à ordem pública.

Desse modo, pode-se afirmar que a boa-fé, em suas duas acepções, surge como limite aos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções. Disso decorre a dicção do art. 422 do Código, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de boa-fé e probidade”.

2.2 Supremacia da Ordem Pública

Os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares, sendo a ordem pública constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar, conforme ensina Silvio Rodrigues (2002). Sabe-se ser a sociedade uma condição necessária ao ser humano, que, para realizar-se e alcançar seus propósitos, não pode isolar-se como náufrago em ilha deserta. Por isso o homem, um ser carente de riquezas, conserva-se em sociedade e nela busca sua realização pessoal. O contrato é um dos meios para essa auto-realização.

É possível que, ao expressar a vontade e produzir um dado efeito jurídico, o contratante desborde do comportamento razoável e produza uma lesão à ordem pública, cujos interesses então restarão violados. O fim último do Estado é o bem-estar dos indivíduos que dele fazem parte e, assim, o contrato não só deve satisfazer os contratantes como também deve respeitar os interesses da coletividade em geral. Um contrato de transporte de entorpecentes, pode satisfazer a ambas as partes, mas não cumpre uma função social; o contrato para caça de animais selvagens também pode ser da conveniência das partes, mas viola interesse coletivo, representado pelo ambiente sadio e equilibrado. Assim, nem sempre a conjunção das vontades, embora do agrado de ambos, será suficiente para legitimar e imprimir força a um contrato.

Em situação semelhante encontra-se a chamada "locação de útero". Segundo essa prática, mulher com óvulo fecundado, mas incapaz de sustentar uma gravidez, avença o implante do óvulo no útero de outra mulher, apta a manter a gestação até o final. Duas mulheres concorrem, assim, para o nascimento da criança: a mãe biológica e a mãe uterina. Aqui, a vontade de ambas é livremente manifestada, mas não haverá lesão à personalidade de mãe uterina ao dispor onerosamente de seu órgão? Hoje a questão foi definitivamente resolvida, porquanto vedada a disposição onerosa de órgãos, mas no passado gerou algum debate doutrinário e jurisprudencial.

Precisar a amplitude do interesse público não é tarefa tão fácil quanto parece. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2010), cabe aos tribunais verificar, em cada caso, se a ordem pública está ou não em jogo. Em relação à propriedade o tema encontra-se sedimentado, pois sua função social está positivada no sistema desde 1934. Contudo, a função social do contrato, como norma positivada, era cânone desconhecido da legislação anterior a 2002.

Às vezes têm-se critérios seguros para apurar a funcionalização das convenções: não haverá função social quando ilícito ou impossível seu objeto, como no exemplo do transporte de entorpecentes (ilicitude) ou no caso de alienação de coisa fora de comércio (impossibilidade). No primeiro caso, o ato refoge à ordem social, que conhece os males provocados pela droga; no segundo, não existe circulação de riquezas. Nenhum dos contratos interessa à sociedade, porque ambos lhe são hostis.

Diante de numerosos casos, o intérprete se vê na dúvida e a ausência de preceito expresso não traz segurança para adotar uma solução. A questão repousa em saber qual o limite da vontade e em que caso o interesse público é violado.

Na interpretação de um contrato há de levar em conta, antes de tudo, o rol dos fundamentos e objetivos propostos para a nação e, entre nós, estão eles no art. 1º. a 4º. do Texto de 1988. Um deles é primaz e jamais será esquecido em qualquer negócio jurídico. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, valor para o qual converge todo o sistema privado brasileiro. Por força dessa regra de aplicação plena, o *ser* passa a desempenhar um papel maior que o *ter*. A idéia da repersonalização derroga a mentalidade da patrimonialização do contrato.

Assim, o contrato cumpre uma função social quando, respeitando a dignidade do contratante, não viola o interesse da coletividade, à qual não interessam nem a ilicitude do objeto nem a ociosidade das riquezas. Para assegurar a funcionalização das avencas, foi preciso que o Estado interviesse no campo contratual, qualificando seu conteúdo e dando ensejo ao que se chama direitos de segunda geração. Há um evidente contraste, pois os direitos de geração anterior eram caracterizados pela ausência do Estado; os direitos oriundos da função social do contrato são marcados pela postura contrária, vale dizer, pela ingerência do poder público no campo privado.

2.3 Função Social do Contrato

A Constituição da República Federativa do Brasil, também chamada de Constituição Federal, é de natureza principiológica e, como tal, seus princípios têm importância não somente no corpo constitucional, mas também em todo o ordenamento infraconstitucional.

À luz da doutrina constitucional, o ordenamento jurídico é integrado por princípios e normas, sendo certo que a expressão princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, ou seja, o alicerce de um sistema.

De forma pragmática, pois, milita entre os princípios uma aparente antinomia, posto que, a depender da casuística, um princípio prevalece em relação ao outro, por causa de sua maior importância ou pertinência, sem a necessária exclusão do outro, em virtude da relatividade do valor que alberga. Em relação à regras, contudo, persiste uma real antinomia e, por conseguinte, num conflito entre duas regras obrigatoriamente uma deve ser excluída, à vista do seu caráter absoluto, na medida em que incidem ou não sobre determinado fato.

Em sede de direito contratual, por exemplo, há dois princípios constitucionais que fomentaram a radical mudança sofrida pela Teoria dos Contratos: o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III) e o princípio da livre iniciativa (art. 170 caput).

Quanto ao primeiro (dignidade da pessoa humana), por se tratar de um valor constitucional supremo, que se traduz no respeito ao ser humano, significa dizer ser o ponto central de todo o ordenamento jurídico e para onde converge todo o espectro de interesses constitucionais. Para tanto, a Constituição Federal repousa todo o seu manto principiológico na proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção de que a pessoa é o fundamento e o fim da sociedade e do Estado.

Quanto ao segundo (livre iniciativa), não se cinge tão-somente à liberdade da empresa (comércio e indústria), mas também à liberdade de contrato, enquanto uma das facetas da livre iniciativa. Nesse aspecto, a livre iniciativa e, por conseguinte, o lucro, tem respaldo constitucional, desde que o lucro não seja abusivo ou extorsivo, pois deve estar atrelado aos ideais de Justiça Social externados nos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF/88).

A associação desses dois princípios constitucionais deve fundar o contrato moderno, o contrato constitucionalizado, o contrato que efetive o princípio da função social, por se tratar de um "mandado de otimização", consoante previsto no Novo Código Civil. O artigo 421 do novel Código Civil assim estabelece: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Induvidosamente, o artigo em comento guarnece dois princípios antagônicos, quais sejam: enquanto a 'liberdade de contratar' deriva do princípio clássico da autonomia da vontade, típico do liberalismo individualista do século XIX, a expressão "função social" decorre do ideal de Justiça Social, do Estado Social.

Ora, se certo é, como já ficou assentado, que não há incompatibilidade entre os princípios, mas apenas concorrência, é perfeitamente possível a aplicação harmônica de ambos, desde quando se perceba que a "função social" se traduz num limite positivo na moderna liberdade de contratar, conforme ensina Humberto Theodoro Junior (2008), inclusive limitando a liberdade contratual em si, ou seja, a própria possibilidade de fixar o conteúdo contratual.

No Código Civil vigente, a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do Direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. A função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite

positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Na contemporaneidade, no contexto de uma sociedade massificada e plural ao extremo, não é mais aceitável, sob qualquer ótica a analisar, que o contrato seja um instrumento de ruína do contratante mais fraco, levando-o à miséria ou mesmo entregando sua liberdade em razão de eventual inadimplência contratual, sem qualquer direito de defesa.

Atualmente, o que se busca é a realização de um contrato que detenha a função social, ou seja, de um contrato que além de desenvolver uma função translativa-circulatória das riquezas, também realize um papel social atinente à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, segundo os valores e princípios constitucionais.

Busca-se o contrato constitucionalizado, isto é, o contrato que concilie a livre iniciativa à justiça social, posto que permeado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da livre iniciativa.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O ENDIVIDAMENTO DE ASSALARIADOS E APOSENTADOS NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

3.1 O Endividamento Geral no Brasil.

O crédito tem sido o propulsor do consumo nos tempos modernos, notadamente com a revolução industrial em que a produção seriada recorre à necessidade de uma oferta massificada. Como no Brasil a regulamentação do empréstimo consignado intensificou a outorga do crédito, o fenômeno do superendividamento se tornou uma realidade preocupante.

Segundo informações do Banco Central do Brasil o volume total das operações de crédito do sistema financeiro atingiu R\$1.435 bilhões em fevereiro/2010, expandindo-se 0,8% no mês e 16,8% em doze meses. Como resultado, a relação entre o volume total de empréstimos e o PIB atingiu 44,9%, ante 45% em janeiro e 40,7% em fevereiro de 2009.

A evolução do crédito, em fevereiro, além de refletir a sazonalidade característica do período, revelou comportamentos similares entre as carteiras por segmentos, constatando-se expansão tanto na parcela relativa aos recursos livres, quanto nos financiamentos com recursos direcionados, os quais registraram desaceleração comparativamente ao mês anterior. Tais evoluções foram verificadas em contexto de

moderação das taxas de juros e dos spreads bancários, que alcançaram mínimos históricos, e de continuidade da redução das taxas de inadimplência.

Os empréstimos contratados com recursos livres, que corresponderam a 67,1% da carteira total do sistema financeiro, totalizaram R\$963,5 bilhões em fevereiro, com elevações de 0,8% no mês e de 11,2% em doze meses. A variação no mês decorreu de incrementos de 0,8% nos financiamentos para pessoas jurídicas, cujo saldo situou-se em R\$485,8 bilhões, e de 0,7% nos empréstimos a pessoas físicas, que somaram R\$477,7 bilhões.

Ressalte-se, nesse aspecto, a retomada dos financiamentos lastreados em moeda estrangeira, que registraram expansão mensal de 0,3%, alcançando R\$56,1 bilhões, com ênfase para as operações de adiantamentos sobre contratos de câmbio (ACC). Os créditos concedidos com recursos domésticos cresceram 0,9% no mês, com saldo de R\$429,6 bilhões, destacando-se as modalidades de capital de giro e conta garantida. Para a expansão das operações destinadas a pessoas físicas, destacaram-se os empréstimos de crédito pessoal, os financiamentos para aquisição de veículos e as operações com cartão de crédito, segundo o Banco Central do Brasil.

A Associação Comercial de São Paulo (ACSP) destaca que, conforme dados do Banco Central, os cheques pré-datados têm aumentado a participação nas dívidas dos inadimplentes. Eles representavam 83% dos cheques em atraso, enquanto 17% eram à vista. Já em março deste ano, os cheques pré-datados chegaram a 88% do total de cheques em atraso, frente a 12% à vista, conforme consulta ao *site* do Empreendedor.

É crescente o número de consumidores endividados por mais de um carnê em atraso. Em março de 2009, a maioria (53%) das pessoas que recorreram ao Serviço Central de Proteção ao Crédito da ACSP tinha apenas um carnê atrasado, contra 47% dos que possuíam dois ou mais, conforme a fonte referida.

Ainda segundo a mesma fonte, em março de 2010, no entanto, a história se inverteu: 27% dos entrevistados têm apenas um carnê vencido, enquanto 73% possuem dois ou mais títulos em atraso.

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto de Economia Gastão Vidigal, da ACSP, com 830 pessoas, 39% dos consumidores endividados tinha carnês de lojas em atraso em Março deste ano, contra 34% no mesmo mês do ano passado, ainda conforme dados da mesma fonte.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento do Comércio (IPDC), entidade ligada à Fecomercio-CE, a quantidade de fortalezenses que apresentam algum tipo de dívida ou conta, no mês de março, é a maior desde setembro

de 2009. O nível de endividamento dos consumidores chegou a 60,17%, indicador superior aos 58,66% de fevereiro e, inclusive, ao apresentado em março do ano passado (58,21%), conforme consulta ao *site* do Diário do Nordeste.

Alem do endividamento geral, o número de débitos e contas em atraso também ascendeu, fechando em 22,97%, enquanto, em fevereiro, o índice marcou 21,29%. Apenas em agosto do ano passado houve uma fatia mais significativa deste indicador, quando o índice de atrasos marcou 25,24%, conforme a fonte acima indicada.

Ainda conforme a mesma fonte, a taxa de comprometimento, que mede a parcela da renda dos consumidores destinada ao pagamento de contas, também teve acréscimo em março. Com 17,25%, o índice foi superior aos anotados nos últimos seis meses, perdendo apenas para o mês de agosto de 2009, que contabilizou 17,58%.

Para o economista e superintendente da Fecomércio-CE, Alex Araújo, os números elevados do mês de março surpreenderam. Segundo ele, o natural para este mês é haver queda nas taxas de endividamento. "Os consumidores que iniciam o ano com as contas comprometidas devido aos altos gastos de fim de ano, normalmente, diminuem o consumo em fevereiro", explica o especialista. Seguindo essa lógica, Março seria um período de menor endividamento. Porém, Araújo lembra que houve um fator preponderante para as peculiares elevações: a venda de veículos. O economista explica que os consumidores da classe B aproveitaram as últimas chances para adquirir automóveis com IPI reduzido, fator que influenciou o aumento das dívidas, segundo a referida fonte.

Da totalidade de dívidas adquiridas pelos compradores da Capital, os cartões de crédito são responsáveis por 77,83%, mostra a pesquisa. Mesmo exercendo uma liderança esmagadora sobre as outras formas de compra, as dívidas por cartões diminuíram em relação a fevereiro, quando anotavam 80,1%, conforme a fonte indicada.

Imediatamente abaixo dos cartões, está o uso dos carnês de lojas, com 16,92%. O empréstimo pessoal é responsável por 10,57% das dívidas assumidas, enquanto os cheques pré-datados cobrem 6,90%. Completando a lista, estão as prestações de carro, as compras de imóvel e os gastos com seguros. O estudo do IPDC constatou que as despesas com alimentação foram as que mais afetaram as dívidas do fortalezense, influenciando em 45,25%. Vestuário (14,98%), eletrodomésticos (12,48%) e veículos (9,03%) também pesaram nas contas de março, conforme a referida fonte.

3.2 O Endividamento de Assalariados e Aposentados.

O Empréstimo Consignado, destinado a assalariados em geral e aposentados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tido como necessário para o incremento da

economia, alcançou importância ímpar, por atingir categorias e classes de pessoas no mercado de consumo, induzindo-lhes ao acesso do crédito.

Desse modo, proporcionou às instituições financeiras segurança na concessão do crédito, por livrá-las dos riscos da inadimplência, já que os descontos são automaticamente lançados nas contas salário, pensões ou proventos dos trabalhadores, dos aposentados e pensionistas do INSS.

A operação de crédito mediante o desconto das prestações em folha de pagamento foi criada pela Medida Provisória nº 130, de 17/09/2003, regulamentadas pelo Decreto nº 4.840, de 17/09/2003, para possibilitar aos trabalhadores a reestruturação de suas contas, livrando-os das dívidas com o cheque especial e cartão de crédito.

Para proporcionar efetividade à implementação dessa modalidade de crédito, houve aumento da malha de captação desse crédito, com o credenciamento de outras pessoas jurídicas (correspondentes bancários) nos lugares mais distantes, alcançando um número cada vez maior de pessoas que oferecem condições de ingressar no sistema.

Por outro lado, contribuiu decisivamente para o surgimento do fenômeno recente, que se não causado pelo empréstimo consignado, por certo contribuiu sobremaneira, que é o endividamento sistêmico dos “beneficiados” por essa modalidade de outorga do crédito, o chamado superendividamento dos consumidores.

A Instituição financeira que concede o empréstimo não sofre risco alto de inadimplemento, mas não significa que o mutuário esteja livre do risco de se endividar, pois uma vez assinado o contrato, não pode mais revogá-lo, porque a lei o obriga, mediante o desconto em folha.

O consumidor bancário premido pelo comprometimento sem volta de seus vencimentos, recorre a outros meios de captação de dinheiro, inclusive sujeitando-se a outros tipos de empréstimos do banco, como o Crédito Direto ao Consumidor-CDC, cheque especial, cartão de crédito, com altas taxas de juros, e recorrendo a outros meios, como carnês e cheques pré-datados.

Algumas vezes esse mesmo consumidor procura outro banco, abre uma nova conta com respaldo no seu contracheque e se habilita a novos limites para contrair empréstimos, cheque especial e cartão de crédito, tendo em vista que a limitação imposta pela Lei 10.820/03 é referente apenas ao empréstimo consignado.

Muitos trabalhadores tornam-se inadimplentes e têm seus nomes inscritos nos órgãos de proteção do crédito. Desesperados, eles recorrem a agiotas e perdem ainda mais o controle de seus orçamentos.

A Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003 resultou da conversão da Medida Provisória N. 130/03, e passou a regular e normatizar todo o sistema de desconto em folha de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil.

A Lei nº 10.953, de 27.09.04, alterou a Lei 10.820/03, para permitir que o crédito consignado passasse a ser oferecido a aposentados e pensionistas do INSS.

O endividamento excessivo é fato jurídico real que vem sendo objeto da atenção dos estudiosos, por se caracterizar como uma distorção do mercado, uma anomalia que contamina as boas relações comerciais.

Recentemente, o Conselho Nacional de Previdência Social elevou de 20% para 30% o índice de comprometimento da renda dos aposentados e pensionistas do INSS, em mais uma demonstração de que o fator endividamento não está sendo encarado com a importância que ele merece, conforme Instrução Normativa INSS/PRES n. 37, de 01 de Abril de 2009.

O endividamento excessivo tem merecido estudos diversos. A atividade econômica baseada nos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, conforme estabelece o artigo 170 da Constituição Federal, almeja assegurar a todos existência digna com base em ditames da justiça social.

O aumento das dívidas pessoais deve levar a um paradigma de comportamento de todos os elementos da relação de consumo, de cooperação, que implica num dever de renegociação. É o que prega Cláudia Lima Marques (2006), ante o fenômeno do superendividamento, com base em tendência de doutrina européia, mais especificamente alemã. Com base nessa tendência, o dever de lealdade e de cooperação, sustentada na boa-fé, tem o objetivo de manter a dignidade entre os parceiros contratuais. Aí se centram os deveres de não onerosidade excessiva e de não cobrança vexatória.

3.3 Fatores que facilitam o endividamento

Um problema que preocupa milhões de brasileiros é o endividamento. Tem gente devendo muito. O número de pessoas com carnês atrasados aumentou. É o que revela uma pesquisa feita pela Associação Comercial de São Paulo, conforme consulta ao *site* do Empreendedor.

O que tem contribuído para esse descontrole dos gastos é justamente a facilidade de crédito. O consumidor quer comprar, mas falta dinheiro. "O salário nunca chega no tamanho daquilo que a gente quer gastar", diz uma senhora.

O crédito fácil e o parcelamento longo resolvem o problema, mas podem provocar outro. Quando você diminui a prestação, a pessoa compra. Coube no bolso. “Só que se ele tiver uma doença, que ele precisa de remédio, faz diferença, porque ele está exaurido na sua capacidade de pagar”, explica o presidente da Associação Comercial de São Paulo, Alencar Burti.

A pesquisa da Associação Comercial de São Paulo mostra que tem muita gente exagerando nas compras a prazo. No mês passado, 39% dos consumidores que procuraram o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) tinham atrasado as prestações dos carnês de loja. Em março de 2009, o índice era de 34%. Entre os consumidores que estavam endividados no mês passado, 73% tinham deixado de pagar dois ou mais carnês, segundo a referida fonte.

Depois do atraso dos carnês, as dívidas mais frequentes dos consumidores, segundo a pesquisa, são com o cartão de crédito e também no cheque especial, com o cartão de loja e, por último, o empréstimo bancário.

Segundo Furbino (2009), 80 milhões de brasileiros têm empréstimos bancários e cada consumidor mantém, em média, pelo menos três dívidas diferentes: financiamento da casa própria, do carro e outro tipo de empréstimo. As razões desse endividamento são questões emocionais. Segundo orientadores de finanças pessoais, os problemas que levam as pessoas a exagerarem nas compras passam pela necessidade de gratificação imediata. Nesses casos, comprar dá prazer e acaba preenchendo vazios existenciais. Também é comum que o consumo seja usado como punição entre um casal, como forma de manter aparências sociais e até de disputar o amor dos filhos. O acúmulo de dívidas chega a cumprir estranhos papéis dentro do universo familiar. Os empréstimos podem funcionar como ponte para a união entre a família.

Para alguns consultores de finanças pessoais, o pior do comportamento do comprador ou endividado contumaz é que ele não leva em consideração o custo real do que está adquirindo, mas sim os efeitos psicológicos imediatos da compra. Muitos dos pacientes que procuram consultoria são pessoas que querem saber os motivos que as levam a administrar mal suas contas pessoais. Elas querem entender por que gastam mais do que ganham, por que vivem penduradas em empréstimos em bancos.

O Brasileiro vive no fio da navalha. Com o salário certinho para pagar as contas no final do mês, não sobra muito dinheiro para realizar aquele sonho de consumo, para se dar ao luxo de uma extravagância ou outra. Para piorar, qualquer imprevisto joga as contas no vermelho, conta atrasada e dor de cabeça.

Esse quadro é comum e foi comprovado por uma pesquisa realizada pela Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) desde o ano passado com cerca de 400

consumidores. Mas como evitar isso e ainda criar a oportunidade para comprar aquele bem ou produto que tanto quer? A resposta da Febraban é a educação financeira, conforme consulta ao *site* do Consumidor Moderno.

Para o presidente da entidade, o atual momento da economia brasileira exige um cuidado mais das instituições financeiras sobre como o consumidor utiliza seu dinheiro. Nos últimos dez anos, dobrou o número de correntistas no País, passando de 120 milhões. Além de ter multiplicado por quatro o número de cartões de crédito, chegando a 130 milhões, segundo a referida fonte.

3.4 O Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR

O Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR é um instrumento de registro e consulta de informações sobre as operações de crédito, avais e fianças prestados e limites de crédito concedidos por instituições financeiras a pessoas físicas e jurídicas no país.

Inicialmente determinou-se que as instituições enviassem informações sobre o total das operações dos clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Paulatinamente, esse valor foi sendo diminuído, inicialmente para o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, a seguir, para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nível hoje em vigor, conforme o Banco central do Brasil.

Devem ser informadas todas as operações de clientes com exposição consolidada na instituição igual ou superior a R\$5.000,00 (cinco mil reais), detalhadas por créditos ativos ou em ser, créditos baixados como prejuízo, coobrigações (avais e fianças prestados pelas instituições financeiras) e créditos a liberar, contabilizados nos balancetes mensais, segundo a fonte acima citada.

Em 1997, o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução 2.390, substituída em 2000 pela Resolução 2.724, determinou o envio ao Banco Central do Brasil, pelas instituições financeiras, de informações sobre o montante dos débitos e responsabilidades por garantias de seus clientes, objetivando a implementação do sistema Central de Risco de Crédito, conforme mesma fonte.

Em 2000, percebeu-se a necessidade de se efetuar uma evolução no sistema. Naquela ocasião, iniciaram-se os estudos que culminaram na construção do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR, sucessor da Central de Risco de Crédito. No novo sistema, buscou-se ampliar o escopo das informações existentes, abrangendo não somente as necessidades da área de supervisão bancária, mas também de outras áreas de atuação do Banco Central. Assim, a partir da data-base de maio/2002 (Circular nº

3.098/2002), iniciou-se a coleta de informações sobre cada operação de crédito registrada no final do mês pelas instituições financeiras nos balancetes mensais, ainda conforme a fonte acima.

São objetivos do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR: prover a supervisão do Banco Central de informações que melhorem a capacidade de avaliação da carteira de crédito das instituições, auxiliando a detecção e prevenção de crises bancárias; permitir o desenvolvimento de ferramentas que sinalizem instituições com problemas potenciais em relação à carteira de crédito; permitir que o Banco Central realize análises sobre o mercado de crédito; auxiliar as instituições financeiras na gestão de suas carteiras de crédito, preenchendo a lacuna de informações comportamentais de um cliente.

As instituições a seguir devem prestar informações para o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR: Agências de Fomento ou de Desenvolvimento; Associações de Poupança e Empréstimo; Bancos Comerciais; Bancos de Desenvolvimento; Bancos de Investimento; Bancos Múltiplos; Caixa Econômica Federal; Companhias Hipotecárias; Cooperativas de Crédito com carteira de crédito superior a R\$ 2 milhões; Sociedades de Arrendamento Mercantil; Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento; Sociedades de Crédito Imobiliário.

O benefício imediato do sistema para a sociedade é o aumento do conteúdo de informações que facilitam a tomada da decisão de crédito, diminuindo os riscos de concessão e aumentando a competição entre as instituições participantes do Sistema Financeiro Nacional.

Nessa linha, destaca-se que o SCR tem, em seu projeto, características que representam grande evolução para a sociedade em geral. As informações permitem que as instituições conheçam melhor os tomadores de crédito no SFN e, com base na exposição que apresentem, possam oferecer produtos semelhantes com melhores condições de taxa ou prazo, para aqueles clientes com hábitos de pagamento regular.

A base de dados do SCR atende aos interesses da sociedade por ser importante ferramenta para que a supervisão bancária acompanhe, de forma regular e sistemática, o risco de crédito dos agentes que concedem empréstimos e financiamentos. Por ampliar a capacidade de monitoramento das instituições financeiras, o SCR permite que a Supervisão detecte riscos e aja de forma preventiva na proteção da poupança dos cidadãos.

Espera-se que o uso continuado do sistema gere tanto um aumento da competitividade do mercado de crédito brasileiro quanto uma diminuição da inadimplência, contribuindo para a redução do spread bancário e favorecendo, sobretudo, a sociedade como um todo.

Como ferramenta da supervisão, o SCR permitirá ao Banco Central monitorar e fiscalizar com maior eficiência e em maior escala os riscos e perdas das carteiras de crédito das instituições financeiras. A verificação desses riscos é reconhecidamente importante, tendo em vista o histórico de insolvência bancária relacionado ao não pagamento de créditos.

Na sua nova configuração, o SCR amplia a capacidade do supervisor bancário avaliar rapidamente o impacto de crises econômicas domésticas ou internacionais e, ainda, antever as conseqüências, para o sistema ou para uma instituição específica, da insolvência de grandes tomadores de crédito. Esse aspecto é primordial para que se possa direcionar o trabalho da supervisão, visando minimizar ou, se possível, contemporizar os efeitos prejudiciais que esses eventos possam ter sobre a economia e a sociedade.

As instituições financeiras, desde que autorizadas por seus clientes, podem ter acesso aos dados. A existência de autorização é declarada pela instituição no momento do acesso aos dados. A não observância dessa regra sujeita as instituições às penalidades previstas em lei. As informações acessadas pelas instituições financeiras apresentam dados consolidados dos clientes, não trazendo detalhes da operação, nem a identificação da instituição credora ou o nível de classificação de risco, conforme o Banco central do Brasil.

Pessoas físicas e jurídicas podem se cadastrar junto ao Banco Central para acessarem gratuitamente, via internet, os dados prestados a seu respeito pelas instituições financeiras. Além disso, o Banco Central, por meio de suas Centrais de Atendimento ao Público (CAPs), fornece ao requerente relatórios detalhados de suas informações no sistema. Os clientes acessam exclusivamente seus próprios dados, sempre com um número maior de informações que aquele obtido pelas instituições financeiras.

A Lei Complementar 105, de 10.01.2001, em seu art. 1º, parágrafo 3º, determina que não constitui violação do dever de sigilo a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, segundo a fonte acima.

O Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução 2.724, de 31.05.2000, dispõe que as instituições financeiras poderão consultar as informações consolidadas por cliente constantes do sistema, desde que obtida autorização específica do cliente para essa finalidade.

Em realidade, depende do tomador de crédito permitir ou não o compartilhamento de dados. Sem a autorização do cliente, nenhuma instituição financeira pode acessar seus dados no sistema.

3.5 A função social do contrato e o endividamento de assalariados e aposentados no Sistema Financeiro Nacional.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2008), os três novos princípios introduzidos pelo Código Civil brasileiro vigente no Direito Contratual, ou seja, a Boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social, não mudaram os princípios anteriores – a liberdade de contratar, a força obrigatória do contrato e a eficácia relativa da convenção – mas reduziram as suas dimensões, diminuindo o espaço de atuação da liberdade do tempo de liberalismo exacerbado. Os novos princípios diminuíram a rigidez dos antigos, do estado liberal.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2008), a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, imposta progressivamente a partir do fim do século XIX e início do século XX, provocou o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade, com o desenvolvimento de mecanismos de intervenção estatal no processo econômico, atuando com moderação segundo um dirigismo, apoiado em modelo em que o controle econômico compreende uma atuação com objetivos determinados.

Os novos princípios estão voltados para a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa e fraterna. Com a aplicação dos novos princípios, o juiz pode invalidar os negócios viciados ou proceder à revisão dos contratos desequilibrados. Pode ser determinada a revisão contratual para o perfeito equilíbrio de sua equação econômica. A função social do contrato não pode ser prejudicada por abuso da liberdade de contratar, bem como esta deve ser reduzida em benefício da ordem pública.

Dispõe o art. 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as pessoas contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, isto é, no meio social. Neste caso a liberdade de contratar será mitigada em nome da função social. O contrato deixa de ser coisa apenas dos contratantes, passando a refletir também em relação a terceiros. A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade, e não apenas no campo das relações entre os contratantes.

O contrato bancário realizado entre a instituição financeira e o assalariado ou aposentado, seja para servir de instrumento ao crédito consignado ou outro tipo de empréstimo, pode estar sendo utilizado, embora com respeito a liberdade de contratar, com ofensa a sua função social, uma vez que está promovendo um elevado endividamento do referido segmento, colocando em jogo a dignidade humana.

Conforme descrito pelo Banco Central do Brasil, não há normas do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional que disciplinem especificamente a concessão

de crédito consignado. Todo o regulamento do sistema de crédito consignado está contido nas Leis 10.820/2003 e 10.953/2004, além dos Decretos 4840/2003 e 5892/2006.

O brasileiro, de uma forma geral, e especialmente os assalariados/aposentados estão experimentando uma era de consumo, como de há tempo não se via. E para atender a essa necessidade reprimida de consumo estão cada vez mais se envolvendo em dívidas em instituições financeiras, principalmente, e demais setores da economia.

O assalariado e aposentado conta com um crédito especial, o consignado, e outros mais, como o cheque especial e cartão de crédito. Para a instituição financeira tornar-se uma cliente de baixo risco, tendo em vista que tem o seu ganho praticamente garantido todo mês, o salário/benefício, para pagamento de suas prestações.

O crédito cada vez mais atraente e a falta de uma melhor preparação para o controle de suas finanças, fazem do assalariado/aposentado uma vítima para o endividamento excessivo. Chegando ao topo de seu limite de empréstimo em determinado banco, ele tem a possibilidade de procurar um novo agente financeiro, que lhe abrirá as portas para novos empréstimos, pois lá ele ainda nada deve. Pode não conseguir mais empréstimos consignados, em função do seu limite de 30% da renda informada pelo seu empregador, mas outros créditos lhe serão oferecidos em função da sua renda mensal.

A Atual crise econômica mundial (com fortes reflexos nos anos 2008 e 2009), que explodiu nos Estados Unidos da América, teve como uma das suas causas o elevado endividamento do norte americano, principalmente junto às instituições financeiras. O endividamento chegou a tal nível que os devedores começaram a ficar inadimplentes, sem condições para arcar com os seus compromissos. Os bancos ficaram em dificuldades para fazer novos negócios, uma vez que não conseguiam receber os seus créditos. Gerou uma crise de confiança, que levou por "derrubar" o valor de mercado de algumas grandes instituições financeiras e, por conseqüência gerou um efeito sobre toda a economia americana, repercutindo em todo o mundo globalizado, necessitando de intervenção do estado para "socorrer" a economia.

Conforme Theodoro Junior, "o estado social, porém, não se alheia aos problemas que o abuso da iniciativa contratual pode gerar no meio social em que os efeitos da convenção privada irão repercutir". Não poderá o resultado danoso prevalecer. O contrato desviado de sua função social não ficará livre de uma sanção jurídica, pois sua prática incorreu pelo terreno da ilicitude.

A ordem constitucional evita o intervencionismo gerencial público no processo econômico, mas também não pode permitir que em nome da liberdade negocial a força

econômica seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem estar social e com os valores éticos cultivados pela comunidade.

A função social prevista no nosso direito contratual autoriza o juiz, para aplicação no caso concreto, a promover a revisão contratual para ajustar o que foi combinado com a real condição de pagamento do mutuário. Não pode o assalariado ou aposentado, bem como qualquer outro brasileiro, deixar de ter atendidas as suas necessidades básicas, seus direitos fundamentais à saúde e a vida digna, para ficar “amarrado às correntes” das prestações e dívidas efetuadas fora de sua capacidade de pagamento.

Segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves (2010), a função social pode ser enfocada sob dois aspectos: um, individual, referente aos contratantes, e o outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. A função social do contrato somente estará cumprida quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Se o contrato não cumpre a sua função social, se agride interesses de ordem pública caros ao consenso da sociedade, ao juiz compete aplicar-lhe a sanção da nulidade ou da ineficácia, conforme o caso. É preciso que o contrato seja bom para os indivíduos que o celebram e bom para a sociedade. A função social passou a atuar no campo das condições de validade do contrato.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2003), a função social é norma de ordem pública e serve para limitar a autonomia da vontade, quando esteja em confronto com o interesse social e se este deva prevalecer.

As instituições financeiras precisam exercer o seu papel social, não se preocupando apenas com o lucro imediato. Antes de conceder um crédito ao seu cliente, deve procurar verificar as suas reais condições de pagamento, o seu nível de endividamento, bem como conscientizá-lo sobre o compromisso a ser assumido (crédito consciente).

O Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR pode contribuir para uma política de crédito mais responsável. Como todas as instituições financeiras são obrigadas a prestar informação sobre os empréstimos efetuados para seus clientes, formando um banco de dado único a nível nacional, este banco de dado precisa ser utilizado para fonte de consulta e verificação do real endividamento de um proponente para operação de crédito.

De posse da autorização de seu cliente, o agente financeiro verifica o seu endividamento em todo o sistema financeiro nacional, no sistema de informações de crédito do Banco Central-SCR, e avalia a possibilidade ou não de lhe conceder um

empréstimo, ou mais um empréstimo. Caso verifique que o seu cliente já está bastante endividado, nega-lhe o crédito, explicando-lhe o motivo, cumprindo assim a sua responsabilidade social e concedendo crédito somente para aqueles que realmente demonstrem efetivas condições de quitar os seus compromissos, sem prejuízo do seu bem estar e da sua família.

A pesquisa obrigatória ao Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR trará benefícios para toda a sociedade, evitando o endividamento excessivo dos assalariados/aposentados, bem como do público em geral, e garantido mais solidez ao sistema financeiro, evitando inadimplência de suas operações, em virtude de “calotes” generalizados, como aconteceu na economia americana, evitando efeitos negativos na economia nacional.

Para que a obrigatoriedade da pesquisa ao SCR seja implantada, é preciso que seja regulamentada e incluída em nosso regulamento. O Estado Social precisa intervir na economia e através do “dirigismo contratual” estabelecer as regras a serem observadas por todas as instituições financeiras ao efetuar as suas operações de crédito. Trata-se de necessariamente de uma política pública de reequilíbrio, que deve partir de iniciativas legislativas, tendo em vista a dimensão a que tal situação do superendividamento pode chegar.

Atualmente existe a possibilidade de efetuar a consulta ao SCR, mas não existe a obrigatoriedade de sua consulta e o cumprimento/respeito de um determinado limite do endividamento do cliente em relação a sua renda. Os bancos fazem “vista grossa” e estão mais preocupados com as metas, o lucro e em ocupar uma fatia cada vez maior do mercado.

Após o recrudescimento da última crise econômica, que se iniciou nos Estados Unidos da América e se expandiu por todo o mundo globalizado, ficou cada vez mais evidente a necessária maior participação do estado no domínio econômico, deixando o predomínio do Estado Liberal e assumindo o seu novo papel de Estado Social de Direito, principalmente na regulamentação do setor financeiro, colocando o interesse coletivo acima do interesse individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato surgiu como instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, para atender à necessidade de transferências de bens e serviços e, conseqüentemente, a circulação de riquezas. Portanto ele é mais um instrumento econômico do que um instrumento do direito. Porém, com o passar dos tempos, ele deixou de ser coisa apenas

dos contratantes e passou a refletir positiva e negativamente em relação a terceiro e na vida da sociedade como um todo.

Para que o contrato produza os efeitos desejados é necessário o preenchimento de certos requisitos, denominados de condições de validade do contrato. Atendidos os requisitos, o contrato é considerado válido e dele decorrem os efeitos almejados pelas partes. Faltando algum requisito, o negócio é inválido, não produz o efeito jurídico desejado e é nulo ou anulável.

Os requisitos podem ser objetivos, subjetivos ou formais. Os requisitos objetivos referem-se ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Os requisitos subjetivos consistem na capacidade genérica dos contraentes, na aptidão específica para contratar e no consentimento. Os requisitos formais referem-se ao meio de revelação da vontade, e pode ser livre, especial ou solene e contratual.

O contrato bancário, classificado por alguns doutrinadores como do tipo “contratos especiais”, refere-se ao negócio jurídico em que uma das partes é um banco ou uma instituição financeira. É uma modalidade reservada por lei às instituições bancárias e assemelhadas e seus clientes. As diversas operações de crédito e operações financeiras, decorrentes da atividade bancária, dão origem a inúmeros contratos, dentre eles o contrato de abertura de crédito, que é um dos mais utilizados nas operações de crédito para pessoas físicas.

O contrato de abertura de crédito é utilizado nos empréstimos de consignação em folha de pagamento, especialmente destinados ao segmento de assalariados e aposentados, bem como para demais modalidades de empréstimos, como o Crédito Direto ao Consumidor, o chamado CDC, o cheque especial e cartão de crédito, destinados àquele público e aos clientes em geral.

Os contratos bancários são classificados em típicos e atípicos. Eles são típicos quando são realizados para a função creditícia do banco, como operação de crédito, que podem se subdividir em ativo e passivo, conforme assumo o banco, respectivamente, a posição de credor ou devedor da obrigação principal. São atípicos os que o banco realiza para prestação de serviços.

O contrato bancário tem características próprias que justificam sua disciplina diferenciada, tendo em vista que os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina.

Dentre as diversas características do contrato bancário, podem-se destacar as seguintes: instrumento de crédito; rígida contabilidade; complexidade estrutural;

profissionalidade e comercialidade; informalidade; sigilo; contrato de massa; contrato de adesão e formulário; e interpretação específica.

Dentre as características acima se destaca aquela relacionada ao contrato de adesão e formulário, tendo em vista a sua grande utilização pelo meio bancário nos tempos modernos. A partir do momento em que o banco passou a atender uma infinita seqüência de operações, tornou-se inviável a elaboração de um contrato para atender cada relação contratual. Deu-se então a necessidade da elaboração de minutas, idênticas, formuladas com antecedência, isto é, passaram os contratos a serem pré-determinados. Os contratos passaram a ter suas cláusulas impostas unilateralmente, não sendo oferecida à outra parte a possibilidade de discuti-las.

O direito contratual rege-se por diversos princípios. O novo Código Civil, superando o modelo do Estado Liberal puro, acrescenta novos princípios ao direito contratual. Ele não abandona os princípios clássicos da teoria do contrato sob o domínio das idéias liberais, mas lhe acrescenta outros princípios, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos. Os novos princípios vieram enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais.

O direito contratual não se limita somente aos três princípios clássicos da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos do contrato e da obrigatoriedade das convenções. A estes vieram somarem-se outros: o princípio da revisão ou do equilíbrio econômico; o da boa-fé objetiva; a supremacia da ordem pública; e o da função social do contrato.

O princípio da supremacia da ordem pública limita o da autonomia da vontade, que não é absoluta. A intervenção do Estado na vida contratual é hoje tão intensa em determinados campos, como seguros, consórcios e telecomunicações, que se configura um verdadeiro dirigismo contratual. A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem freios à liberdade contratual.

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade, e não apenas no campo das relações das partes contratantes. Se algum dano indevido à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. O Estado não ficará alheio aos problemas que o abuso da iniciativa contratual pode gerar no meio social, em que os efeitos da convenção privada irão repercutir.

Para alguns doutrinadores, quando se insere algum princípio geral no direito positivo do país, como é o caso da função social do contrato, ele deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação, e passa a caracterizar-se como uma

“cláusula geral”. Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros, do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais econômicos e sociais.

O contrato bancário tem sido um dos principais instrumentos da evolução do crédito no Brasil. O crédito tem papel importante no consumo, sendo considerado por alguns economistas como um dos grandes responsáveis pelo crescimento econômico nacional. Entre as principais operações para pessoas físicas, o incremento maior fica por conta dos empréstimos de crédito pessoal, o financiamento para compra de veículos e as transações com cartão de crédito.

Porém é preocupante o elevado nível de endividamento a que está chegando o brasileiro. Segundo pesquisas realizadas por alguns institutos ligados ao comércio, o número de consumidores inadimplentes vem crescendo nos últimos tempos, com inclusão de seus nomes nos cadastros restritivos do SPC e SERASA. Também vem aumentando a taxa de comprometimento da renda, taxa essa que mede a parcela da renda do consumidor destinada ao pagamento das dívidas.

Com a regulamentação do crédito consignado, destinado aos assalariados e aposentados dos INSS, a possibilidade de contrair novos empréstimos com base na renda, com taxa de juros mais moderada, o endividamento se tornou uma realidade preocupante. Se por um lado a nova modalidade de empréstimo consignado tornou o crédito mais fácil e barato, tendo em vista o menor risco para o banco, por outro vem contribuindo para fragilizar ainda mais a situação financeira desse segmento.

O crédito consignado é concedido por meio de contrato de abertura de crédito, que é do tipo contrato de adesão e formulário, sem opção para o mutuário alterar ou manifestar sobre qualquer cláusula ou condição. Não tendo outra opção, pois os bancos não trabalham com contratos específicos para cada cliente, a sua opção é aceitar ou recusar o contrato como um todo. Como precisa do empréstimo para atender às suas necessidade de consumo, não ver outra saída a não ser a de aceitar as condições impostas pela instituição financeira, por meio do contrato de adesão e formulário.

São diversos os fatores que contribuem para o endividamento do brasileiro. Para alguns institutos de pesquisa ligados ao comércio, é a facilidade do crédito um dos maiores responsáveis. Para alguns consultores de finanças, os motivos são questões emocionais, são os efeitos psicológicos imediatos da compra. Os motivos passam pela necessidade de gratificação imediata. Há ainda o motivo da falta da educação financeira, do despreparo do brasileiro para lidar com as questões financeiras.

O endividamento de qualquer cliente de uma instituição financeira pode ser verificado no cadastro do Banco Central do Brasil, cadastro este denominado de Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR. O banco, de posse de uma autorização

do seu cliente, pode efetuar a consulta ao SCR e verificar o endividamento do seu cliente em todo o sistema financeiro nacional.

O cadastro do SCR pode e deve ser utilizado para evitar o endividamento excessivo, pelo menos no sistema financeiro nacional, que envolve os bancos e demais instituições financeiras, responsáveis por grande parte do crédito concedido em toda a economia nacional. De posse da informação sobre o endividamento total de seu cliente e conhecedor da sua renda mensal, a instituição terá condições de analisar a possibilidade de conceder ou não um novo crédito, de acordo com as reais condições de pagamento do seu cliente.

O endividamento de assalariados e aposentados no sistema financeiro nacional, de forma elevada e sem limites e controles, pode estar ensejando um abuso da liberdade de contratar e contrariando os princípios da dignidade humana e de uma sociedade mais justa e fraterna. Não se deve permitir que referida liberdade seja incompatível com o bem estar social e com os valores maiores da nossa sociedade.

O princípio da função social, um dos novos incluídos no Código Civil de 2002, se volta para os reflexos do negócio jurídico, não apenas entre os contratantes, mas também no meio social. Conforme o Art. 421 do referido código, "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

O endividamento excessivo de um segmento como o de assalariados e aposentados, chegando a níveis elevados, fora das condições de pagamento, pode gerar um problema sério para a economia nacional, como aconteceu recentemente nos Estados Unidos da América (impacto na crise dos anos de 2008 e 2009). Logo, é preciso encontrar meios para solucionar o problema que pode prejudicar o crescimento econômico do nosso país, bem como resolver as situações individuais daqueles envolvidos no endividamento.

O assalariado, como é do conhecimento de todos, já tem as suas despesas normais, com a alimentação, saúde, educação, higiene, transporte e lazer, etc. Com a obtenção de crédito no banco, que na maioria das vezes é para atendimento da necessidade de consumo, aumenta o seu gasto com o valor da prestação mensal a pagar. Sem limite para fazer suas dívidas, exceto no crédito consignado, que é de 30% da sua renda, pode ter as suas finanças debilitadas, colocando em dificuldade o seu sustento e da sua família. No caso do aposentado pode ser mais grave, pois geralmente esse tem uma despesa elevada com relação a remédios, devido a problemas de saúde em função da idade.

No caso concreto, entendo que a situação pode ser resolvida pelo judiciário, caso fique configurado e sistematizado o endividamento generalizado no segmento de assalariados e aposentados, principalmente quando concentrado em uma determinada instituição financeira. Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os

claros do que significa essa “função social” com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto ou declarar a sua nulidade por fraude à lei imperativa, porque a norma do art. 421 do Código Civil é ordem pública. O juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir em razão do ofício.

A situação complicada do endividado pode ser resolvida com a intervenção do judiciário no caso concreto, caso a caso, ajustando o seu endividamento à sua real condição de pagamento. Como já foi visto, o Estado não pode permitir, que em nome da liberdade contratual, a força econômica seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com valores éticos cultivados pela comunidade. Como também foi visto, de uma forma ou de outra, o contrato desviado de sua função social não poderá ficar livre de uma sanção jurídica, pois sua prática pode ser considerada uma ilicitude.

Outro caminho a ser seguido é o da prevenção. A adoção de medidas por parte do Estado para evitar o endividamento excessivo da classe assalariada e de aposentados, bem como dos devedores do sistema financeiro em geral. O Estado por meio do dirigismo contratual deve interferir nas operações de empréstimos para pessoas físicas, não só em relação aos empréstimos consignados, que já estão regulados pela Lei 10.820/03, mas todos os tipos de empréstimos bancários, como o cheque especial, cartão de crédito e Crédito Direto ao Consumidor, o conhecido CDC.

Com a utilização do Sistema de informações de Crédito do Banco Central, o denominado SCR, pode ser efetuado um controle sobre o endividamento dos mutuários das instituições vinculadas ao sistema financeiro nacional. Com a consulta das informações de seu cliente, constante do SCR, após a devida autorização, o banco tomará conhecimento da sua situação financeira e da sua possibilidade para contrair novos compromissos. É preciso o estabelecimento de limites para o endividamento, conforme a renda do pretense tomador do empréstimo.

A consulta ao SCR precisa ser obrigatória pelas instituições financeiras, bem como a observação e o cumprimento de limites máximos admitidos para o endividamento. É necessário, então, que o Estado, exercendo o seu poder de intervenção no mercado regulamente o setor financeiro, estabelecendo a obrigatoriedade da consulta ao SCR e o cumprimento do limite de endividamento permitido conforme a renda do cliente. Deve ser uma imposição da Lei, com as devidas sanções em caso de descumprimento, e não apenas uma atitude de responsabilidade social. O limite do endividamento deve ser estabelecido pelas autoridades competentes e especialistas da área.

A limitação deve ser referente a todas as operações de empréstimos e em todas as instituições financeiras, a exemplo do que já acontece com os empréstimos consignados,

que tem o seu valor máximo limitado a 30% da renda mensal da remuneração disponível do assalariado e 30% do benefício do aposentado do INSS. Atualmente o devedor consegue outros empréstimos calculados com base na sua renda, como o cheque especial, o cartão de crédito e o crédito direito ao consumidor - CDC, no banco onde recebe seus proventos ou benefício, e ainda pode obter novos empréstimos em outras instituições financeiras, tudo com base na mesma renda do salário ou benefício, podendo atingir valores totalmente fora de sua capacidade de pagamento.

Como se trata de um problema que pode agravar e trazer danos diversos para a sociedade como um todo, com reflexos em toda a atividade econômica, como aconteceu com o endividamento excessivo do norte americano, justifica a intervenção do Estado social, para regulamentar esse setor que, conforme autoridades públicas de diversos países desenvolvidos, está carecendo de regulamentação, notadamente após o surgimento da atual crise financeira em todo o mundo globalizado. É necessário que o desenvolvimento econômico deva ocorrer vinculado ao desenvolvimento social.

Como são diversos os motivos que conduzem os assalariados e aposentados a se endividarem, às vezes sem condições para cumprimento da obrigação, desde a falta de educação financeira, passando pela facilidade do crédito, até motivos emocionais, é preciso a criação de instrumentos para impedir maiores prejuízos ao meio social. Não pode ser admitido, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do estado democrático de direito, não sejam submetidos ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico.

Como já foi exposto, o fim do estado é o bem estar dos indivíduos que dele fazem parte e o contrato não deve só satisfazer os contratantes, como também respeitar os interesses da coletividade. O sentido social é uma das características mais marcantes do Código Civil de 2002, em contraste com o sentido individualista que condicionava o código de 1916.

O contrato bancário quando realizado com a finalidade de incentivar uma determinada atividade produtiva, como um financiamento de máquinas e equipamentos para instalação, ampliação ou modernização de indústrias, financiamento do comércio e da prestação de serviços, além da atividade rural, tem grande valor social, gerando trabalho, renda e emprego.

O financiamento da casa própria atende a um sonho de muitos brasileiros, e além da função social não gera reflexo negativo no orçamento do mutuário, pois com o gasto que teria com o aluguel pode pagar a prestação do empréstimo.

Porém o contrato bancário com a finalidade exclusiva de financiar o consumo pode estar promovendo indiretamente o desenvolvimento econômico, mas diretamente não gera riqueza para o devedor, ao contrário, somente acarreta despesas. Neste caso, o contrato está deixando de exercer a sua função primordial, razão da sua criação, que é a de circular a riqueza.

Ficam então alguns questionamentos para reflexão. O princípio da função social autoriza o juiz a intervir no contrato, determinando a sua invalidade ou revisão, no caso de endividamento além das reais condições de pagamento do assalariado ou aposentado? Pelo que foi estudado a respeito desse princípio, trata-se de cláusula geral, de lei imperativa que precisa ser observada por todos. Portanto, se não for respeitada, pode ser motivo para determinar a sua revisão ou invalidar o contrato, conforme art. 166, inciso VI, do Código Civil, principalmente quando se tratar de endividamento excessivo em um determinado agente financeiro, levando-se em conta que o agente tinha conhecimento das demais dívidas de seu cliente e não teve os cuidados necessários e nem a devida responsabilidade social.

A cláusula geral da função social e o princípio da supremacia da ordem pública respaldam a iniciativa das autoridades públicas para a criação de uma lei, regulamentando e limitando o endividamento dos assalariados e dos aposentados no sistema financeiro nacional? Creio que é possível o Estado interferir no mercado e disciplinar as atividades e impedir o uso abusivo da liberdade de contratar. Com a regulamentação, pode-se evitar a possibilidade dos bancos concederem empréstimos sem qualquer limite e sem a devida responsabilidade social.

Com a instituição de uma Lei, regulamentando o endividamento máximo da referida classe, a instituição financeira que não observá-lo, além das sanções que deverão ser previstas na própria Lei, poderá ver o seu instrumento de crédito, o contrato bancário, invalidado taxativamente pelo judiciário, por descumprimento de um preceito legal, conforme determina o art. 166, inciso VI, do Código Civil.

Com a limitação da liberdade de contratar na área financeira, a referida classe será restringida da possibilidade de endividamento no sistema financeiro, não terá a sua renda reduzida, em função das prestações excessivas a pagar, e terá melhores condições de ter uma vida digna, com sobra de recursos para o seu bem estar, educação, saúde e lazer. Além disso, evitará uma possível procura do judiciário para resolver suas demandas com os bancos, contribuindo pra desafogar os nossos tribunais.

É notória a importância da atividade bancária para o desenvolvimento econômico do país, principalmente no financiamento da produção. O que se discute é a necessidade de regulamentação do setor, de aperfeiçoamento da atividade, com o estabelecimento de limites para o endividamento total efetuado com base apenas no contracheque do

assalariado ou aposentado. Chama-se a atenção para o risco que a concessão de crédito excessiva, sem obediência a limites determinados, pode gerar para o devedor e para a sociedade como um todo. É preciso lembrar que o desenvolvimento econômico deve estar atrelado ao desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2, ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

Banco Central do Brasil. *Dados Históricos*. Disponível em <www.bcb.gov.br> Acesso em 13 de Março de 2010.

Banco Central do Brasil. *Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em <www.bcb.gov.br> Acesso em 30 de Março de 2010.

BARRAL, Welber. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil - Direitos das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406; 10 de Janeiro de 2002. Brasília.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.078; 11 de Setembro de 1990. Brasília.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 05 de Outubro de 1988. Brasília.

BRASIL. *Empréstimo Consignado*. Decreto 4.840; 17 de Setembro de 2003. Brasília.

BRASIL. *Empréstimo Consignado*. Instrução Normativa INSS/PRES nº 37,; 1º de Abril de 2009. Brasília.

BRASIL. *Empréstimo Consignado*. Lei 10.820; 17 de Dezembro de 2003. Brasília.

BRASIL. *Empréstimo Consignado*. Lei 10.953; 27 de Setembro de 2004. Brasília.

BRASIL. *Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias*. Lei 4.595; 31 de Dezembro de 1964. Brasília.

BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Decreto Lei 4.657; 04 de Setembro de 1942. Rio de Janeiro.

BRASIL. *Sigilo das Operações de Instituições Financeiras*. Lei Complementar 105. 10 de Janeiro de 2001. Brasília.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Consumidor Moderno. *Finanças Pessoais*. Disponível em www.consumidormoderno.com.br. Acesso em 15 de Abril de 2010.

COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos Bancários*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Contratos bancários*. conceito, classificação e características. 2002. Disponível em <www.uol.com.br> Acesso em 08 de Setembro 2009.

Diário do Nordeste. *Cenário Econômico*. Disponível em <www.diariodonordeste.globo.com>. Acesso em 16 de Abril de 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUQUE, Bruna Lyra. *Análise histórica do direito das obrigações*. 2007. Disponível em <www.uol.com.br> Acesso em 20 Setembro 2009.

Empreendedor. *Notícias - Endividados*. Disponível em <www.empreendedor.com.br>. Acesso em 15 de Abril de 2010.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FURBINO, Z. Qual é o seu motivo para se endividar?. *Jornal Estado de Minas: Caderno Economia*, Belo Horizonte, p.11, 10 Set. 2009.

JUS NAVIGANDI. *Contratos Bancários: Conceito, Classificação e Características*. Disponível em < www.uol.com.br > Acesso em 08 de Setembro 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5ª edição, RT, SP, 2006.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Os princípios do contrato na nova ordem civil*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2010.

MINATTO, Otávio Goulart. *Introdução ao direito das obrigações*. Disponível em <www.investidura.com.br> acesso em 20 de Setembro 2009.

PORTAL JURIDICO. *Doutrina*. Disponível em <www.investidura.com.br> acesso em 20 de Setembro 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHERAIBER, Ciro Expedito. *Empréstimo Consignado – Uma Impostura*. Disponível em <www.americogo.blogspot.com>. Acesso em 16 de Abril 2010

SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DONATÁRIOS INGRATOS E A REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA REVOGAÇÃO DAS DOAÇÕES POR INGRATIDÃO NO CÓDIGO CIVIL DO BRASIL E DE PORTUGAL

DIUSTER DE FRANCESCHI GARIBOTI:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Bolsista de mobilidade acadêmica na Universidade Nova de Lisboa pelo programa da Associação das Universidades de Língua Portuguesa - AULP⁶².

RESUMO: A possibilidade de revogar uma doação por causa de ingratidão por parte do donatário é um direito assegurado e regulado pelo Direito Civil Contratual, estando seus dispositivos presentes tanto no Código Civil Brasileiro, quanto no Código Civil Português. Desse modo, este estudo pretende abordar os aspectos da revogação de doação por ingratidão tratados nas legislações do Brasil e de Portugal. O objetivo deste artigo é realizar uma análise da legislação do Brasil e de Portugal sobre a revogação de doação por ingratidão, elencado nos códigos civis de ambos os países. Assim, a metodologia utilizada nesta pesquisa é a hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, junto a pesquisa documental, com o viés de analisar, comparar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações do Brasil e de Portugal e jurisprudências dos tribunais de ambos os países, relacionados ao direito contratual de revogar doação por ingratidão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Direito Contratual. Direito Comparado. Doação. Revogação de doação.

ABSTRACT: The possibility of revoking a donation due to ingratitude on the part of the donee is a right guaranteed and regulated by Civil Contractual Law, and its provisions are present both in the Brazilian Civil Code and in the Portuguese Civil Code. In this way, this study intends to approach the aspects of the revocation of donation due to ingratitude dealt with in the legislation of Brazil and Portugal. The objective of this article is to carry out an analysis of the legislation of Brazil and Portugal on the revocation of donation due to ingratitude, listed in the civil codes of both countries. Thus, the methodology used in this research is the hypothetical-deductive and the bibliographic research technique, together with documentary research, with the bias of analyzing, comparing and contextualizing several studies by renowned authors, together with the legislation of Brazil and Portugal and jurisprudence of the courts of both countries, concerning/ as to the contractual right to revoke donation for ingratitude.

62 E-mail: garibotidiuster@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1357223673966110>

KEYWORDS: Civil law. Contractual Law. Comparative law. Donation. Donation revocation.

1. INTRODUÇÃO

A priori, infere-se que esta investigação pretende abordar os principais aspectos acerca da revogação das doações por ingratidão, tratados nas legislações do Brasil e de Portugal. Com isso, tem-se que o objetivo deste trabalho é realizar uma análise em função da legislação do Brasil e de Portugal sobre a revogação de doação por ingratidão, elencado nos códigos civis de ambos os países.

A justificativa deste trabalho advém de um período de mobilidade acadêmica realizado pelo autor desta pesquisa, durante um semestre da graduação, na Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, em Lisboa - Portugal, mediante bolsa de estudos concedida pelo programa de mobilidade acadêmica da Associação das Universidades de Língua Portuguesa - AULP. Aliado a isso, há a justificativa relacionada à demanda de pesquisa desenvolvida ao decorrer/desenvolvimento das aulas e debates da disciplina de "Direito Contratual e Responsabilidade Civil" ministradas na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) no curso de Direito Bacharelado no ano de 2022.

Desse modo, observa-se que foi utilizada neste estudo a metodologia hipotético-dedutiva que, consoante Popper (1993), desenvolve-se a partir de uma problemática, dentro de uma conjuntura, que se submete a sucessivos testes de falseamento. Junto a ela, usar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica, somada a pesquisa documental, com o ideal de analisar, comparar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações do Brasil e de Portugal e jurisprudências dos tribunais de ambos os países, relacionados ao direito contratual de revogar doação por ingratidão.

Por esse viés, tem-se que, principalmente, hoje em dia, na era digital da sociedade contemporânea, quaisquer atitudes ou gestos relacionados à gratidão são cada vez menos

praticados, o que influencia sistematicamente as relações entre pessoas no meio social. Nesse sentido, observa-se que no Direito Civil, mais precisamente no Direito Contratual, há um dispositivo contratual que relaciona-se à prática generosa, como é o caso do contrato de doação, ato pelo qual se realiza uma ação em favor de outra pessoa, sendo uma atitude de generosidade (porém, também há casos em que essa figura contratual é usada como meio de proteção patrimonial de devedores).

Assim, a figura da doação é uma modalidade contratual que está presente no Direito Civil brasileiro e português, tendo sua previsão exposta no Código Civil do Brasil e de Portugal. Desse modo, sabe-se que, nessa ação, ocorre a transferência patrimonial do

doador em favor do donatário, geralmente, como um gesto de gratidão.

Todavia, há situações em que o donatário, após receber a doação, torna-se ingrato em relação ao doador, agindo de maneira ingrata perante o doador ou a seus familiares. Sendo assim, quando isso acontece, a doação pode ser revogada e, essa revogação de doações por ingratidão, está prevista no artigo 555 do Código Civil Brasileiro e no artigo 970 do Código Civil Português.

Com isso, verifica-se necessário analisar a legislação brasileira e portuguesa sobre a temática da revogação de doações por ingratidão regulada nos Códigos Cíveis de ambos os países. Nesse sentido, dividir-se-á o presente estudo em 2 partes, de maneira que, primeiro, será analisada a legislação brasileira e, após, será analisada a legislação portuguesa sobre o tema supramencionado.

2. A REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO POR INGRATIDÃO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A priori, observa-se que os aspectos do Direito Contratual relacionados às doações e hipóteses de revogação de doações estão disciplinados pelo Código Civil Brasileiro, no Capítulo IV, do artigo 538 ao artigo 564. Nesse ponto, cabe ressaltar que a doação é uma ação não onerosa em que um indivíduo (doador), seja físico, seja jurídico, por liberalidade, realiza a transferência de seu patrimônio ou de vantagens a outra pessoa (donatário), segundo o artigo 538 do Código Civil, artigo este que inaugura o capítulo.

Nesse âmbito, a doação acaba por ser uma ação de mera liberalidade, um contrato unilateral, benéfico e gratuito, de modo que apenas admite que seja interpretado restritivamente e nunca ocorra a interpretação declarativa ou extensiva, como exposto no artigo 114 do CC. Consoante ao doutrinador Flávio Tartuce (2021) a revogação é a maneira de resilição de modo unilateral, de extinguir um contrato a partir do pedido feito por uma das partes contratantes por motivo da perda de confiança entre as partes do contrato.

Os aspectos que tratam sobre a revogação de doações estão regulados, mais especificamente, nos artigos 555 a 564 do Código Civil Brasileiro em vigor atualmente. A revogação é compreendida como um direito potestativo em prol da pessoa que realiza a doação (doador) (DINIZ, 2022) e, essa revogação, pode ocorrer em duas situações, seja por ingratidão por parte do donatário, seja por inexecução do encargo ou modo acordado, conforme exposto no artigo 555 do CC.

Segundo o artigo 556 do CC, é vedada a renúncia prévia acerca do direito de revogar a doação por motivo de ingratidão, no instante em que, caso haja cláusula sobre isso, tal cláusula será nula, e o restante do contrato será mantido, em função do princípio da conservação contratual, como exposto: "Art. 556. Não se pode renunciar

antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário”. Todavia, nada impede que o doador deixe de exercer o seu direito potestativo durante o prazo disposto e assegurado em lei.

Ademais, verifica-se que o artigo 557 e o artigo 558 do CC elencam os motivos que podem fundamentar a revogação de doações por ingratidão (antes era entendido como um rol taxativo, mas, atualmente, passou a ser um rol exemplificativo, a partir do atual Código Civil). Sendo um rol exemplificativo, cabe ressaltar que qualquer forma de atentado à dignidade da parte doadora por parte que recebe a doação pode propiciar a revogação da doação por motivo de ingratidão, cabendo ser analisado caso a caso. In verbis:

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.

Assim, sendo um rol exemplificativo, é preciso que a ação de ingratidão seja de especial gravidade, de maneira a motivar a revogação e a ineficácia da doação feita.

Consoante o Ministro Sidnei Beneti do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.350.464/SP), percebe-se que ações realizadas, no sentido pessoal e comum da parte, como caracterizadores de ingratidão, não devem ser compreendidos como aptos a se caracterizarem no âmbito jurídico como tais, tanto por não serem unilaterais frente à esfera de reciprocidade, quanto por não terem aspectos de especial gravidade injuriosa.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SEM PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO. ATOS DE INGRATIDÃO. 1.- Em matéria marcada por forte substrato fático, como a da configuração ou não de ato de ingratidão de donatário,

não é possível concluir se o julgamento antecipado da lide com dispensa da produção de provas, mas realizado com base em cerrada análise dos elementos probatórios, teria implicado cerceamento de defesa, sem revisar os fatos e provas que influenciaram a formação da convicção do julgador. Nessa seara, tem aplicação o princípio da livre convicção motivada, chocando-se contra a Súmula 07/STJ, o recurso especial interposto com o mencionado propósito, 2.- Para a revogação da doação por ingratidão, exige-se que os atos praticados, além de graves, revistam-se objetivamente dessa característica. Atos tidos, no sentido pessoal comum da parte, como caracterizadores de ingratidão, não se revelam aptos a qualificar-se juridicamente como tais, seja por não serem unilaterais ante a funda dissensão recíproca, seja por não serem dotados da característica de especial gravidade injuriosa, exigida pelos termos expressos do Código Civil, que pressupõem que a ingratidão seja exteriorizada por atos marcadamente graves, como os enumerados nos incisos dos arts.1183 do Código Civil de 1916 e 557 do Código Civil de 2002 (atentado contra a vida, crime de homicídio doloso, ofensa física, injúria grave ou calúnia, recusa de alimentos - sempre contra o doador - destacando-se, aliás, expressamente, quanto à exigência de que a injúria, seja grave, o que também se estende, por implícito à calúnia, inciso III dos dispositivos anotados). 3.- No caso dos autos, ambas as instâncias de origem entenderam, com fundamento na prova dos autos, que a conduta da Ré não poderia ser classificada como "ato de ingratidão" a que se refere a lei como requisito para a revogação da doação. A pretensão recursal voltada à revisão dessa conclusão choca-se frontalmente com a Súmula 07/STJ. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp n. 1.350.464/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/2/2013, DJe de 11/3/2013).

Além disso, observa-se que a revogação por ingratidão, na situação de homicídio doloso do doador, caberá aos seus herdeiros, salvo se o doador perdoar o donatário, de modo que esse perdão poderá ser concedido quando exposto em última vontade provada através de testemunhas idôneas. Como disciplinado no artigo 561 do CC: "Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado".

Cabe destacar que, em relação a terceiros, a revogação por ingratidão não irá prejudicar os direitos adquiridos, nem irá obrigar quem recebe a doação de restituir os frutos que foram percebidos antes da citação válida. Todavia, o donatário restará sujeito a

pagar os frutos que forem posteriores e, além disso, quando o donatário não puder restituir em espécie as coisas recebidas na doação, deverá indenizar o doador pelo meio-termo de seu valor, conforme o artigo 563 do Código Civil. In verbis:

Art. 563. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio termo do seu valor.

Na sequência, ressalta-se abaixo o artigo 564 do CC, o qual expõe os casos em que não é admitida a revogação de doações por motivo de ingratidão:

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

I - as doações puramente remuneratórias;

II - as oneradas com encargo já cumprido;

III - as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural;

IV - as feitas para determinado casamento

Segundo o artigo 559 do CC, "a revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor". Em função disso, entende-se que há o prazo decadencial de um ano para ser pleiteada a revogação da doação por ingratidão nos termos do artigo 559 do CC.

Analisando-se o artigo 560 do CC, entende-se que está disciplinado que a revogação da doação por ingratidão não é transmitida aos herdeiros da parte que realiza a doação, muito menos poderá prejudicar os herdeiros da parte que recebe a doação. Entretanto, os herdeiros do doador podem continuar com a ação já iniciada pelo doador, podendo continuar ela contra os herdeiros do donatário, caso este faleça após ajuizada a lide.

Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

Enfim, vê-se que o Código Civil Brasileiro regulamentou a revogação de doações por ingratidão em vários artigos disciplinados, especificamente, do artigo 555 até o artigo 564. Assim, tratou sobre algumas hipóteses em que cabe a revogação, prazo para ela ser pleiteada, alguns casos em que não cabe a revogação, acerca de como ela afeta terceiros na relação da doação e sobre a questão da renúncia antecipada do direito potestativo de revogação a doação por ingratidão.

3. A REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO POR INGRATIDÃO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Relacionado à legislação portuguesa, em um primeiro ponto, convém ressaltar que a temática das doações está disciplinada no Código Civil Português, no Capítulo II, artigos 940 a 979. A partir disso, o capítulo em questão é inaugurado com o conceito de doação, em seu artigo 940, nº 1, sendo um contrato em que uma pessoa, de forma livre e a seu custo patrimonial, dispõe de maneira gratuita uma coisa ou um direito, ou assume determinada obrigação, de forma a beneficiar outro indivíduo. E, no mesmo artigo, nº 2, expõe que “não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legado, nem tão-pouco nos donativos conformes aos usos sociais”.

Assim, a doação nada mais é do que uma ação que atribui a outra pessoa uma dada vantagem patrimonial, mediante diminuição do patrimônio do próprio doador, sendo um real espírito de liberalidade, generosidade ou espontaneidade, a partir da ausência de qualquer pretensão ou intenção, somente importando sacrifícios econômicos/patrimoniais para o próprio doador. Ademais, expressa-se que, em relação à aceitação da doação, enquanto ela não for aceite, poderá a pessoa que estiver doando revogar livremente a sua declaração negocial, conforme o artigo 969 do CC, todavia, no momento em que ela for aceite irá se tornar irrevogável, salvo os casos em que for verificada a ingratidão por parte do donatário.

Com isso, infere-se que o diploma civil de Portugal trata especificamente sobre a revogação de doações por ingratidão nos artigos 969 até 979. Sendo assim, compreende-se

que em situações em que houver sido realizada uma doação e que, posteriormente, o donatário venha agir com ingratidão, segundo o artigo 970 do CC, a doação poderá ser revogada. Desse modo, o artigo 974 do Código Civil Português evidencia os casos em que pode ocorrer a revogação da doação por ingratidão, sendo: “Art. 974. A doação pode ser revogada por ingratidão, quando o donatário se torne incapaz, por indignidade, de suceder ao doador, ou quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserdação”. Na sequência, o CC traz casos em que não se faz possível requerer a revogação da doação por ingratidão no artigo 975. In verbis:

Artigo 975.º

(Exclusão da revogação)

A doação não é revogável por ingratidão do donatário:

- a) Sendo feita para casamento;
- b) Sendo remuneratória;
- c) Se o doador houver perdoado ao donatário.

Por esse viés, analisando as jurisprudências dos tribunais de Portugal, em destaque para o Acórdão da 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 7215/04.0TCLRS.L1-7, pela Relatora Ministra Ana Resende, que trata acerca da revogação de doação por indignidade, tem-se os seguintes apontamentos:

Importa reter que quando se fala em ingratidão, ou mesmo indignidade, estão em causa conceitos jurídicos, legalmente preenchidos, que não possuem a extensão ou o significado usualmente considerado. Com efeito o sentido a atender encontra-se vertido noutros preceitos legais, reportado a uma situação que se configurada quanto a um herdeiro seria qualificada como justificativa de indignidade, nos termos do art.º 2034, ou de deserdação, art.º 2166. Em conformidade, a doação pode ser revogada, por ingratidão, verificadas as situações de indignidade enunciadas no art.º 2034, isto é, o donatário ter sido condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado contra o doador, o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, ter o donatário sido condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza, ter o donatário, por meio de dolo ou coacção, induzido o doador a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impedir, ter o doador dolosamente subtraído, ocultado, inutilizado, falsificado ou suprimido o testamento, antes ou depois da morte do doador, ou se ter aproveitado desse facto. Também poderá a doação ser revogada, por ingratidão, nos casos previstos no art.º 2166, a saber, ter o donatário sido condenado por algum crime doloso contra a pessoa, bens ou honra do doador, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou

adoptado, desde que o crime corresponda a pena superior a seis meses de prisão, ter sido o donatário condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, ter o donatário, sem justa causa, recusado ao doador ou ao seu cônjuge os devidos alimentos, quer por ser uma das pessoas obrigadas a prestá-los, nos termos do art.º 2009, quer por se ter transmitido para o donatário tal obrigação, nos termos do n.º2, do art.º 2011. (TRL/LISBOA, Processo nº 7215/04.0TCLRS.L1-7, Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão da 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, Relatora Ministra Ana Resende, julgado em 16 de junho de 2009).

Abaixo cabe transcrever os artigos referidos no acórdão acerca dos casos estipulados do Código Civil em que se faz possível revogar uma doação por ingratidão:

Artigo 2034.º

(Incapacidade por indignidade)

Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:

- a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
- b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
- c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
- d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.

Artigo 2166.º

(Deserdação)

1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências:

- a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão;
- b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas;
- c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.

2. O deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais.

Artigo 2011.º

(Doações)

1. Se o alimentando tiver disposto de bens por doação, as pessoas designadas nos artigos anteriores não são obrigadas à prestação de alimentos, na medida em que os bens doados pudessem assegurar ao doador meios de subsistência.
2. Neste caso, a obrigação alimentar recai, no todo ou em parte, sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados; esta obrigação transmite-se aos herdeiros do donatário.

Nessa perspectiva, retrata-se que a revogação de doação por ingratidão não pode ter a sua ação proposta após a morte do donatário, muito menos pelos herdeiros do doador, com ressalva para o nº 3 do artigo 976 do CC, “se o donatário tiver cometido contra o doador o crime de homicídio, ou por qualquer causa o tiver impedido de revogar a doação, a acção pode ser proposta pelos herdeiros do doador dentro de um ano a contar da morte deste”. Além disso, expõe-se que o direito de ação de revogação por ingratidão caduca no prazo de um ano, o qual tem o início da sua contagem desde o momento em que lhe deu causa ou do momento em que a parte doadora teve noção do fato, consoante o artigo 976 do CC.

Convém retratar que, como previsto no artigo 976, nº 2, caso o doador ou o donatário tenha falecido, a ação é transmissível aos herdeiros, quando estiver pendente. Já o artigo 977 prevê que não poderá haver renúncia antecipada do direito de revogar a

doação por motivo de ingratidão do donatário, por parte do doador. E, ficou disciplinado no artigo 979 a relação da revogação em função de terceiros na doação, de modo que a revogação não afeta terceiros que houverem já adquirido direitos reais sobre os bens doados (antes da demanda), ficando o donatário incumbido de indenizar o doador.

Ademais, o artigo 978 do CC estabelece os efeitos que podem advir da revogação de doação por ingratidão, in verbis:

Artigo 978.º

(Efeitos da revogação)

1. Os efeitos da revogação da doação retrotraem-se à data da proposição da acção.
2. Revogada a liberalidade, são os bens doados restituídos ao doador, ou aos seus herdeiros, no estado em que se encontrarem.
3. Se os bens tiverem sido alienados ou não puderem ser restituídos em espécie por outra causa imputável ao donatário, entregará este, ou entregarão os seus herdeiros, o valor que eles tinham ao tempo em que foram alienados ou se verificou a impossibilidade de restituição, acrescido dos juros legais a contar da proposição da acção.

Por fim, verifica-se que o Código Civil Português regulamentou a revogação de doações por ingratidão em vários artigos disciplinados, especificamente, do artigo 969 até o artigo 979. Dessa maneira, disciplinou acerca de algumas hipóteses em que cabe a revogação, prazo para ela ser pleiteada, alguns casos em que não cabe a revogação, acerca de como ela afeta terceiros na relação da doação, sobre a questão dos herdeiros com acção pendente e sobre a questão da renúncia antecipada do direito potestativo de revogação a doação por ingratidão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, então, que a doação é uma acção de transferência patrimonial do doador em favor do donatário, como sendo um gesto de gratidão, na maioria dos casos. Entretanto, existem casos em que o donatário, depois de receber a doação, torna-se ingrato em relação ao doador, realizando acções de modo ingrato perante o doador ou a seus familiares. E, quando isso acontece, a doação pode ser revogada.

Nesse sentido, percebeu-se que a modalidade contratual da doação está prevista no Direito Civil Brasileiro e no Direito Civil Português, tendo sua previsão exposta no

Código Civil do Brasil e no Código Civil de Portugal. Restou perceptível que os aspectos do Direito Contratual relacionados às doações e hipóteses de revogação de doações estão disciplinados pelo Código Civil Brasileiro, no Capítulo IV, do artigo 538 ao artigo 564. Já em relação à legislação portuguesa, compreendeu-se que a temática das doações está disciplinada no Código Civil Português, no Capítulo II, artigos 940 a 979.

Ao realizar a análise dos Códigos Civis de ambos os países, observou-se uma grande semelhança/similaridade entre os dois diplomas relacionados ao tema da revogação de doações por ingratidão, sendo que os dois documentos expressaram praticamente a mesma quantidade de artigos disciplinando o tema em debate. De modo que, tanto o Código Civil Brasileiro, quanto o Código Civil Português, regulamentaram a revogação de doações por ingratidão em vários artigos. Disciplinando acerca de algumas hipóteses em que cabe a revogação, sobre o prazo para ela ser pleiteada, alguns casos em que não se faz possível a revogação, acerca de como ela pode afetar terceiros na relação da doação, trataram sobre a questão dos herdeiros com ação pendente e sobre a questão da renúncia antecipada do direito potestativo de revogação a doação por ingratidão.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. ed. 36. **Saraiva Jur**, v. 6, 2022.

POPPER, Karl Raimund. A Lógica da Pesquisa Científica. **Ed. Cultrix**. São Paulo. 1993. Disponível em: <<https://ocondedemontecristo.files.wordpress.com/2011/05/popper-karl-a-logica-da-pesquisa-cientifica.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

PORTUGAL. **Decreto Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966**. Código Civil. Lisboa. 1966. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/iframe/codigo-civil>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

STJ/SP. **REsp n. 1.350.464/SP**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma. Julgado em 26/2/2013, DJe de 11/3/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201626666&dt_publicacao=11/03/2013>. Acesso em: 11 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: **Editora Forense**. 2021.

TRL/LISBOA. **Processo nº 7215/04.0TCLRS.L1-7**. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão

da 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa. Relatora Ministra Ana Resende. Julgado em 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/2f29db9189b34823802575f90049a15d>>. Acesso em 13 nov. 2022.

ALCANCE SUBJETIVO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: ATUAÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA SOB REFERIDA ÓTICA

WELLINGTON SANTOS DE ALMEIDA:

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University - VCCU; É especialista em Execução de Ordens Judiciais pelo Centro Universitário Mário Pontes Jucá - UMJ; em Direito Processual Civil pela UNINASSAU, em parceria com a ESA-PE/OAB-PE; em Direito Público e em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp; e em Perícia Judicial e Extrajudicial, Perícias de Avaliação Patrimonial de Bens e Direitos e Perícia Econômica e Financeira, pela FACUMINAS. Bacharel em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior - ASCES. É Oficial de Justiça do TJPE.⁶³

Resumo: Trata, o presente artigo, de esclarecer, ao contrário do que se observa na prática forense, e numa parte da doutrina, que o Princípio da Cooperação não se destina apenas aos juízes e as partes, mas, também, e essencialmente, aos outros sujeitos processuais. Em consequência, após uma análise de algumas situações da atuação do Oficial de Justiça, conclui-se, e informa-se, sob a ótica de referido princípio, qual o papel deste, quando do cumprimento de sua incumbência legal. Adota-se, em tal pesquisa qualitativa, busca documental em produções literárias sobre o assunto – sejam na internet ou fisicamente –, viabilizando conclusões a partir dos métodos dedutivo e/ou indutivo, sempre se valendo das técnicas da Hermenêutica Jurídica. Conclui-se, ao final, que o Princípio da Cooperação, na atual vigência do Código de Processo Civil brasileiro, é dever a ser observados por todos os sujeitos processuais, sendo, pois, sinônimo de eficiência e, também, garantia de um processo sem surpresas, injustiças e má-fé.

Palavras-chave: Cooperação. Oficial de Justiça. Autocomposição. Colaboração. Princípios.

Abstract: This article seeks to clarify, contrary to what is observed in forensic practice, and in part of the doctrine, that the Cooperation Principle is not intended only for judges and parties, but also, and essentially, for other subjects. procedural. Consequently, after an analysis of some situations of the bailiff's performance, it is concluded, and informed, from the point of view of that principle, what is his role, when fulfilling his legal mandate. In such qualitative research, a documental search in literary productions on the subject is adopted - whether on the internet or physically -, enabling conclusions from deductive and/or

⁶³<http://lattes.cnpq.br/1616787000925954>. E-mail: juswsa@yahoo.com.br.

inductive methods, always using the techniques of Legal Hermeneutics. It is concluded, in the end, that the Principle of Cooperation, in the current validity of the Brazilian Civil Procedure Code, must be observed by all procedural subjects, being, therefore, synonymous with efficiency and, also, guarantee of a process without surprises, injustices and bad faith.

Keywords: Cooperation. Probation officer. Autocomposition. Collaboration. Principles.

Sumário: 1. Introdução; 2. Quais são os sujeitos processuais; 3. Alcance subjetivo do princípio da cooperação; 3.1. Princípio da cooperação; 3.2. A quem se destina o princípio da cooperação?; 4. A postura cooperativa do Oficial de Justiça; 4.1. Princípio da Cooperação como garantidor da construção do significado da comunicação processual; 4.2. Princípio da Cooperação e as incumbências dos Oficiais de Justiça. 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Antes do ano de 2015⁶⁴, período de vigência do código buzaiano, o Princípio da Cooperação, apesar de não explícito⁶⁵ no ordenamento processual brasileiro, já não era novidade⁶⁶, e nem na doutrina⁶⁷, sendo, também, sua observância, frequentemente aderida de forma comum na esfera privada⁶⁸. Trata-se, em verdade, de uma tendência mundial⁶⁹, uma ideia política⁷⁰, que na Europa vem sendo buscada “desde o final do

64 Observamos em vários artigos de publicações, anteriores à 2015, especialmente nos aqui citados, que a cooperação sempre foi um princípio em que a doutrina buscou seu reconhecimento no ordenamento pátrio, cuja culminação levou a promulgação da Lei nº. 13.105 – Código de Processo Civil atual.

65 DE ARAÚJO, 2017, p. 34.

66 *O princípio da cooperação positivado no CPC não é novidade jurídica, pelo contrário já encontrava respaldo em vários artigos do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo o dever de auxílio presente nos artigos 355 e 360, relacionados com o poder do juiz mandar exhibir documento e de mandar buscar documento ou coisa em que estiver sob a guarda de quem estiver.* (ANJOS, 2018, p. 25)

67 Através da relação jurídica o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum. (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 344).

68 BARBOSA; CASSANO JÚNIOR, 2011, p. 277.

69 FRANCO, 2021, p. 392.

70 Obviamente, essa ideia política não é nova, pois encontra suas raízes nos estudos de acadêmicos do Direito, como Anton Menger (1841-1906), professor austríaco do século XIX, e Franz Klein (1854-1926), reformador do Direito austríaco do início do século XX (VAN RHEE, 2022, p. 160).

século XIX, e que resultou em um novo princípio de processo civil formulado pela primeira vez no final do século XX.”⁷¹

Com o novel Código de Processo Civil brasileiro surgiram diversos princípios e institutos que trouxeram uma nova perspectiva ao mister processual de busca da resolução das lides. Nesse novo enfoque, abandona-se a orientação de combate para se adotar a cooperação entre os sujeitos do processo. *“Estabeleceu-se, portanto, o ritual do processo colaborativo e não adversarial”⁷², onde todos “partilham a responsabilidade de pôr fim ao litígio de forma justa, eficiente e rápida”⁷³. O que é muito criticado por parte da doutrina conservadora, porém, não aprofundaremos na questão em comento para não fugir do tema.*

E esse avanço é bem lembrado por Fredie Didier Jr. (2015, p. 124-125) como sendo resultante dos *“[...] princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, [...]”* e que tais princípios, *“[...] juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. [...]”*.

É, pois, o Princípio da Cooperação a mola mestra do novo Código de Processo Civil, posto ser um amálgama principiológico garantidor de uma nova perspectiva processual – mais democrática e participativa.

A interpretação desse princípio, contudo, quanto aos sujeitos aos quais se submetem, não vem sendo realizada de forma adequada e em consonância com suas origens Europeias. Neste intento, trataremos o Princípio da Cooperação, neste artigo, *“com o enfoque da colaboração dos sujeitos processuais com o processo. Dessa forma, não se examina a cooperação entre as partes (v.g., negócios jurídicos processuais) e a cooperação judiciária (v.g., arts. 67 a 69 do CPC)”⁷⁴.*

Partindo da constatação da existência de uma tendência doutrinária em se considerar apenas o juiz e as partes como submetidos ao Princípio da Cooperação, omitindo-se os demais sujeitos do processo, tentaremos alargar esse entendimento com base na interpretação literal, doutrinária, sistemática e comparativa do artigo 6º do NCPC.

E nesse contexto, utilizaremos como exemplo a nova incumbência do Oficial de Justiça disposta no inciso VI do artigo 154 do NCPC.

71 VAN RHEE, 2022, p. 159.

72 DE ARAÚJO, 2017, p. 34.

73 VAN RHEE, 2022, p. 161.

74 FRANCO, 2021, p. 390.

É o que tentaremos expor nos próximos tópicos!

2. QUAIS SÃO OS SUJEITOS PROCESSUAIS?

É pacífico⁷⁵ na doutrina que a relação processual se configura como triangular – autor/Estado/réu. Os sujeitos processuais, porém, não se resumem apenas a estes. É sujeito processual toda e qualquer pessoa que intervenha no processo. Ou seja, todo indivíduo que se aloca em um dos polos processuais é sujeito processual, mas nem todo sujeito processual é parte.

Assim sendo, são também sujeitos processuais os legalmente denominados Auxiliares da Justiça – Perito; Escrivão; Chefe de Secretaria; Oficial de Justiça; Depositário; Administrador; Intérprete; Tradutor; Mediador; Conciliador Judicial; Partidor; Distribuidor; Contabilista e o Regulador de Avarias, ou seja, todos aqueles enumerados no artigo 149 do Novo Código de Processo Civil.

Há, pois, duas categorias de sujeitos processuais:

Os principais, que conformam a relação tríplice, e que consubstancia o processo – autor, réu e juiz. E os acessórios ou secundários que, ao contrário dos primeiros, que são indispensáveis, não participam necessariamente da demanda, mas quando solicitados, pelo juiz, tornam-se essenciais.

Feitas as retromencionadas considerações iniciais, passemos a analisar a abrangência subjetiva do princípio da cooperação.

3 ALCANCE SUBJETIVO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

3.1 Princípio da cooperação

O princípio denominado da cooperação ou da colaboração foi importado, pelo Legislador Nacional, do Direito Europeu e *“de origem germânica, encontra hoje lugar nos ordenamentos português, alemão e francês⁷⁶”*, e traz a tona uma evolução do conceito do Princípio do Contraditório e da postura de todos os sujeitos processuais, exigindo-se destes últimos o dever de colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada.

Neste contexto, na Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC – assim reza no art. 6º – *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si⁷⁷”* para que se

⁷⁵ O importante, e isso é pacífico, é que a relação jurídica processual tem uma configuração tríplice (Estado, autor e réu). (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 350).

⁷⁶ BARBOSA; CASSANO JÚNIOR, 2011, p. 276.

⁷⁷ BRASIL, 2015.

obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva – e no art. 378, do mesmo diploma legal – *“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”*⁷⁸.

O antigo processo de natureza Liberal, e que trazia um viés de combate, agora dá lugar a uma moderna concepção processual em que se defende uma “democracia participativa”, conforme se observa no trecho abaixo transcrito:

Esse quadro pode ser proporcionado pelo princípio da cooperação, elemento fundante do modelo processual cooperativo. Segue-se uma sequência lógica que conduz à conclusão de que esse é o modelo processual que mais bem se harmoniza com a essência constitucional brasileira: o Estado Democrático de Direito consagra a democracia participativa enquanto direito fundamental; esse direito deve ser concretizado pela participação do cidadão em todas as esferas do poder, o que inclui a função jurisdicional; o modelo processual cooperativo é o que mais bem realiza, na prática, o estado de coisas propugnado pelo princípio democrático na esfera processual; logo, a democracia participativa é, por si, já um fundamento constitucional do princípio da cooperação⁷⁹.

Depreende-se, pois, que o texto legal supramencionado é hialino ao informar que o princípio da cooperação é norte orientador da atividade processual dos sujeitos do processo.

Neste contexto, o aspecto coercitivo desse novo princípio, que se impõe aos sujeitos do processo, e que adentrou de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015, é assim entendido, conforme vemos a seguir:

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado e coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual

78 BRASIL, *loc. cit.*

79 BARREIROS, 2013, p. 234.

comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).

Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.⁸⁰

Trata-se, portanto, a cooperação processual, de um dever que todo e qualquer sujeito processual a de se submeter. Um *plus* democrático inserido na dinâmica do processo civil e que exige dos sujeitos do processo um maior respeito ao princípio do contraditório e da legalidade, bem como ao dever de esclarecimento, prevenção e consulta, resultando, daí, no direito de influência na construção dos provimentos jurisdicionais.

Ocorre, contudo, que tal princípio não alcança apenas as partes e os juízes, mas também todo e qualquer sujeito que com sua atuação no processo influencie no resultado final concretizado com a resolução do mérito.

É o que constataremos nos seguintes tópicos.

3.2 A quem se destina o princípio da cooperação?

Flagrante, na prática jurídica e em algumas doutrinas, é a tendência no entendimento de se destinar o dever de cooperação apenas às partes e ao juiz, ou numa minoria, até mesmo de se limitar o dever ao juiz⁸¹, desprezando-se os demais sujeitos processuais. Talvez isso ocorra pelo enfoque que se dá ao aspecto de ampliação do Princípio do Contraditório implementado pelo novel Princípio da Colaboração.

⁸⁰ DIDIER JR., 2015, p. 127.

⁸¹ *Acerca da redação do referido dispositivo encontra-se divergência na doutrina. Muitos entendem que o dever de cooperação não é tarefa das partes, mas sim do órgão julgador, visto que as partes são adversárias e buscam interesses diversos. Dessa forma, não podem cooperar entre si. A colaboração no processo não implica a colaboração entre as partes, as partes não querem colaborar. A colaboração no processo é a do juiz para com as partes.* (PADILHA, 2016, 07)

Saliente-se, destarte, que os deveres deontológicos encontrados no CPC se destinam não apenas às partes e seus procuradores, mas também a *“todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”*⁸². É o que se conclui a seguir:

Todavia, parece passar despercebido, em boa parte das vezes, que o próprio art. 77 do CPC atribui deveres processuais a *“todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”*. De maneira semelhante, o art. 5º do CPC – em sintonia com o art. 52 do CPC suíço⁸³ e o art. 5º do Código Processual Civil Modelo para Iberoamerica⁸⁴ – consagra o princípio da boa-fé objetiva processual como uma norma fundamental do processo civil, a qual estabelece um dever de comportamento cuja observância é obrigatória para todos aqueles que de qualquer forma participam do processo – juiz, partes, advogados e intervenientes de quaisquer espécies.⁸⁵

No mesmo sentido, pode-se concluir sobre o Princípio da Cooperação.

Alguns poucos doutrinadores, porém, se atentaram a real amplitude de alcance subjetivo do Princípio da Cooperação, conforme desenvolve semelhante raciocínio Dário

82 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações. (BRASIL. Código de processo civil. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25.06.2022.) (Grifo nosso)

83 Art. 52. *All those who participate in proceedings must act in good Faith.* (SUIÇA. Swiss Civil Procedure Code. 2008. *Apud* FRANCO, 2021, p. 386.).

84 Art. 5. *(Buena fe y lealtad procesal). Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión'. y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.* (URUGUAI. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA. 1998. *Apud* FRANCO, 2021, p. 387.).

85 FRANCO, 2021, p. 386-387.

Ribeiro Machado Júnior (2015, p. 42) em trecho de sua obra a seguir exposto, ao analisar o conteúdo do artigo 6º do atual CPC:

O dispositivo legal consagra o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo. A cooperação tem forte conexão com os deveres de probidade processual e boa-fé e *deve ocorrer entre as partes e em relação ao juiz, auxiliares do juiz, enfim, todos que de algum modo participem do processo.* (Grifo Nosso)

No mesmo sentido:

Para tanto, é preciso lembrar o quanto se disse no capítulo introdutório deste *Curso*: o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar *entre si*. *Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.*⁸⁶ (Grifo Nosso)

E esta é a concepção original do Princípio da Cooperação, a qual se observa no Direito Europeu – base jurídica que influenciou a produção do atual CPC brasileiro – e que se mostra hialina no artigo 7, 1, do Código de Processo Civil de Portugal de 201387.

No caso dos Auxiliares da Justiça, contudo, o Princípio da Colaboração se firma com outro aspecto – exigindo-se dos mesmos o respeito ao dever de lealdade e eficácia no processo. Os Auxiliares da Justiça como sujeitos do processo que são, devem atuar no processo com cautela e presteza de forma a garantir a eficiência no processo – que se consubstancia num provimento célere, leal e adequado.

Perfeita, pois, é a conclusão a seguir exposta:

[...] Nesse cenário, é importante lembrar que os *Auxiliares da Justiça*, enquanto profissionais indispensáveis à prática dos atos processuais ordinatórios, devem se pautar pela lógica da eficiência (CF, art. 37) e da cortesia com as partes e seus procuradores. Enfim, *são também*

86 DIDIER JR., 2015, p. 127.

87 Art. 7. [...] 1. Na condução e intervenção no processo, devem o magistrado, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. (PORTUGAL, 2013.).

*uma peça importante para concretizar o Princípio da Cooperação, na medida em que devem estar atentos à burocracia interna de suas repartições, para se evitar ao máximo que estas impliquem em dilações indevidas na marcha processual.*⁸⁸ (Grifo nosso)

Bem antes da introdução explícita do Princípio da Cooperação no ordenamento pátrio – com o CPC/2015 – já se ouviam ecos doutrinários da amplitude do dever dos sujeitos processuais em vivenciar e aplicar o referido princípio:

[...] uma vez que assim agindo estarão cooperando para a rápida solução do conflito entre elas, pois esta postura cooperativa deve ser adotada pelos que trabalham com o processo e deve operar desde o recebimento da petição inicial até a entrega da completa tutela jurisdicional.

Dessa forma, enquanto existir a controvérsia sob apreciação do Poder Judiciário, os sujeitos envolvidos devem agir de maneira colaboradora com os ideais da justiça. *Todos, sem exceção, serventuários, partes, advogados, juízes, peritos, testemunhas, entre outros.*⁸⁹ (Grifo nosso)

Indubitável, portanto, é a constatação de que não só os juízes e partes devem se submeter ao Princípio da Colaboração, mas também outros sujeitos do processo, como, por exemplo, os Auxiliares da Justiça. *“Há, portanto, esforço sistemático do Código no sentido de ampliar o conceito de sujeito, bem como a própria abrangência do termo sujeitos do processo, ampliando o compartilhamento do dever estatal de solução de litígio a um rol indeterminado de pessoas.”*⁹⁰.

4. A POSTURA COOPERATIVA DO OFICIAL DE JUSTIÇA

Seguindo a lógica exposta nos tópicos anteriores, passemos a analisar algumas das incumbências do Oficial de Justiça, bem como situações exemplificativas de sua atuação, e quais as implicações quanto ao Princípio da Colaboração.

De forma propedêutica, contudo, verifiquemos antes os pressupostos de uma comunicação processual efetiva sob a luz do Princípio da Cooperação.

⁸⁸ WYKROTA, sem data.

⁸⁹ AMARAL NETO, 2010 *apud* BARBOSA; CASSANO JÚNIOR, 2011, p. 283.

⁹⁰ MORELATO; DE VINCENZI, 2018, p. 202.

4.1. Princípio da Cooperação como garantidor da construção do significado da comunicação processual

Fazendo uma correlação interdisciplinar entre o Direito e a Linguística, observamos claramente que o Princípio da Cooperação está intrínseco⁹¹ ao ato de comunicação processual, pelo menos àquela que se deseja ser efetiva. Nem sempre o que se diz, pelo transmitente da comunicação, é o que se entende, pelo destinatário.

Com essas reflexões, Grice propôs a sua Teoria da Comunicação, segundo a qual o diálogo não fica sob o comando unilateral de um dos falantes, mas se submete a princípios que são compartilhados pelos interlocutores, a fim de buscar-se o entendimento das informações trocadas entre eles, formulando⁹² um princípio muito geral que se esperaria (*ceteris paribus*) que os participantes observassem: faça sua contribuição conversacional tal como é requerida, no momento em que ocorre, pelo propósito ou direção do intercâmbio conversacional em que você está engajado. Pode-se denominar este princípio de PRINCÍPIO DE COOPERAÇÃO. (1982, p.86, destaque do autor)⁹³

Hialina, pois, é a postura esperada daquele que comunica, em especial, o Oficial de Justiça, devendo ser pautada, aquela, numa atitude cooperativa. Não basta o Oficial de Justiça informar, meramente, que o réu está sendo citado e o prazo para defesa. Isso pode levar o destinatário do mandado a entender que a defesa processual é uma faculdade sem consequências. Que tudo vai se esclarecer na audiência de conciliação!

O Oficial de Justiça precisa informar, além do importante – que é o que consta no mandado –, sob o dever cooperativo, também, o relevante – aquilo que para os graduados em Direito é implícito, mas que para os leigos é oculto. Tal postura, além de cooperativa, é garantidora da efetividade do ato de comunicação processual.

Nesse contexto, aquele que comunica deve observar as seguintes posturas resumidamente alocadas no quadro abaixo:

Quadro: Princípio da Cooperação, na Teoria da Comunicação de Grice (1982).⁹⁴

91 Com base na concepção de que “toda conversa é baseada no Princípio da Cooperação (PC)”... (GRICE, 1982 *apud* SANTOS, 2014, p. 91).

92 SANTOS, 2014, p. 69.

93 GRICE, 1982, p. 86 *apud* SANTOS, 2014, p. 70.

94 FONTE: Quadro 5, SANTOS, 2014, p. (Grifo do autor citado)

Categorias essenciais	Relacionadas com	Preocupação do autor	Máximas conversacionais
QUANTIDADE	a objetividade na elaboração da mensagem	informar apenas o necessário	(1). Faça com que sua contribuição seja tão informativa quanto requerido (para o propósito corrente da conversação). (2). Não faça sua contribuição mais informativa do que é requerido.
QUALIDADE	a veracidade do dito	dizer a verdade	Não diga o que acredita ser falso; Não diga senão aquilo para o qual você possa fornecer evidência adequada.
RELAÇÃO	a relevância do dito	dizer algo importante	Seja relevante
MODO	ao como deve ser dito	com a clareza do dito	Seja claro

Pelo exposto, conclui-se que o Oficial de Justiça sob a égide do Princípio da Cooperação, deve transmitir a comunicação processual com clareza, limitando-se ao necessário e relevante, pautando-se sempre na verdade.

4.2. Princípio da Cooperação e as incumbências dos Oficiais de Justiça.

A Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC, em seu inciso VI, artigo 154, assim reza: Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça: [...] VI – certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.

Observa-se que o legislador trouxe nova obrigação ao Oficial de Justiça que deverá, agora, sempre que realizar ato de comunicação, indagar às partes, e certificar, a possibilidade de autocomposição. Tal mister, porém, não é algo mecânico em que o Oficial de Justiça simplesmente pergunta e certifica a resposta!

Em face do Princípio da Cooperação, que conforme vimos nos tópicos anteriores também se remetem aos Auxiliares da Justiça como sujeitos processuais que são, o Oficial de Justiça, quando do cumprimento do disposto no inciso VI do artigo 154 do CPC, deve agir com diligência, sempre preocupado com a eficiência processual que é desiderato no CPC.

E nesse aspecto, a autocomposição vem sendo considerada, pela doutrina, o meio mais eficaz de se resolver lides, uma vez que proporciona às próprias partes chegarem por si mesmas – e isso considerando e ponderando os interesses em conflito – à solução da demanda, e obtendo maior satisfação entre as partes. “ *Tentar a autocomposição é tarefa central para as partes e seus advogados*”⁹⁵, podendo, assim, o Oficial de Justiça, em seu mister, contribuir para tal desiderato.

Não que o Oficial de Justiça deva convencer de forma coercitiva a parte destinatária da comunicação processual a propor a autocomposição, mas, em nome do Princípio da Cooperação, deve informar e esclarecer os benefícios de tal forma de resolução de lides.

É que a parte, por ser leiga, muitas vezes idealiza que a judicialização da lide é o caminho mais seguro e eficiente para compor sua demanda, e neste contexto torna-se imprescindível a atuação do Oficial de Justiça, no momento da comunicação processual, de forma a iluminar a parte sobre os benefícios da autocomposição e as desvantagens de uma judicialização da lide.

É o que conclui Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 148) no trecho a seguir:

Entre as incumbências do oficial de justiça cumpre destacar o disposto no art. 154, VI, do Novo CPC: certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes,

95 VAN RHEE, 2022, p. 163.

na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber. Mais um indicativo de que o Novo Código de Processo Civil de fato trata com considerável destaque a solução consensual dos conflitos. *Será ainda mais significativa a existência da proposta indicativa pelo dispositivo legal ora comentado se o oficial esclarecer à parte a possibilidade de uma autocomposição, mas essa conduta não está consagrada em lei como uma de suas incumbências.* (Grifo Nosso)

Apesar de não ser incumbência expressa do Oficial de Justiça esclarecer e informar o destinatário da comunicação processual sobre os benefícios da autocomposição, entendemos perfeitamente adotável esta postura em respeito ao Princípio da Cooperação que visa em última análise a eficiência processual.

O Princípio da Cooperação também impõe aos Oficiais de Justiça o dever de agir com posturas éticas, gerando confiança e boa-fé aos demais sujeitos processuais, o que, inclusive, é reconhecido na jurisprudência, conforme se infere a seguir:

HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO. EQUÍVOCO NO MANDADO DE INTIMAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL. PREJUÍZO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Embora o prazo para a interposição do recurso de apelação, em matéria penal, seja de 5 dias (art. 593, caput, do Código de Processo Penal), o mandado de intimação expedido pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Itapevi-SP fez constar, equivocadamente, o prazo de 10 dias. O equívoco quanto à menção do prazo recursal redundou em manifesto prejuízo à defesa, que acabou por interpor o referido recurso após escoado o prazo legal e, conseqüentemente, não teve a sua apelação conhecida.

2. Cabe ao juiz, assim como às partes, a prática de atos procedimentais que espelhem os comandos previstos em lei. *A confiança, elemento central do princípio da boa-fé processual, impõe a todos os sujeitos do processo posturas condizentes com o dever geral de cooperação, que deve imperar durante todo o curso processual, exigindo-se condutas éticas de todos que participam do processo (advogados, membros do Ministério Público, magistrados, oficiais de justiça, testemunhas, peritos, intérpretes, escrivães, auxiliares da justiça etc.).*

3. Considerando o que preceitua o próprio art. 575 do Código de Processo Penal ("Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo") e o fato de a apelação haver sido interposta dentro do prazo de 10 dias constante do mandado de intimação, está evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estariam sendo vítimas as pacientes.

4. Visto que as pacientes responderam ao processo em liberdade e tiveram assegurado o direito de recorrer soltas, devem ser colocadas em liberdade, se por outro motivo não estiverem presas, assim devendo permanecer até a ocorrência do novo trânsito em julgado.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, tornando definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida, desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória e determinar ao Juízo de primeiro grau que analise os demais requisitos de admissibilidade do recurso de apelação, já interposto pela defesa. Habeas corpus também concedido para que as pacientes sejam mantidas em liberdade, até a ocorrência do novo trânsito em julgado.⁹⁶

Como forma de cooperação, é dever do Oficial de Justiça, também, ser sensível as questões que dificultam as partes o acesso à Justiça, levando ao juiz a situação fática, contribuindo, assim, para construção de uma Justiça mais próxima da Sociedade. Exemplo pode ser observado na ementa de jurisprudência a seguir transcrita:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE ALIMENTOS - AUDIÊNCIA VIRTUAL - IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO TECNOLÓGICO - HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E TÉCNICA - DEFENSOR DATIVO NÃO NOMEADO - RÉU REVEL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO - SENTENÇA CASSADA.

Afigura-se nulo o processo se o oficial de justiça certifica a impossibilidade econômica e tecnológica do réu em comparecer à audiência virtual e não lhe é oportunizado instrumentos técnicos ou nomeado defensor dativo que lhe permita o acesso à defesa, tendo sido aplicado os efeitos da revelia, em total descumprimento das

⁹⁶ STJ - HC n. 320.190/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/5/2015, DJe de 15/5/2015.

Resoluções do CNJ e deste Sodalício, com flagrante violação aos princípios processuais e constitucionais, diante da ausência de cooperação dos atores processuais para a obtenção da decisão de mérito justa e efetiva, com acesso ao contraditório e à ampla defesa.⁹⁷

Observa-se, pois, que a atuação do Oficial de Justiça na vigência do atual Código de Processo Civil vai além da mera comunicação processual, muitas vezes feita com a simples leitura textual, de mandados, decisões, despachos e demais expedientes.

O Oficial de Justiça, sob o dever de cooperação, deve explicar – limitando-se a falar sobre a matéria processual⁹⁸, para garantir a imparcialidade – as consequências do ato comunicado; os prazos; o que ocorre se perder o prazo; qual profissional a parte deve procurar (maioria das vezes o advogado); a revelia; e demais questões procedimentais, cooperando, assim, para que não haja adiamentos; demoras; dúvidas das partes; e demais problemas que podem decorrer da falta de comunicação adequada. Ademais, quanto ao destinatário da comunicação processual, “[...] não é vedado alertá-lo sobre as consequências dos atos processuais, em especial se a parte não tem advogado”.⁹⁹

É o que se observa no trecho doutrinário a seguir exposto:

Assim, a exemplo do que escrevi a respeito do art. 5º, a carga de real novidade no art. 6º é menor do que se pode supor. E não há nisto nada de errado. *O desafio do dispositivo*, destarte, tanto quanto escrevi a propósito do art. 5º, *é o de permitir ao intérprete e ao aplicador do direito processual civil ir além dos casos em que o próprio CPC de 2015 já se ocupou de solucionar questões ou de impor deveres na perspectiva da cooperação*. Trata-se, apenas para dar um exemplo, de entender que o conteúdo das comunicações de citação precisa ir além dos requisitos exigidos pelo art. 250, indicando, consoante o caso, com clareza e com as explicações necessárias, onde se localiza a OAB ou a Defensoria Pública para permitir que o réu, desejando, possa entrar em contato com quem tenha capacidade postulatória para representá-lo em juízo. *Nas*

97 TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.052134-8/001, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 23/06/2022, publicação da súmula em 24/06/2022.

98 “Perceba que se trata de simples informação do texto da lei e não conselhos de estratégia processual. Estratégias de defesa são conselhos absolutamente vedados ao Oficial de Justiça. Você deve buscar a neutralidade.”. (DE FREITAS, 2018, p. 115).

99 DE FREITAS, 2018, p. 115.

hipóteses em que a citação for feita por oficial de justiça, é irrecusável que o oficial explique ao réu, justamente por causa da cooperação, o significado dela e a indispensabilidade de procurar auxílio técnico, levando em conta o prazo relativo aos atos processuais (comparecimento em audiência de conciliação ou de mediação ou apresentação de contestação).¹⁰⁰ (Grifo nosso)

Dessa forma, esclarecedora é a seguinte citação:

O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras. *Entretanto, não somente o juiz deve colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada. Todos aqueles de atuam no processo* (juiz, partes, oficial de justiça, advogados, Ministério Público etc.) têm o dever de colaborar para que a prestação jurisdicional seja concretizada da forma que prescreve a Carta de 1988. Nesse sentido, o art. 6º do CP/2015 estabelece que *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*. *Diante desta nova realidade, torna-se necessário renovar mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo, de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja o de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça*. O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico¹⁰¹. (Grifo nosso)

Hodiernamente, por todo o exposto, a cooperação é, pois, sinônimo de eficiência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, pois, que não apenas os juízes e as partes se submetem ao Princípio da Colaboração, mas também outros sujeitos do processo como, por exemplo, o Perito, o Chefe de Secretaria, Administrador, o Oficial de Justiça, etc.

Nessa nova perspectiva democrática e participativa do processo civil os Auxiliares da Justiça, em especial o Oficial de Justiça, não devem realizar seu mister de

¹⁰⁰ BUENO, 2016, p. 84 *apud* ANJOS, 2018, p. 26.

¹⁰¹ DONIZETTI, 2016, p. 42 *apud* MÖLLER, 2018, p. 150-151.

forma mecânica, robótica ou fria, mas, sim, sensível ao fato de as partes as quais se dirige, nas comunicações processuais, serem juridicamente leigas.

Deve, pois, o Oficial de Justiça, sob a ótica do Princípio da Cooperação, limitando-se a questões processuais, para garantia de sua imparcialidade, realizar o ato de comunicação processual esclarecendo ao destinatário não só o teor do expediente, mas também, e essencialmente, as consequências legais do ato, ou da não observação do mesmo, contribuindo, assim, o Oficial de Justiça, com uma melhor efetivação dos mandamentos judiciais e ao acesso à Justiça.

Ressalta-se, também, que no caso do inciso VI do artigo 154 do NCPC, deve o Oficial de Justiça informar e esclarecer de forma simples e clara os benefícios da autocomposição, bem como os pontos negativos em se levar a lide a submissão do rito processual civil.

Saliente-se que, neste caso supramencionado, a função do Oficial de Justiça limita-se pura e simplesmente a informar e esclarecer à parte destinatária da comunicação processual, não podendo adentrar na conduta excessiva e imparcial de coagir cognitivamente a parte a propor a autocomposição, ou adotar determinada tática de defesa.

Por fim, consideramos que o Princípio da Cooperação, respeitadas as atribuições legais de cada sujeito processual, veio para tornar o processo uma atividade mais dinâmica e aberta à influência por parte de todos os sujeitos do processo, sempre respaldando essa nova forma de agir processualmente nos subprincípios da lealdade, confiança e eficiência. Pode-se dizer, pois, que a cooperação não é só sinônimo de eficiência, mas, também, garantia de um processo sem surpresas, injustiças e má-fé!

REFERÊNCIAS

ANJOS, Ecláís Sandy Souza dos. **O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil**. 2018. 35 f. TCC (Especialização em Direito Processual Civil - Novo CPC) - Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá, 2018. Disponível em: https://bdm.ufmt.br/bitstream/1/1577/1/TCCP_2018_Ecla%c3%ads%20Sandy%20Souza%20dos%20Anjos.pdf. Acesso em: 26.06.2022.

ALEMANHA. **Código de Processo Civil**. ZPO – Zivilprozessordnung. 2005. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. Acesso em: 26.06.2022.

BARBOSA, Luiz Henrique Lucas; CASSANO JÚNIOR, Luiz Carlos. **Aplicação do princípio da cooperação no âmbito do corpo de magistrados e servidores da justiça federal.** Revista SJRJ, Rio de Janeiro. V 18. Nº 30. p. 275-293. abril de 2011. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/251-1000-3-pb.pdf>. Acesso em: 25.06.2022.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

BRASIL. **Código de processo civil.** Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25.06.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0000.22.052134-8/001.** Ação de Alimentos - Audiência Virtual - Impossibilidade de acesso tecnológico - Hipossuficiência econômica e técnica - Defensor dativo não nomeado - Réu revel - Violação ao Princípio da Cooperação, do Contraditório e da Ampla Defesa - Nulidade do processo - Sentença cassada. Des.(a) Kildare Carvalho, 23 de junho de 2022, súmula publicada em 24 de junho de 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=22&procCodigo=1&procCodigoOrigem=0&procNumero=52134&procSequencial=1&procSeqAcor dao=0>. Acesso em: 09.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HC nº. 320.190/SP.** Apelação. Prazo para a interposição. Equívoco no mandado de intimação. Princípio da Boa-Fé Processual. Prejuízo demonstrado. Ordem concedida, de ofício. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 7/5/2015, DJe de 15/5/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500739962&dt_publicacao=15/05/2015. Acesso em: 09.07.2022.

DE ARAÚJO, Diego Moura. **Discovery e o dever de cooperação.** Revista da Esmape, V. 23. nº. 45/46. Jan/jun – jul/dez de 2017. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/420025/0/-/92661b58-9a98-7307-3db9-8b51433c1fb5>. Acesso em: 07.07.2022.

DE FREITAS, Marcelo Araújo. **Oficial de justiça: elementos para capacitação profissional.** 3 ed. rev. ampl. – São Paulo: Triunfal Gráfica e Editora, 2018.

DIDIER JR, Fredier. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo:** de acordo com o NCPC e o pacote ante

crime. Rev. e atual. da obra Teoria geral do processo de Cândido Rangel Dinamarco; Ada Pellegrini Grinover; e Antônio Carlos. Malheiros de Araújo Cintra, 32ª ed., 2020.

FRANÇA. **Código de Processo Civil**. Decreto n.º 75-1123 de 05 de dezembro de 1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716/>. Acesso em: 26.06.2022.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A deontologia processual e sua relação com o modelo cooperativo de processo: a aplicação da boa-fé objetiva ao órgão judicial**. REjuriSTJ, v. 2 n. 2 (2021): Revista de Estudos Jurídicos do STJ. p. 383-410. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/view/302/46>. Acesso em: 07.07.2022.

MACHADO JÚNIOR, Dário Ribeiro. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MÖLLER, Guilherme Christen. **A dimensão do efeito do modelo de cooperação judicial para o Ministério Público**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 13, n. 29, p. 138-158, 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/68/29>. Acesso em: 26.06.2022.

MORELATO, Vitor Faria; DE VINCENZI, Brunela Vieira. **A cooperação enquanto elo entre os sujeitos e uma visão civilizatória do processo**. Revista de direito brasileira, v. 20, n.º 8. mai/ago, (2018). p. 192-214. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3250/3995>. Acesso em: 07.07.2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PADILHA, Leticia Marques. O princípio da cooperação como norma fundamental no novo CPC. **Anais do I Simpósio de Processo: E-Processo e novo CPC, PUC**, n. 1, 2016. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/simposio-de-processo/assets/2016/09.pdf>. Acesso em: 26.06.2022.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 41/2013 de 26 de junho de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em: 26.06.2022.

SANTOS, Angela Maria Torres. **O ato de fala de oficial de justiça: implicações do uso linguístico**. 2014. Attena – Repositório digital da UFPE. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/13311/1/TESE%20Angela%20Maria%20Torres%20Santos.pdf>. Acesso em: 22.07.2022.

VAN RHEE, C. H.. **Gerenciamento de casos e cooperação na europa: uma abordagem moderna sobre a litigância cível.** Civil Procedure Review, [S. l.], v. 13, n. 2, 2022.

Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/297>. Acesso em: 24 jul. 2022.

WYKROTA, Leonardo. **Breves notas sobre a cooperação processual no NCPC.**

Disponível em: <www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=124>. Acesso em 02 jan. 2016.

A COMPATIBILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ALEXIA BAKER GOMES E SOUZA SANTOS:
Advogada, pós-graduanda em Direito
Constitucional e Público¹⁰²

BENEVENUTO SILVA DOS SANTOS

(orientador)

RESUMO: A Constituição Federal traz de forma expressa em seu texto o rol de direitos fundamentais, rol este que não é taxativo. Este trabalho tem como objetivo analisar a compatibilidade do chamado direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como destacar as peculiaridades de tal instituto, através de levantamento bibliográfico, análise jurisprudencial e da legislação. Além disso, busca o presente trabalho apresentar as diferenças entre o direito ao esquecimento e o direito à desindexação, além de analisar o aparente conflito entre direitos fundamentais decorrente da invocação do direito ao esquecimento, partindo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ.

Palavras-chave: Direito à Desindexação. Direito ao Esquecimento. Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve relato histórico; 2.1. Caso Lebach; 2.2. Direito ao esquecimento no Brasil; 3. Delimitando o direito ao esquecimento; 3.1. Conceituação; 3.2. Direito ao esquecimento VS direito à desindexação; 4. Análise da compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a compatibilidade do instituto do direito ao esquecimento com a Constituição Federal do Brasil. O direito ao esquecimento se apresenta como forma de proteção aos direitos da personalidade, onde uma pessoa teria o direito de não ter um fato passado de sua vida exposto ao público sem seu consentimento.

Por não possuir previsão legal, tal instituto foi difundido no Brasil através da análise jurisprudencial internacional. A forma mais comum com que este suposto direito se

102 **E-mail:** alexiabaaker@gmail.com

apresenta é na tentativa de dificultar o acesso público à determinada informação, sob a alegação de que a divulgação de um fato ocorrido há muitos anos, ainda que verídico, não ostentaria relevância histórica e/ou social para ser veiculado no presente.

Em contrapartida, ainda que a Constituição Federal de 1988 não traga de forma expressa o direito ao esquecimento, seus pilares encontrariam previsão no texto constitucional no art. 5º, X, da CRFB/88. Contudo, esses direitos frequentemente entram em conflito com outros direitos fundamentais, como os positivados no art. 5º, incisos IV e IX, e no art. 220, ambos da Constituição Federal.

Dessa forma, este estudo se propõe a analisar de que forma o judiciário brasileiro tem se posicionado diante do conflito de direitos fundamentais trazidos pela invocação do direito ao esquecimento, a fim de responder às seguintes perguntas: O que se entende por direito ao esquecimento? Qual a diferença do Direito ao esquecimento e o direito à desindexação? O direito ao esquecimento é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? Quais seriam os limites do exercício desse direito?

O objetivo geral do presente estudo será analisar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no Brasil, bem como definir seus limites e alcance. Para isso, no primeiro capítulo são analisados os casos mais emblemáticos de direito ao esquecimento no Brasil e no mundo, demonstrando a particularidade de cada um.

Em seguida, para delimitar o tema, serão apresentados diferentes entendimentos desse instituto, onde se insere no ordenamento jurídico brasileiro, conceito, bem como a sua diferença em relação ao direito à desindexação.

Em ato contínuo, será analisada a recente tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, que entendeu pela incompatibilidade do instituto do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se pela relevância social do presente trabalho diante da inevitável controvérsia jurídica que surge com a invocação do direito ao esquecimento pelo particular para decidir qual fato de sua vida pode ou não se tornar de conhecimento público.

Cientificamente, a pesquisa é importante na medida em que serão analisados aspectos do direito ao esquecimento na jurisprudência nacional e internacional, bem como os impactos do reconhecimento ou não deste direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o aspecto jurídico deste trabalho reveste-se de especial relevância, uma vez que a abordagem do tema permitirá aos profissionais do Direito realizarem uma análise crítica acerca do conflito entre os direitos à liberdade de expressão e imprensa, e os direitos à privacidade, à imagem e honra.

Adota-se na pesquisa o método bibliográfico com abordagem dedutivo-qualitativa, de modo que será debatida através do texto constitucional, da legislação, da análise doutrinária e jurisprudencial a questão do direito ao esquecimento.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO

Para melhor compreensão do se trata o direito ao esquecimento, faz-se necessário uma breve contextualização histórica de tal instituto ao longo das décadas ao redor do mundo, destacando os casos mais emblemáticos.

2.1 CASO LEBACH

Em termos históricos, o direito ao esquecimento é um tema relativamente novo. Tal tema surge no final dos anos 60 com o Caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Em 1969, um indivíduo participou de um ataque à uma base militar, onde quatro soldados foram mortos e um ficou gravemente ferido. Esse crime teve, à época, grande repercussão, uma vez que a busca pelos autores durou meses e as medidas de busca, bem como o processo, foram amplamente divulgados pela imprensa. Dois dos autores foram condenados à prisão perpétua, enquanto um terceiro indivíduo à apenas seis anos de prisão, por ter menor participação nos atos que levaram à morte dos soldados¹⁰³.

Anos depois, uma rede de televisão alemã iniciou a produção de um documentário sobre o crime, fazendo referência aos nomes dos três envolvidos no evento e divulgando suas imagens. Na época, o indivíduo condenado por seis anos, que estava prestes a sair da prisão, resolveu propor uma ação judicial a fim de impedir a emissora de veicular tal documentário, sob o argumento de que, com a realização da obra, seus direitos de personalidade estariam sendo violados e sua ressocialização prejudicada.

A princípio, a corte do distrito de Mainz rejeitou o pedido autoral sob a alegação de que o autor estava envolvido em fatos históricos, não podendo invocar seu direito de personalidade naquele caso em específico. O mesmo entendimento foi mantido quando o caso foi levado à corte de apelação de Koblenz. Contudo, obteve êxito e teve seus pedidos atendidos ao levar seu pleito ao Tribunal Constitucional Alemão. A corte constitucional

¹⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. – Revista ConJur, Direitos Fundamentais. 05 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 09 set. 2021.

proibiu a transmissão do programa por entender que as decisões anteriores violavam dispositivos constitucionais.¹⁰⁴

Esse caso foi um importante norteador para casos posteriores envolvendo direito ao esquecimento, pois colocou em evidência um conflito entre a liberdade de expressão do canal de televisão de exibir um documentário sobre um fato histórico e verídico, e, em contrapartida, temos o direito de personalidade do preso que quer ser ressocializado e esquecer o passado.

2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

No direito, frequentemente alguns princípios entram em colisão. Ao falarmos de direito ao esquecimento é comum que os princípios a colidir sejam o da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, como ocorreu no caso Lebach na Alemanha. Essa mesma problemática foi enfrentada, alguns anos depois, no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), com os casos da Chacina da Candelária e Aída Curi.

A Chacina da Candelária ocorreu na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1993, quando alguns meninos em situação de rua, com idades entre onze e dezenove anos, foram assassinados em frente à Igreja da Candelária por um grupo de policiais¹⁰⁵.

Em 2006, treze anos após o ocorrido, a Rede Globo de Televisão decidiu exibir um episódio em seu programa Linha-Direta Justiça dedicado a este crime, recontando todo o ocorrido na noite de 23 de julho de 1993. Um dos indiciados no caso, que foi submetido a júri e absolvido, alega ter recusado o convite da emissora para dar seu depoimento ao programa. Mesmo diante da recusa, a Rede Globo, exibiu o episódio mencionando seu nome e informando que o mesmo havia sido inocentado das acusações.¹⁰⁶

Sentindo-se prejudicado pela veiculação de sua imagem e nome ao grande público, o acusado, já absolvido, ingressou com uma ação contra a Rede Globo sustentando, em síntese, que a retrospectiva do caso lhe gerou uma série de problemas. Merece destaque o seguinte trecho do acórdão¹⁰⁷:

104 BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito)*. 1ª Ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 115 – [ebook].

105 SOUSA, Alana. *Chacina da Candelária: Uma Noite de Brutalidade No Rio de Janeiro*. 2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-chacina-da-candelaria-uma-noite-de-brutalidade-no-rio-de-janeiro.phtml>. Acesso em: 9 set. 2021.

106BRANCO, op. cit., nota 2, p. 142.

107BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004>

[...] Segundo entende, levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares. [...]

A problemática do caso se encontra no fato de que o agora autor da ação já havia sido julgado e inocentado há mais de 10 anos da exibição do episódio. A ausência de contemporaneidade do fato ensejaria em um possível direito ao esquecimento? O episódio poderia ter sido exibido sem a menção do nome e imagem do autor? Ou a ausência de tais informações causaria prejuízo aos fatos jornalísticos a serem narrados?

Ao julgar o recurso de apelação nº 2008.001.48862, a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro chegou à conclusão de que seria possível recontar a história sem a menção do nome do autor, ressaltando, ainda, que sua exposição "constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão e edição de programa jornalístico contra vontade expressamente manifesta de quem deseja prosseguir no esquecimento" 108.

Ao julgar o REsp nº 1.334.097 – RJ, o STJ acolheu as premissas expostas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que "ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto –, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo".¹⁰⁹ O Ministro destacou que a relevância histórica do crime não é um impedimento absoluto para o reconhecimento do direito do autor de não ter mais seu nome vinculado ao fato, pois há casos em que negar o direito ao esquecimento configuraria um abuso à dignidade humana.

&num_registro=201201449107&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2021.

108BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Décima Sexta Câmara Cível) - *Apelação Cível nº 2008.001.48862/RJ*. Des(a). Eduardo Gusmao Alves de Brito Neto. 11 de nov. de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F>. Acesso em: 10 set. 2021.

109BRASIL, op. cit., nota 5.

Ainda sobre o caso, o autor Sérgio Branco¹¹⁰ comunga do entendimento do STJ, defendendo que a não menção do nome do autor e não divulgação de sua imagem não cercearia o direito a liberdade de imprensa da emissora, ao mesmo tempo que não comprometeria a imagem do autor. No mesmo sentido, destaca-se o seguinte trecho do livro do Min. Gilmar Mendes¹¹¹:

[...] Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. [...]

Vê-se, portanto, que o interesse público e a historicidade do fato devem ser analisados conjuntamente caso a caso. Como veremos a seguir, no Caso Aída Curi, o STJ adotou um posicionamento diferente.

No ano de 1958, uma jovem de 18 anos foi perseguida e assassinada ao ser jogada do terraço de um prédio no Rio de Janeiro.¹¹² Décadas após o ocorrido, a Rede Globo apresentou um episódio sobre o caso no programa Linha Direta-Justiça. A família da vítima resolveu propor uma ação contra a emissora, alegando que, mesmo diante de negativas, a emissora optou por exibir o episódio em sua grade o que os levou a reviver as dores da perda de seu ente querido.

Nesse caso, o STJ entendeu que, apesar da família ter o direito de não ser submetida a lembranças de um fato passado que lhe causou imensa dor, no caso Aída Curi, assim como diversos outros, a vítima tornou-se elemento indissociável do fato, uma vez que a não menção de seu nome, por exemplo, tornaria a narrativa do crime inviável, uma vez que o próprio caso leva o nome da vítima. Merece destaque o seguinte trecho do acórdão¹¹³:

¹¹⁰BRANCO, op. cit., nota 2, p. 146.

¹¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249 – [ebook].

¹¹²BAYER, Diego. *Na série “Julgamentos Históricos”: Aida Curi, o Júri que marcou uma época*. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>. Acesso em: 11 set. 2021.

¹¹³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2021.

[...] Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. [...]

Ao contrário da Chacina da Candelária, em que o nome dos envolvidos é dispensável para a narrativa do caso, o caso Aída Curi é conhecido pelo nome da vítima, de modo que caso houvesse uma proibição à menção ao nome da vítima haveria, conseqüentemente, a proibição da menção ao caso, o que impactaria na liberdade de expressão da emissora.

O Caso Aída Curi, apesar de se tratar de um crime histórico assim como a Chacina da Candelária, trouxe diferentes questionamentos e conclusões. Com o entendimento de que a proibição da utilização do nome da vítima tornaria inviável a reprodução de sua história, o STJ negou provimento ao recurso especial, por maioria.

Mais recentemente, em fevereiro de 2021, ocorreu o julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 1.010.606, pelo STF114, onde foi novamente discutido o caso Aída Curi, bem como a compatibilidade do instituto do direito ao esquecimento com a ordem constitucional. Tal julgamento trouxe à tona o importante debate do que se entenderia por tal instituto e se o mesmo é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, o que será objeto de análise nos próximos capítulos.

3 DELIMITANDO O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Por ter um conceito amplo, o instituto do direito ao esquecimento pode ser confundido com outros institutos que, à primeira vista, podem ser entendidos como corolários do direito ao esquecimento. No âmbito digital, é comum que se associe o instituto da desindexação com o esquecimento, em que pese ambos os institutos possuam peculiaridades que merecem destaque.

3.1 CONCEITUAÇÃO

O Direito ao Esquecimento é um instituto de difícil conceituação. Tentar delimitar o tema faz surgir diversos questionamentos, como sua existência, abrangência, e até como implementá-lo.

114BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 11 out. 2021.

Segundo a autora Viviane Nobrega Maldonado, o direito ao esquecimento deve ser entendido “como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo” 115.

Há quem entenda que o objetivo do direito ao esquecimento não alcança de fato o esquecimento, uma vez que é impossível que o Direito consiga determinar qual fato o particular deve ou não se lembrar. Em seu livro, Sérgio Branco ressalta que o instituto do direito ao esquecimento “definitivamente não se trata de esquecimento, mas de pleito para que determinada informação não seja mais acessível publicamente” 116, até porque não há como reescrever a história.

Nas palavras de Anderson Schreiber¹¹⁷, “o que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. De forma genérica, o direito ao esquecimento pode ser conceituado como o direito que tem um indivíduo de não ter um fato pretérito de sua vida, ainda que verídico e lícitamente obtido, veiculado e exposto no presente.

Ainda que não previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, poderia se dizer que o direito ao esquecimento está intrinsecamente ligado a direitos constitucionalmente garantidos, como o da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade, vida privada, honra e a imagem, previstos nos artigos 1º, III e art. 5º, X, da Constituição Federal¹¹⁸ e art. 21 do Código Civil¹¹⁹. Há quem entenda que o fato do direito ao esquecimento não constar expressamente no rol de direitos da personalidade não representa óbice a sua aplicação. Conforme o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes¹²⁰:

115MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. 1ª Ed. São Paulo: Novo Século, 2017, p. 69 – [ebook].

116BRANCO, op. cit., nota 2, p. 137

117SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171 – [ebook].

118BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

119BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

120MORAES apud VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. *O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira: Incompreensões sobre o Tema, limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual*. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2017. p. 45. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDF>. Acesso em: 02 set. 2021

[...] Não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas [da dignidade da pessoa humana]: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passa a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humana em todas as suas relações. [...]

Segundo o filósofo Norberto Bobbio¹²¹, não existem direitos fundamentais por natureza, uma vez que os direitos do homem constituem uma classe variável de direitos, que se modificou e continua se modificando com a história. No mesmo sentido, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ¹²²:

[...] O art. 5º, § 2º, da Lei Maior estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. [...]

Nessa esteira, é importante ressaltar o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, que estabelece que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” ¹²³.

Dessa forma, o direito ao esquecimento poderia ser encarado como uma forma de proteção à dignidade da pessoa humana, ainda que não expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, pois o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal não é taxativo e não esgota direitos que possam a vir ser considerados fundamentais.

¹²¹BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13 – [ebook].

¹²²MENDES; BRANCO, op. cit., nota 9, p. 156.

¹²³BRASIL. Conselho da Justiça Federal, VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 out. 2021.

Há outros institutos que, ao senso comum, podem parecer como uma espécie de direito ao esquecimento, mas que com ele não possuem relação. Um bom exemplo é a remoção de conteúdo decorrente de um ato ilícito, como no caso em que um sujeito em sua rede social faz uma postagem ofensiva e mentirosa sobre outra pessoa. Nesse caso, não há que se falar em direito ao esquecimento, pois houve o cometimento de um ilícito e, como é sabido, já existem mecanismos na lei brasileira para tratar de crimes contra a honra e retirar esse conteúdo do ar, como por exemplo, os crimes contra honra tratados no capítulo V do Código Penal¹²⁴.

Há também a possibilidade de reparação desses danos na esfera civil, como a possibilidade de indenização em decorrência de injúria, difamação ou calúnia prevista no art. 953 do Código Civil¹²⁵, que também prevê a possibilidade de fazer cessar a ameaça ou lesão a direito da personalidade no art. 12.

Nesse sentido, posicionou-se o Ministro Dias Toffoli, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, acerca da necessidade da licitude da informação para haver a caracterização do direito ao esquecimento¹²⁶:

[...] Começo destacando que, para fins de abordar o direito ao esquecimento, é necessário apartar de sua abrangência as informações ilícitas, ou seja: é preciso desconsiderar as informações inverídicas e as informações adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei . Para a proteção contra informações inverídicas ou ilicitamente obtidas/utilizadas, o ordenamento jurídico é farto, seja em âmbito penal, seja em âmbito cível. Penalmente, tutela-se, por exemplo, a honra por meio de tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação (arts. 138 a 140 do CP); pune-se a divulgação de fatos inverídicos em âmbito eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral); protegem-se as comunicações eletrônicas privadas por meio da tipificação das invasões a dispositivo informático (Lei nº 12.737/12); tutela-se, ainda, a vítima de estupro relativamente à divulgação da cena do crime (Lei nº 13.718/18, assinada por mim no exercício interino da Presidência da República). [...]

Portanto, para haver a caracterização de um possível direito ao esquecimento a informação divulgada deve ser verdadeira e obtida de forma lícita.

124BRASIL. *Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

125 Op. cit. nota 17.

126 Op. cit. nota 12.

Outro instituto que merece destaque e diferencia-se do direito ao esquecimento é a possibilidade da desindexação de uma informação no ambiente virtual, que será trabalhado a seguir.

3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO VS DIREITO À DESINDEXAÇÃO

Nos dias atuais, com o advento da internet, ser esquecido tornou-se bem mais difícil que outrora. Até a primeira década dos anos 2000, para ter conhecimento de determinado fato ou pessoa dependia-se da imprensa, seja ela escrita ou televisiva. Nos dias de hoje, não é mais preciso esperar o horário do telejornal ou aguardar até a próxima edição de uma revista para obter uma informação, já que há livre acesso à informação em tempo real e a todo tempo por meio da internet.

Os jornais e revistas, por sua vez, se perdiam com o tempo. O fato noticiado, que era reverberado por determinado tempo na televisão, em pouco tempo era esquecido e perdia lugar para novos acontecimentos. Para uma pessoa anônima, que naquela época teve os holofotes da mídia virados para si por algum motivo, o tempo se encarregava de devolvê-la a seu *status quo ante*, mantendo-a no anonimato e até mesmo levando ao esquecimento do grande público depois de perdida a relevância de sua exposição.

Num mundo em que a internet vem se tornando o principal meio de comunicação, o mesmo não acontece. O que antes era esquecido com o passar dos dias, semanas e meses, hoje ecoa pela imensidão do mundo digital por tempo indeterminado, onde qualquer pessoa, a qualquer momento, pode tomar ciência de um fato ou até mesmo relembrar com a mesma riqueza de detalhes que quando noticiado na época, sem que os envolvidos tenham controle dessas informações.

Em 2014, Mario Costeja González, um advogado espanhol, protocolizou uma reclamação contra um jornal de grande alcance em seu país e contra o Google. González desejava que a ferramenta de busca desassociasse seu nome de uma nota publicada pelo jornal anos atrás, onde a população era convocada para ir ao leilão de seu imóvel. O leilão não ocorreu, pois o advogado efetuou o pagamento da dívida, mas, mesmo assim, anos depois, tal nota ainda aparecia como um dos resultados quando se buscava pelo seu nome na internet¹²⁷.

127 JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. – Revista ConJur, Direito Comparado. 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>. Acesso em: 30 set. 2021.

Com sua reclamação, o espanhol objetivava que fossem suprimidas ou alteradas as páginas relacionadas a este fato, por parte do jornal. Em relação ao Google, requeria a supressão ou omissão de dados envolvendo seu nome, pois, segundo González, “não havia mais sentido na divulgação dos dados do processo de execução, em razão de sua extinção há vários anos” 128.

A Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) rejeitou o pedido do requerente em face do jornal, sob o argumento de que o jornal apenas obedeceu ao Ministério do Trabalho e Seguridade Social, cujo objetivo era dar publicidade ao leilão atraindo licitantes. Já em relação ao Google, a AEPD entendeu que os buscadores de internet atuam como intermediários entre a sociedade e as informações, sujeitando-se assim à legislação protetiva de dados pessoais, de forma que foi determinada a ocultação de resultados de busca que associassem González a esse fato¹²⁹.

Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que os buscadores de internet são responsáveis pelo tratamento de dados, reconhecendo o direito do interessado a solicitar a supressão de informações pessoais¹³⁰. Parte da doutrina defende que a decisão da Corte Europeia pode gerar diversos problemas, como bem destaca o autor Sérgio Branco¹³¹:

[...] Além de atribuir ao ente privado o dever de julgar se uma informação deve ou não ser acessada, promove-se censura privada e o risco de se provocar um apagão histórico. Finalmente, aqui se torna ainda mais evidente não se tratar propriamente de direito ao esquecimento, mas mero desejo de desindexação. [...]

De fato, tal decisão deve ser analisada com cautela, pois, conforme coloca Carlos Affonso Pereira de Souza¹³², ao dar a motores de busca autoridade para receber reclamações e decidir o que deve ou não ser desindexado, haveria a transferência de competência do Poder Judiciário, que é quem possui legitimidade para analisar a licitude ou ilicitude de um conteúdo e determinar sua remoção, para o setor privado.

128 Ibid.

129 Ibid.

130 Ibid.

131 BRANCO, op. cit., nota 2, p. 154.

132 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 11 out. 2021.

O próprio art. 19 da Lei nº 12.965/2014¹³³, determina que os motores de busca só serão responsabilizados por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros após ordem judicial. Esse artigo limita a atuação desses motores de busca, de modo a assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.

Cabe destacar, como coloca Affonso Pereira de Souza, que “isso não significa que provedores apenas possam remover conteúdos com ordem judicial. Ao contrário, é dado aos provedores removerem conteúdos antes de receberem qualquer ordem caso entendam que o mesmo viola seus termos de uso”¹³⁴.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que os buscadores de internet não devem ser responsabilizados pelos resultados de busca apresentados. Nesse sentido, destaco ementa do seguinte acórdão¹³⁵:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. **3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de**

133 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

134 SOUZA, op. cit., nota 30, p. 4.

135 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1660168/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, j. em 08/05/2018. 2018. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1660168&b=AC>

OR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em : 01 out. 2021.

afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. 8. O arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos. 9. Recursos especiais parcialmente providos. (STJ - REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018) - Grifou-se.

O caso espanhol diferencia-se dos demais tratados neste artigo, pois o que se pleiteia é a desindexação de dados que remetessem o nome do interessado ao fato veiculado pelo jornal, não se tratando de um direito ao esquecimento propriamente dito.

Nesse ponto, é importante ressaltar que tais institutos não são sinônimos. Enquanto no direito ao esquecimento o que o indivíduo busca é o direito de não ser obrigado a lembrar de determinado fato de sua vida que lhe cause algum tipo de transtorno, a busca pela desindexação satisfaz-se com a retirada de certos resultados dos buscadores de internet. Nesse sentido, merece destaque a seguinte definição do instituto da desindexação¹³⁶:

[...] A desindexação de um *link* do mecanismo de busca não se confunde com a eliminação de dados pessoais, uma vez que tal pleito visa a desindexação de um determinado *link* de um mecanismo de busca quando a busca é realizada com o nome do titular de dados pessoais. Um exemplo clássico de desindexação pode ser extraído do caso *Costeja*. As notícias indexadas que relatavam os débitos do Sr. Costeja foram desindexadas. Entretanto, permanecem disponíveis no *site* do jornal que as publicou originalmente. (...) Nota-se, portanto, que (i) a desindexação não garante a remoção total de determinado conteúdo, que permanece disponível no *site* original; (ii) a desindexação é referente à busca realizada pelo nome do titular de dados pessoais, mas a mesma informação pode ser localizada com outros parâmetros; logo (iii) a desindexação não garante o “esquecimento” e tampouco pode ser considerada como sinônimo de um “direito ao esquecimento”. [...]

Pode-se dizer que, ainda que se considere um aspecto do direito ao esquecimento, a desindexação não ataca a raiz do problema. Trata-se de uma espécie de remoção parcial do conteúdo, já que é possível, através de outros caminhos, encontrar a notícia ou fato que o motor de busca disponibilizava. A desindexação apenas possibilita que determinado *link* deixe de ser associado ao nome do titular de tal direito. Nesse sentido¹³⁷:

[...] Resta claro, portanto, que não há que se falar em remoção de conteúdo da rede mundial de computadores, mas tão somente em não exibição nos resultados do provedor de busca, podendo o mesmo ser acessado de diversas outras formas, inclusive através de outros provedores que porventura não tenham sido obrigados judicialmente a omitir os resultados. [...]

136 OLIVEIRA, Caio César de. *Eliminação, desindexação e esquecimento na internet*. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 144/145 – [ebook].

137SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016. p.126 – [ebook].

Já no direito ao esquecimento propriamente dito, o indivíduo ataca diretamente a fonte do problema, de modo que o que se pretende é que ninguém tenha acesso a determinada informação por nenhum caminho.

4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SEGUNDO O STF

No presente capítulo, será feita a análise do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, impetrado em face o REsp 1.335.153/RJ, que fixou a tese de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. O caso em questão tratava de uma ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem, ajuizada pelos irmãos de Aída Curi, conforme já mencionado no relato histórico feito neste artigo.

Em 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal, através do RE 1.010.606/RJ julgou o caso Aída Curi, fixando a seguinte tese de repercussão geral¹³⁸:

[...] É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. [...]

A tese fixada pelo STF vai de encontro com o que vinha entendendo o STJ, como nos casos da Chacina da Candelária - REsp nº 1.334.097/RJ - e Aída Curi - REsp nº 1.335.153/RJ - de que o direito ao esquecimento seria aplicável no sistema jurídico brasileiro.

O Ministro Dias Toffoli¹³⁹ entendeu que a discussão da lide em questão possuía densidade constitucional, pois trata da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão, direito à informação com os princípios que protegem a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, uma vez que extrapola aos interesses subjetivos das partes, o Ministro relator reconheceu a repercussão geral da matéria em análise.

¹³⁸BRASIL, op. cit., nota 12.

¹³⁹ BRASIL, op. cit., nota 12.

A Constituição em seu artigo 5º, inciso X, garante o direito a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, além de assegurar o direito à indenização decorrente da sua violação. Contudo, tais direitos não são absolutos e não podem se sobrepor à liberdade de expressão e imprensa - art. 5º, IV e IX, e art. 220, da CRFB/88140 - também garantidas pela Constituição Federal.

A grande problemática nos casos em que o direito ao esquecimento é invocado está no conflito entre esses direitos fundamentais que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88141.

Diante desse conflito de direitos fundamentais, os Ministros do STF basearam seus votos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, onde, por maioria, não se reconheceu o direito ao esquecimento como um direito compatível com a Constituição Federal. A contrario sensu, posicionou-se o Ministro Edson Fachin, reconhecendo o direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro.

O Ministro Dias Toffoli, relator do recurso extraordinário nº 1.010.606/ RJ, destacou em seu voto que não se pode restringir a liberdade de expressão com a justificativa de proteção a outro direito fundamental. Nesse sentido, salientou que¹⁴²:

[...] A previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar prevista em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial. Parece-me que admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição. [...]

140 BRASIL, op. cit. nota 16.

141 Ibid.

142 BRASIL, op. cit. nota 12.

Como ensina a doutrina¹⁴³, nos casos em que há a colisão entre direitos fundamentais, deve-se aplicar a técnica da ponderação, uma vez que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e se encontram limitados pelos demais direitos consagrados pela Constituição, de modo que se deve buscar a harmonização desses direitos. Na lição de Alexandre de Moraes¹⁴⁴:

[...] Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. [...]

Como já tratado neste artigo, uma das principais alegações invocadas para o reconhecimento do direito ao esquecimento é a de que, em razão do decurso do tempo, certos fatos, ainda que verídicos e obtidos de forma lícita, perderiam sua relevância social e, ao serem transportados para o presente, gerariam diversos transtornos às partes envolvidas, devendo-se restringir sua divulgação.

Contudo, como destacou o Ministro Dias Toffoli¹⁴⁵, a mera passagem de tempo não tem capacidade de tornar ilícita a divulgação de determinada informação. Se esse raciocínio fosse seguido, estaríamos diante de uma espécie de censura prévia, como destacou o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto¹⁴⁶:

[...] No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público. [...]

143 MENDES, BRANCO. op. cit. nota 9, p. 81.

144 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 71 – [ebook].

145 BRASIL, op. cit. nota 12.

146 Ibid.

Deve-se destacar que o próprio art. 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal¹⁴⁷ apresenta alternativas para assegurar a proteção dos direitos de personalidade sem que haja a necessidade de algum tipo de censura:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Nesse sentido, destacou o Ministro Dias Toffoli que devem ser utilizadas outros meios para solucionar esse conflito de direitos fundamentais¹⁴⁸:

[...] Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento; o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. [...]

A Constituição federal veda a censura, assegurando, contudo, que quando houver abuso do direito de informar haverá o dever de indenizar. À primeira vista, o direito à privacidade poderia impedir que determinado fato não autorizado deixasse de ser divulgado. Em contrapartida, o interesse público/social sobre determinada informação

¹⁴⁷ BRASIL, op. cit. nota 16.

¹⁴⁸ BRASIL, op. cit. nota 12.

poderia fazer com que esse direito, que não é absoluto, sofresse certa limitação para que o direito à liberdade de expressão pudesse ser exercido.

Portanto, devem ser observadas as particularidades de cada caso para que haja um juízo de ponderação a fim de conciliar esses direitos fundamentais. Como exemplo de ponderação entre direitos fundamentais em conflito aparente, pode-se citar o caso de saúde pública da pandemia da COVID-19, em que a liberdade de locomoção da população foi limitada pela quarentena em busca do bem geral social¹⁴⁹.

Os demais ministros seguiram o voto do relator para negar provimento ao recurso, com exceção do Ministro Edson Fachin, que entendeu que a Constituição abarca o direito ao esquecimento, uma vez que seus pilares estariam previstos no texto constitucional¹⁵⁰:

[...] Ainda que não o nomeie expressamente, a Constituição da República, em seu texto, alberga os pilares do direito ao esquecimento, porquanto celebra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informativa — que fora reconhecido, por exemplo, no referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, e 6.393, todas de relatoria da e. Ministra Rosa Weber (art. 5º, XII, CRFB/88). [...]

O Ministro Edson Fachin¹⁵¹ propôs tese de repercussão geral em que se reconhece o direito ao esquecimento como compatível com a Constituição e que, nos casos em que se verificar interesse transindividual, ou natureza pública da informação, ou alto grau de relevância histórica, deve prevalecer a liberdade de expressão e o direito à informação.

Apesar da conclusão do STF de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, uma vez que a possibilidade de restringir a divulgação de fatos verídicos e lícitamente obtidos que possuem interesse público caracterizaria censura prévia, tal tema não foi esgotado e provavelmente voltará a ser debatido nos tribunais do Brasil.

Não obstante, a posição adotada pelo STF parece ser mais adequada, à luz do sistema jurídico brasileiro, uma vez que já existem mecanismos na lei para proteger a violação de direitos da personalidade. Entretanto, não se pode impedir a divulgação de

149 MENDES, BRANCO, op. cit. nota 9, p. 168.

150 BRASIL, op. cit. nota 12.

151 BRASIL, op. cit. nota 12.

informações verídicas e lícitamente obtidas, já que a censura é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou sistematizar o direito ao esquecimento no Brasil, através da análise de julgados e do direito comparado. Observa-se que o direito ao esquecimento é um instituto que visa proibir que determinadas informações verídicas e lícitamente obtidas, que circularam no passado, voltem a circular no presente, gerando danos às pessoas relacionadas a essa informação.

Primeiramente, foi feito um relato histórico da aplicação do direito ao esquecimento no Brasil e no mundo, onde foram retratados casos que serviram de base para consolidar o entendimento de tal instituto, que possui conceito bastante amplo. Conclui-se que, se tratando de informação verídica e lícitamente obtida, ainda que decorrido grande período de tempo entre a ocorrência do fato e a sua divulgação, não há que falar em direito ao esquecimento quando ainda houver interesse público.

Em seguida, a fim de delimitar o conceito de tal instituto, foram apresentadas diferenças entre o direito ao esquecimento e o direito a desindexação, que consiste na remoção de determinados resultados nos motores de busca quando solicitados e não na remoção total do conteúdo da internet, uma vez que a informação pode ser acessada por outros caminhos.

No terceiro capítulo, analisou-se a decisão paradigma do STF, que fixou entendimento no sentido de que o simples decurso de tempo não tem capacidade de transformar um dado verídico e lícitamente obtido em um ilícito. O conflito entre direitos fundamentais deve ser analisado caso a caso, utilizando-se da técnica da ponderação. Como nenhum direito é absoluto, deve-se buscar a conciliação entre os direitos fundamentais conflitantes. Nas hipóteses em que houver abuso do direito de informar, existem alternativas no ordenamento jurídico brasileiro para fazer cessar ou reparar a lesão ao direito à privacidade, imagem e honra, como, por exemplo, o direito de atualização da informação, ou um direito à resposta.

Nesses casos, como colocou o STF, tentar impedir a divulgação da informação verídica e lícitamente obtida caracterizaria uma espécie de censura prévia, o que não é admitido de forma alguma em um Estado Democrático de Direito. Quando as informações retratadas não forem verídicas ou tratarem de forma vexatória os envolvidos, deve-se ressaltar que existem mecanismos no sistema jurídico brasileiro para sancionar tais condutas. Os crimes contra honra, por exemplo, contém previsão expressa no Código

Penal, e não são espécies de direito ao esquecimento, pois a previsão legal desses crimes não visa impedir que alguma informação venha a ser veiculada.

Ademais, nos casos analisados, em que se buscou o chamado direito ao esquecimento, observa-se que a informação que se pretendia esquecer acaba ganhando interesse público e gerando efeito diverso do pretendido. Da mesma forma que o público dos anos 2000 poderia não ter conhecimento do caso Aída Curi, ocorrido nos anos sessenta, se o mesmo não tivesse sido retratado por um programa de televisão, muitas pessoas não saberiam da existência de tais fatos nos dias atuais se a família de Aída Curi não tivesse ingressado com uma ação judicial em busca do esquecimento.

Parece que a busca pelo esquecimento acaba tendo efeito contrário do que pretendem as pessoas que o invocam, uma vez que para se atingir o esquecimento tem-se a necessidade de lembrar e trazer o fato que se quer esquecer a tona para que outras pessoas possam conhecê-lo e reconhecer esse direito. Assim, além dos problemas apontados pelo STF, observa-se que o direito ao esquecimento não se mostra uma medida muito eficaz para alcançar o fim pretendido.

Por outro lado, ao tratar do âmbito digital, conclui-se que, em regra, o que na verdade se busca é a desindexação de um conteúdo dos motores de busca, o que pouco se assemelha com a ideia de um direito ao esquecimento, pois o direito ao esquecimento busca formas de impedir que determinada informação venha ao conhecimento público. A desindexação, por sua vez, não atinge de fato o esquecimento, nem é uma forma de impedir que determinado fato venha a ser divulgado, mas apenas impede que os motores de busca relacionem determinado conteúdo à determinada pessoa, conteúdo este que poderá ser acessado de outras formas, seja por meio de *links* diretos ou até mesmo pelo acesso através de outros motores de busca.

Dessa forma, conclui-se que o direito ao esquecimento apresenta-se mais como uma forma de censura do que como uma proteção ao abuso do direito de informar, vez que já existem mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro para proteger o indivíduo contra eventuais danos causados pelo abuso da liberdade de expressão, tais como o direito de resposta, a retratação, indenização civil, dentre outras, que devem ser usados preferencialmente, ao invés de se proibir a divulgação de informações.

6 REFERÊNCIAS

BAYER, Diego. *Na série "Julgamentos Históricos": Aida Curi, o Júri que marcou uma época*. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>. Acesso em: 11 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito)*. 1ª Ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Décima Sexta Câmara Cível) - *Apelação Cível nº 2008.001.48862/RJ*. Des(a). Eduardo Gusmao Alves de Brito Neto. 11 de nov. de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal, VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1660168/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, j. em 08/05/2018. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1660168&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 01 out. 2021.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. – Revista ConJur, Direito Comparado. 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>. Acesso em: 30 set. 2021

MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. 1ª Ed. São Paulo: Novo Século, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES apud VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. *O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira: Incompreensões sobre o Tema, limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual*. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2017. p. 45. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDF>. Acesso em: 02 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Caio César de. *Eliminação, desindexação e esquecimento na internet*. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados*. – Revista ConJur, Direitos Fundamentais. 05 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 09 set. 2021

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA, Alana. *Chacina da Candelária: Uma Noite de Brutalidade No Rio de Janeiro*. 2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-chacina-da-candelaria-uma-noite-de-brutalidade-no-rio-de-janeiro.phtml>. Acesso em: 9 set. 2021.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 11 out. 2021.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

LEI Nº 13.105/2015 E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA JUSTIÇA ELEITORAL

EMANUEL NEVES DE LIMA:

Servidor da Justiça do Trabalho. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau de Recife. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico. Vinculado ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.¹⁵²

RESUMO: O artigo tem como objetivo apontar reflexos da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) sobre a uniformização da jurisprudência na Justiça Eleitoral, levando-se em consideração o aspecto da compatibilidade com os princípios, regras e normas que rege a norma processual comum com o Direito Eleitoral. A exposição trata, ainda, dos procedimentos previstos no CPC/2015 para a uniformização da jurisprudência nos tribunais (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência), expondo a sua concordância com as demandas que tramitam nesta justiça especializada.

Palavras-chave: Reflexos. Compatibilidade. Princípios. Uniformização de Jurisprudência. IAC. IRDR. Segurança jurídica.

ABSTRACT: The article aims to point out reflections of Law Nº 13,105/2015 (New Code of Civil Procedure) on the standardization of jurisprudence in the Electoral Court, taking into account the aspect of compatibility with the principles, rules and norms that govern the procedural standard common with Electoral Law. The exhibition also deals with the procedures provided for in the CPC/2015 for the standardization of jurisprudence in the courts (Incident of Resolution of Repetitive Demands and Incident of Assumption of Jurisdiction), exposing its agreement with the demands that are processed in this specialized court.

Keywords: Reflexes. Compatibility. Principles. Uniformization of Jurisprudence. IAC. IRDR. Legal security.

SUMÁRIO: Introdução; 2. Dos valores principiológicos; 3. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR; 3.1 requisitos e procedimento do IRDR; 3.2 da

¹⁵² E-mail: emanuel_n_l@hotmail.com

compatibilidade do IRDR com a justiça eleitoral; 4 Do Incidente de Assunção de Competência - IAC; 4.1 Da compatibilidade com a Justiça Eleitoral; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, com o tema “Lei nº 13.105/2015 e uniformização da jurisprudência na Justiça Eleitoral” trata de relevantes repercussões do Código de Processo Civil no âmbito da Justiça Eleitoral, em especial nos atos e procedimento afetos a esta especializada, diante da existência de princípios norteadores próprios, típicos do direito público.

Para tanto, analisa detidamente os principais reflexos do Código de Processo Civil nos atos e procedimentos da Justiça Eleitoral, identificando a aplicação principiológica do novo CPC a este ramo especializado, bem como examinando os impactos da Lei nº 13.105/2015 nos atos e procedimentos processuais, em especial: na uniformização da jurisprudência.

Com essas considerações, foi formulado o seguinte problema: Há compatibilidade entre a processualística civil privada da Lei nº 13.105/15 com o direito eleitoral, em especial com as normas principiológicas que o permeiam? Quais os principais reflexos nos atos e procedimentos eleitorais?

Diante da seguinte problemática, levantou-se as seguintes hipóteses: a) por força do art. 15 da Lei nº 13.105/2015, prevê-se que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, citada norma será aplicada supletiva e subsidiariamente. b) possível incidência da Lei nº 13.105/2015 na processualística de direito público, diante da construção de uma Teoria Geral do Processo, incidente em diversas áreas do direito.

Com o fito de produzir o presente artigo, a metodologia utilizada foi a indutiva, partindo-se de dados particulares específicos quanto às inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, analisadas pontualmente, chegando-se a uma conclusão quanto aos reflexos na seara do Direito Eleitoral.

A técnica de pesquisa utilizada foi a indireta, eminentemente bibliográfica e jurisprudencial, através de obras de eminentes juristas, doutrinadores e decisões dos Tribunais Superiores. Considerando a recente modificação legislativa e o escasso material didático quanto à matéria, socorrer-se-á, ainda, à pesquisa através de leis, sentenças, acórdãos, pareceres, portarias e resoluções dos órgãos competentes, todos colecionados no decorrer do artigo.

No decorrer dos capítulos será abordado sobre a compatibilidade do conteúdo principiológico do novo CPC frente aos fins almejados pelo processo eleitoral, a fim de se assegurar uma rápida prestação jurisdicional, atendendo aos corolários do devido processo legal e da segurança jurídica.

Do exame do exposto, chegar-se-á à conclusão da importância do Código de Processo Civil nos atos e procedimento da Justiça Eleitoral, considerando-se a inexistência código processual próprio, valendo-se da legislação processual comum para suprir suas lacunas e deficiências, sendo, contudo, necessária a ponderação de princípio, regras e normas que regem o Direito Eleitoral.

2. DOS VALORES PRINCIPIOLÓGICOS

O Novo Código de Processo Civil tem como conteúdo principiológico a busca pela duração razoável do processo (garantia fundamental), assegurando ao jurisdicionado uma rápida prestação jurisdicional e o desfavorecimento das decisões puramente processuais.

Para tanto, serve-se das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal como instrumentos de efetivação. Outrossim, também são consentâneos e valores indissociáveis perseguidos pelo novo códex os princípios da boa-fé, da cooperação, do fim social do processo e da segurança jurídica .

Nesse sentido, corrobora Didier (2016, Vol. I, p.48);

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Européia de Direitos do Homem e Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.), que serão examinadas neste curso.

Da simples leitura do art. 15 da Lei nº 13.105/2015 verifica-se que, “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente (grifos nossos)”.

Demonstrada está a ratificação da aplicabilidade subsidiária do novo códex na seara da Justiça Eleitoral, bem como quanto a inovação da possibilidade de aplicação supletiva, o que, quanto a esta, nas palavras de Wambier (2015, p.75), pressupõe estrutura normativa especial defasada e/ou parcial.

A importância da aplicação deste dispositivo e de seu estudo advém, em especial, da inexistência de um código de processo eleitoral e, como já dito, da consequente necessidade de aplicação subsidiária/supletiva do CPC. Há de se considerar, ainda, que existem apenas procedimentos esparsos na legislação eleitoral, tais como os previstos na Lei Complementar nº 64/90 (registro de candidaturas) e Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições).

Com essas considerações, com fulcro nos princípios norteadores do NCPC, calcados no devido processo legal neoprocessualista e, portanto aplicáveis ao processo eleitoral, vem-se a pôr em cheque a harmonização do princípio do contraditório absoluto em frente a possibilidade da formação do livre convencimento do órgão julgador, ainda que as provas não tenham sido indicadas ou alegadas pelas partes, prevista no art. 23 da LC nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), in verbis:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, **ainda que não indicados ou alegados pelas partes**, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. (grifos meus).

O fim maior seria evitar as decisões surpresas, sopesadas apenas por indícios, presunções, fatos públicos e/ou notórios não alegados pelas partes, diante de uma espécie de "poder inquisitorial" concedido ao Estado-juiz, face ao interesse público de lisura eleitoral.

Nesse sentido, em que pese o posicionamento exposto pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI nº 1.082 pela constitucionalidade do julgamento pautado nos termos do art. 23 da citada lei complementar, o mesmo cita em seu relatório que a atenuação do princípio dispositivo no direito processual moderno não pode levar o juiz a um protagonismo processual:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar. 2. Lei complementar n. 64, de 18/5/1990, arts. 7., Parágrafo único, e 23. Arguição de inconstitucionalidade das expressões "ainda que não alegados pelas partes" constantes do parágrafo único do art. 7., E das expressões "públicos e notórios, dos indícios e presunções e (...) Atentando para circunstancias ou fatos que não indicados ou alegados pelas partes", insertas no art. 23. Posição do juiz no processo. Participação do juiz no processo eleitoral. 4. Medida cautelar indeferida. (STF - ADI: 1082 DF, relator: Min. Néri da Silveira, data de julgamento: 01/07/1994, Tribunal Pleno, data de publicação: dj 04-11-1994 pp-29828 ement vol-01765-01 pp-00146)

Com essas considerações, a fim de harmonizar o livre convencimento previsto na Lei Complementar com os princípios norteadores do novo código, é que a Lei nº 13.105/2015 positivou, em seu art. 10, importante dispositivo garantindo o amplo acesso ao contraditório e a ampla defesa:

Art.10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Citada harmonização eleva, sobremaneira, o grau de importância dos citados princípios como conseqüências do "*due process of law*". Conseqüentemente, o modo de pensar e tratar o processo, instituída pelo neoprocessualismo, destacar-se com a inovação legislativa, irradiando em importantes reflexos nos atos processuais e na uniformização da jurisprudência na Justiça Eleitoral.

3. DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

Importante instituto introduzido pela Lei nº 13.105/2015 e que não poderia deixar de ser objeto de estudo do presente artigo diz respeito à uniformização da jurisprudência, através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

O procedimento consiste em técnica que atribui aos tribunais de segundo grau a competência para julgamento de causas repetitivas que, pela sua natureza, demandam orientação uniforme, originando-se, desta forma, **os processos modelo (padrão decisório)**. **Esses** serão aplicados pelos juízes de primeiro grau, atendidas as peculiaridades de cada caso concreto, em consonância com os poderes diretivo do art. 139 do NCPC.

O IRDR não possui natureza jurídica de recurso e nem de ação autônoma. Tem como escopo a uniformização da jurisprudência, evitando-se, desta forma, a proliferação de decisões conflitantes e contraditórias diante de questões de direito idênticas, dando efetividade aos princípios da isonomia, segurança jurídica e celeridade.

Segundo Didier (2016, Vol. III, pag. 625):

O IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recurso (inclusive na remessa necessária). Instaurado o incidente, transfere-se a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar o caso e, igualmente, fixar o seu entendimento

a respeito de uma questão jurídica que se revela comum em diversos processos.

3.1 REQUISITOS E PROCEDIMENTO DO IRDR

Como pressupostos de admissibilidade, o art. 976 do NCPC exige que haja efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, aliada, ainda, à ofensa à isonomia e segurança jurídica.

A legislação não prevê a exigência de determinado quantitativo de casos idênticos, como ocorre no direito processual alemão (principal referência estrangeira em que se baseia o instituto), mas sim a efetiva multiplicidade de demandas.

Será competente para apreciação do incidente o órgão designado no regimento interno do Tribunal, o qual se tornara prevento para eventuais recurso e/ou remessa necessária. O processo será público, devendo ser julgado no prazo de 01 (um) ano, período no qual as demais demandas repetitivas serão suspensas e o relator poderá requisitar informações ao juízo de primeiro grau, a serem cumpridas no prazo de 15 (quinze) dias. Não sendo julgado neste período, cessará a citada suspensão.

As partes e demais interessados serão ouvidos no prazo comum de 15 dias, podendo juntar documentos e requisitar diligências necessárias à elucidação da questão de direito, permitida, inclusive, a realização de audiências públicas e a participação do *amicus curiae*.

Julgado o incidente, a tese será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição do Tribunal, inclusive aos juizados especiais, em que pese estes não estarem vinculados ao TJ's ou TRF's. A tese poderá ser atacada por Recurso Extraordinário/Especial, conforme o caso.

3.2 DA COMPATIBILIDADE DO IRDR COM A JUSTIÇA ELEITORAL

Nesse íterim, verifica-se, de pronto, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser de grande valia para a Justiça Eleitoral, considerando-se, sobretudo, a necessidade de celeridade na prestação da tutela jurisdicional nas matérias unicamente de direito, bem como quanto ao dever uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926/NCPC).

Outros aspectos positivos seriam a tomada de decisões proferidas em um processo concentrado, garantidos o contraditório e a publicidade de forma ampliada, adotando-se a isonomia e a segurança jurídica na solução de conflitos similares. Outrossim, abre-se a possibilidade de um diálogo direto com os tribunais superiores em caso de recurso, tendo em vista a repercussão geral presumida do seu objeto.

Por outro lado, haverá de se questionar quais as demandas que serão compatíveis com a sua aplicação, em especial, diga-se passagem, aquelas que se referem à cassação de diploma, anulação de eleições, registro de candidaturas, diplomação, mandato eletivo e decretação de inelegibilidade, considerando-se os valores tutelados nessas ações, as quais se remetem à lisura do pleito e à soberania popular, devendo, portanto, serem analisadas no caso concreto, com instrução probatória completa.

Outrossim, pode-se suscitar que poderá ocorrer de não existir número suficiente de casos repetitivos no âmbito de um mesmo Tribunal a justificar sua instauração, ainda mais considerando que se trata de novidade legislativa, ainda pouco discutida no âmbito dos Tribunais.

Além disso, outra incompatibilidade a ser apontada seria que o IRDR pressupõe a necessidade de suspensão do processo originário, podendo o tribunal julgá-lo em até 01 (um) ano (arts. 980 e 982, I, do CPC/2015), o que confrontaria sobremaneira com o princípio da celeridade processual na Justiça Eleitoral, especialmente no que se refere aos feitos de natureza eminentemente eleitoral, os quais exigem urgência de se estabelecer segurança jurídica para a população quanto aos mandatos conferidos.

4 DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC

Partindo-se da premissa de que em um Estado Democrático de Direito deve-se operar a isonomia, não apenas em seu sentido formal, mas também material, torna-se inconcebível no ordenamento jurídico a existência de decisões judiciais conflitantes, diante de fatos idênticos.

Nesse sentido, buscando-se dar efetividade ao preceito constitucional da igualdade diante de processos judiciais semelhantes, a Lei nº 13.105/2015 previu no art. 947 o Instituto do Incidente de Assunção de Competência, in verbis:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito do qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que se trata de deslocamento de competência funcional, em que órgão fracionário originariamente competente para apreciar o recurso, processo de competência originário ou remessa necessária a transfere para um órgão colegiado de maior composição.

Importante frisar que, da parte final do caput de citado dispositivo, é requisito para o seu conhecimento que a lide seja isolada e envolva situação de relevante questão de direito e com repercussão social. O acórdão será proferido por órgão colegiado especialmente previsto no regimento interno de cada Tribunal, consubstanciando-se em precedente que vinculará todos os seus órgãos, que não poderão decidir de maneira diversa diante de outro igual caso.

Em que pese o Código de Processo Civil de 1973 já prever figura análoga ao IAC em seu art. 555, §1º, não é correto afirmar que trata-se do mesmo instituto jurídico previsto no art. 947 da Lei nº 13.105/2015. As nuances são sucintas, mas relevante importância para formação do precedente jurídico.

Dentre elas, destaca-se: a) não se exige mais apenas a "relevante questão de direito", mas também que se qualifique como "repercussão social", afastando o incidente em caso de existência de repetição em múltiplos processos; b) ampliação do campo de incidência, considerando-se que antes apenas era aplicável aos agravos e apelação; c) obrigatoriedade do relator em propor o IAC, uma vez preenchidos os requisitos, sendo mera faculdade no CPC/73; d) possibilidade de partes, Ministério Público e Defensoria proporem o incidentes; e) a formação de um precedente vinculativo a todos os órgãos submetidos ao Tribunal.

Importante frisar que nem toda decisão judicial se consubstancia em um precedente. Como já verificado, o IAC consiste em técnica de formação de precedente vinculante, cuja principal característica é dar força ao precedente, para que possa vincular novas decisões.

Segundo Marinoni (2010, p. 2013)

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

Segundo Soares (2015, p. 39/52):

Nota-se que para que uma decisão seja um precedente é imprescindível que ela tenha se constituído sobre um caso concreto. Pois dele é que se extraíra o núcleo irradiador da razão – a *ratio decidendi* - que levou o julgador a decidir daquele modo específico, e que vinculará os demais casos levados, com idêntica razão de decidir, àquele tribunal.

Nesse sentido, verifica-se da interpretação sistemática do Código de Processo Civil de 2015 um ponto de interligação do direito brasileiro ao common law de origem inglesa, criando técnicas de vinculação de decisões, conforme se verifica do §3º do art. 947 epigrafado, como assim também decorre das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, acórdão em incidentes de resolução de demandas repetitivas, dentre outras.

Distingue-se, contudo, dos demais mecanismos de uniformização vigentes no novo código, no sentido de é que o único em que se origina de um caso concreto isolado, sendo esta característica sine qua non à sua formação. Destarte, exige fundamentação profunda (*ratio decidendi*) do órgão julgador quanto ao mérito, uma vez que vinculará os futuros casos semelhantes ao objeto do incidente.

Assim expõe Garbelini, Abboud, e Oliveira (2015, p. 331):

O precedente pode ser conceituado como a decisão pronunciada para solucionar ao caso que historicamente decidiu, ou seja, trata-se de decisão estritamente jurisdicional que torna ou impõe como padrão normativo para deslinde de decisões análogas. Importante salientar que o precedente, diferentemente de uma súmula (simples ou vinculante), não possui seu conteúdo retratado em curto texto normativo. O precedente somente é efetivamente obtido após diversas aplicações futuras de um caso concreto. Ou seja, não existe um verbete sumular que determina expressamente o que é um precedente.

Por fim, cabe destacar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ainda que se pareça com o Incidente de Assunção de Competência, não pode se enquadrar ao conceito de precedente vinculante. Enquanto aquele é visto como técnica hábil a criar tese jurídica a ser aplicada a futuros múltiplos processos em casos repetitivos, este tem por finalidade o julgamento de um caso concreto, de relevante questão de direito e repercussão social.

Assim assevera Theodoro Júnior (2015, p.736):

O incidente de resolução de demandas repetitivas não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a casos, pelos diferentes juízes que detêm competência para pronunciá-las. O que momentaneamente, aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas

4.1 DA COMPATIBILIDADE COM A JUSTIÇA ELEITORAL

Com todas essas ponderações, diante da necessidade do Tribunal Superior Eleitoral de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, inteligência do art. 926 da Lei nº 13.105/2015, vê-se a compatibilidade do instituto com a seara eleitoral.

Atualmente inexistente no ordenamento qualquer ato normativo ou posicionamento contrário à aplicação do incidente, sendo, portanto, de aplicação subsidiária, nos termos do art. 15 do Novo CPC.

Por intermédio do instituto, sempre que algum TRE ou próprio TSE aprecie o caso como de relevante questão de direito e repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, poderá instaurá-lo, sendo que do acórdão todos os juízes e órgão fracionários estarão vinculados.

Inexistente qualquer incompatibilidade do instituto com os princípios norteadores desta justiça especializada, desde que não contrarie, sobretudo, a celeridade processual, de fundamental importância no processo eleitoral. Pela natureza das ações que envolvem esta especializada, será corriqueiro que existam teses de grande repercussão social.

CONCLUSÃO

O presente artigo investigou os reflexos da Lei nº 13.105/2015 no âmbito da Justiça Eleitoral, em especial à sua aplicação principiológica e os impactos nos atos e

procedimentos processuais. Foram abordados os procedimentos de uniformização de jurisprudência e sua compatibilidade com a Justiça Eleitoral, tais como o Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (AIC).

De fato, o conteúdo principiológico do novo CPC coaduna com os fins buscados pelo processo eleitoral, quais sejam a duração razoável do processo, assegurados o contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal, a fim de se assegurar uma rápida prestação jurisdicional, em desfavor das decisões puramente processuais. A aplicação subsidiária/supletiva da Lei nº 13.105/2015 encontra-se expressamente amparada em seu art. 15, considerando-se, ainda, a inexistência de um código de processo eleitoral, mas apenas legislações esparsas disciplinando matérias específicas.

A Lei nº 13.105/2015 trouxe consigo inovadores instrumentos capazes de uniformizar a jurisprudência, são ele o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidentes de Assunção de Competência. Embora possuam similitudes, os mesmos não se confundem. Enquanto o primeiro é visto como técnica hábil a criar tese jurídica a ser aplicada a futuros múltiplos processos em casos repetitivos, o segundo tem por finalidade o julgamento de um caso concreto, de relevante questão de direito e repercussão social. Verificou-se que ambos os institutos são compatíveis com as ações eleitorais, desde que respeitada a natureza da ação, bem como a necessidade de julgamento célere, em especial nas ações que culminem na cassação de mandatos.

Com base no investigado e exposto, verifica-se a importância do Novo Código de Processo Civil nos atos e procedimento da Justiça Eleitoral, considerando-se que esta Justiça especializada não possui código próprio, valendo-se, corriqueiramente, da legislação processual comum para suprir suas lacunas e deficiências. Em que pese o Tribunal Superior Eleitoral já tenha regulamentado certos aspectos quanto à aplicabilidade do CPC/15 no processo eleitoral (através da Res. TSE nº 23.478/2016), a matéria ainda se encontra longe de ser exaurida e, conseqüentemente, será paulatinamente pacificada com a discussão no âmbito dos tribunais eleitorais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Brasil. Lei Complementar nº 64/90. Lei do Registro de Candidaturas. Publicada no Diário Oficial da União do dia 21.05.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm (Lei Complementar nº 64/90)>.

Brasil. **Lei nº 13.105/2015. Novo Código de Processo Civil.** Publicado no DOU do dia 17.03.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm(Novo Código de Processo Civil)>.

Brasil. Lei nº 4.737/1965. Código Eleitoral. Publicado no DOU do dia 19.07.1965. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acessado em: 28.06.2017.

Brasil. **Lei nº 9.504/97. Lei das Eleições.** Publicada no Diário DOU do dia 01.10.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm (Lei das Eleições)>.

Brasil. **Resolução TSE nº 23.478/2016.** Diário da Justiça Eleitoral do dia 15.06.2016. disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>>.

Brasil. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. **Representação nº 207.358.** Rel. Agnaldo Wellington Souza Corrêa, DJE de 19.03.2015. disponível em: <<https://tre-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175296080/recurso-em-representacao-r-rp-207358-pa>> . Data de Acesso: 04.07.2017

Brasil. Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. **Resolução TRE-PI nº 302/2015.** Diário da Justiça Eletrônico de 10.03.2015. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2015/Mar/10/resolucao-no-302-de-25-de-fevereiro-de-2015>>. Data de acesso: 05.07.2017

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 22.653.** Relª. Minª. Luciana Lóssio, DJE de 20.3.2015

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 45.331.** Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 14.3.2015

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Eleitoral nº 20289.** Acórdão de 12/11/2015. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJE de 15.12.2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.082.** Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 22.5.2014 – STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705757/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1082-df>>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **ADI no 1,082.** Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 22.5.2014.

FERNANDES, ARTUR MOURÃO. **Execução fiscal de multas eleitorais pelo Novo Código de Processo Civil: Fase de cumprimento de sentença (art. 523) e execução por quantia certa (art. 824)**. JUS.COM.BR, julho. 2016. disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50762/execucao-fiscal-de-multas-eleitorais-pelo-novo-codigo-de-processo-civil>>. Data de acesso: 05.07.2017

JÚNIOR, Fredie Didier. **Repercussões do Novo CPC - Volume XII**. Bahia. Juspodivm. 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil - Volume I**. Bahia. Juspodivm. 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil - Volume III**. Bahia. Juspodivm. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Marcos José Porto. **A ratio decidendi dos precedentes judiciais** In: Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, vol. 85.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Incidente de Resolução de demandas repetitivas. In: Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Brasileiro**. Coordenação Humberto Theodor Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Curso de Atualização. O Novo Código de Processo Civil e Reflexos no Direito Eleitoral**. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo. RT. 2015.

SUSTENTABILIDADE E PRESERVAÇÃO DOS DESTINOS TURÍSTICOS DA ZONA SUL DA REGIÃO METROPOLITANA DO RECIFE: ASPECTOS AMBIENTAIS E SOCIAIS DO DESENVOLVIMENTO LOCAL SUSTENTÁVEL

MARCELÍ DE SOUZA SILVA:

Advogada, estudante de Pós-graduação em Direito Ambiental, Facuminas/MG¹⁵³

Resumo: A presente pesquisa, tem o escopo de analisar a atual situação do cenário natural e econômico do Litoral da Zona Sul do Recife, fazendo uma análise profunda do que vem sendo viável do ponto de vista econômico, sem devastar a natureza, quais as precauções que devem ser tomadas e mantidas, para manter o uso do Meio Ambiente equilibrado, fazendo uma abordagem socioambiental voltada à preservação e recuperação das áreas litorâneas, com o fomento de empresas engajadas no projeto para fabricação de bens móveis duráveis, como, por exemplo, carteiras escolares a partir de material reciclável extraído dessas áreas.

PALAVRAS-CHAVES: Meio Ambiente. Preservação. Sustentabilidade. Desenvolvimento. Economia.

Abstract: This research has the scope of analyzing the current situation of the natural and economic scenario of the Coast of the South Zone of Recife, making an in-depth analysis of what has been viable from an economic point of view, without devastating nature, what precautions should be taken be taken and maintained, to maintain balanced use of the Environment, taking a socio-environmental approach aimed at the preservation and recovery of coastal areas, with the promotion of companies engaged in the project for the manufacture of durable movable goods, such as, for example, school desks to from recyclable material extracted from these areas.

KEYWORDS: Environment. Preservation. Sustainability. Development. Economy.

1.Introdução

O mundo vivencia um crescimento caótico e devastador dos ambientes naturais e, nas praias da zona sul da Região Metropolitana do Recife/PE, não é diferente. Os turistas, moradores e comerciantes, vêm descuidando das devidas precauções com as praias, uso desenfreado. Nessa seara, vislumbra-se a premente necessidade de estudos e análises socioambientais voltados para a preservação e recuperação das referidas áreas,

153 e-mail: marceliadvogada@hotmail.com.

sendo essas áreas urbanas, com esgotos a céu aberto, por exemplo, fato que requer medida urgente.

O comércio precisa existir. A Zona Sul, tem uma crescente área turística, com hotéis, restaurantes e uma orla lindíssima. Mas, os cuidados com o Meio Ambiente, os cuidados com a preservação, estudos técnicos, viabilização de projetos estruturais, precisam prosperar. O Município precisa e deve investir em pesquisa e métodos que solucionem os problemas estruturais e ambientais da Orla, como, por exemplo, o despejo de esgotos/dejetos, no mar.

Não é só um problema estrutural é, acima de tudo, um problema Ambiental, que pode trazer consequências sem precedentes para todo o Estado de Pernambuco, uma vez que, desaguardam em outras praias, acarretam doenças aos moradores e banhistas, atinge a fauna marinha, as tartarugas e os peixes, além de decair o comércio local. Uma alternativa inicial: coleta de detritos plásticos recicláveis para produção de cadeiras e mesas escolares da rede pública de ensino.

Outro aspecto preocupante: a água das chuvas alastra todo o lixo das ruas, o que requer um processo de desobstrução de esgotos, bem como drenagem das canaletas, tratamento de efluentes, medidas que podem ser adotadas se houver junção entre o Poder Público (Prefeitura Municipal, Ministério Público), Compesa, moradores e comerciantes. O que Órgãos, empresários, moradores e turistas estão fazendo em prol do meio ambiente litorâneo? Quais medidas podem ser adotadas?

Vislumbra-se premente necessidade de apoio e incentivo ao Núcleo de Monitoramento de Animais Marinhos e Silvestres (MOAMAS), uma vez que, a orla de Jaboatão dos Guararapes é considerada ponto de reprodução de diversas espécies de tartarugas-marinhas, sendo alvo de monitoramento e servindo como palco para alunos de escolas públicas e privadas e, portanto, precisa ser ampliado e mantido. (JABOATÃO.PE.GOV.BR, 2021).

2. Turismo Sustentável como ponto de partida

A presente pesquisa tem o escopo de buscar viabilizar o turismo sustentável, buscando práticas que visem o uso sustentável do Meio Ambiente, mais precisamente, das praias, com a retirada de lixos, detritos e outros componentes espalhados de forma irresponsável pelo Meio Ambiente, pelas areias das praias e mar, buscando alternativas para transformá-los, através da coleta e reciclagem, em bens duráveis que possam ser fabricados e vendidos, auferindo renda para os engajados no projeto, ou empresa, caso haja fomento. (CAMPONEPLANET.ORG, 2018).

Noutro giro, investigar, identificar e analisar os atuais problemas enfrentados pelo turismo local, bem como o uso inadequado das praias e qualquer dejetos que esteja sendo despejado nelas, buscando alternativas de restauração e preservação, inclusive, analisando a plausibilidade de engajar empresas que usufruem, direta ou indiretamente, desses espaços turísticos. (OLIVEIRA, MEDEIROS, TERRA E QUELHAS, 2012).

3. Pesquisas internacionais

Com base em pesquisas de sites internacionais, mais precisamente de turismo Europeu, verificou-se que países europeus com praias turísticas, por exemplo, a Espanha, goza de uma conjuntura favorável ao turismo, justamente, por manter o uso sustentável, nos termos dos ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), considerado como única via possível de crescimento, igualdade, inclusão, conservação dos ecossistemas e outros. (SOMOSIBEROAMERICA.ORG, 2018).

Traçando respaldo nesse contexto, busca-se a partir daí, a inclusão dos métodos utilizados nesse sistema de sustentabilidade europeu, para avançar com análises, pesquisas e resultados vindouros para o Município de Jaboatão dos Guararapes, trazendo crescimento no comércio, turismo, mercado de trabalho, fomentando a fabricação de bens duráveis para escolas através da reciclagem e, conseqüentemente, alcançando a preservação e trazendo qualidade de vida nos padrões europeus.

4. Considerações Finais

A metodologia da pesquisa se vale de três etapas, uma utilizando análise bibliográfica (abordagem teórica e legal), uma utilizando técnicas de pesquisa empírica e, por último, utilizando técnica de redação e sistematização dos projetos ora analisados, visando o alcance dos resultados percebidos nas praias da Europa, sendo essas, parâmetros de uso sustentável, transformando, ainda, material reciclado em bens móveis duráveis (carteiras escolares), os quais, após deterioração, podem, ainda, sofrer novo processo de reciclagem.

Por fim, busca-se engajamento da comunidade, dos comerciantes, empresários, moradores, turistas e a Administração Pública para alcançar os fins aqui delineados.

5. Referências

MORANO, Rogério Scabim; MIRAGLIA, Simone Georges El Khouri. **Sustentabilidade e o mercado financeiro: estudo do desempenho de empresas que compõem o índice de sustentabilidade empresarial (ISE)**. REGE – Revista de Gestão. São Paulo. 23, 286–297, set, 2016.

OLIVEIRA, Lucas Rebello de; MEDEIROS, Raffaella Martins; TERRA, Pedro de Bragança & QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves. **Sustentabilidade: da evolução dos conceitos à implementação como estratégia nas organizações.** *Prod.* 2012, vol.22, n.1, pp.70-82. Epub Nov 10, 2011.

ONE PLANET. **Handle with care.** 2016. Disponível em: <https://www.camoneplanet.org/sustainable-tourism/>. Acesso em 08. Maio. 2021.

Praia de piedade é palco do nascimento de 217 filhotes de tartarugas-marinhas. Disponível em: <https://jaboatao.pe.gov.br/praiade-piedade-e-palco-do-nascimento-de-217-filhotes-de-tartarugas-marinhas/>. Acesso em 05 Abr.2021.

Somos Ibero America. Disponível em: <https://www.somosiberoamerica.org/pt-br/onda-pais-pt-br/espana-pt-br/a-espanha-e-sua-estrategia-de-turismo-sustentavel-2030/>. Acesso em 10. Maio.2021.

POLÍTICAS PÚBLICAS, GOVERNANÇA E REDES SOCIAIS: UM ENSAIO TEÓRICO.

DENISE ALVES DA COSTA:

Mestranda em Economia Doméstica (2022/2024), graduada em Serviço Social (2018/2021) - Universidade Federal de Viçosa.¹⁵⁴

RESUMO: O presente artigo se utiliza do instrumento denominado ensaio teórico para apresentar e desmembrar a correlação estabelecida entre políticas públicas, governança e redes sociais. Para tanto, o método de estudo bibliográfico e de análise de conjunturas foi empregado visando esclarecer sobre o tema e as relações entre políticas públicas e atores sociais, concluindo assim que a complexidade dessa dinâmica fica a par dos conflitos e da necessidade de manutenção destes polos, porém, boas práticas de governança, para além de uma perspectiva conservadora, são um caminho para que se tenha frutos no desenvolvimento de políticas públicas.

Palavras-Chave: Governança, atores, relações.

ABSTRACT: This article uses the instrument presented theoretical essay to present and break down the open clarity between public policies, governance and social networks. To this end, the method of bibliographical study and situation analysis was developed specifically on the topic and the relationships between public policies and social actors, concluding that the complexity of this dynamic is on par with the conflicts and the need to maintain these poles, however, good governance practices, in addition to a conservative perspective, are a way to bear fruit in the development of public policies.

Keywords: Governance, actors, relationships.

1.INTRODUÇÃO

O presente ensaio teórico versa sobre as relações entre políticas públicas, governança e redes sociais.

Segundo Barros (2011), ensaio teórico é um instrumento de ensino e de linguagem utilizado de maneira especulativa e interpretativa para informar em um movimento de diálogo. O autor destaca que os ensaios devem ser lidos por pessoas que conseguem desligar-se do espírito formal, apresentando, distante dos conceitos fechados de um artigo, apenas uma sequência lógica de tópicos que demonstram a visão do autor sobre o tema.

¹⁵⁴ E-mail: dedcoosta@gmail.com

Partindo desta premissa, este trabalho oferece ideias e críticas ao modelo de governança, políticas públicas e rede, assim como, demonstra suas apreensões ao longo da construção destes métodos dentro do Estado e do desenvolvimento das políticas.

Esclarecemos que em acordo com Schneider (2005), governança remete ao condutor (*ky honnêtes*) dos antigos navios, referindo-se ao controle do Estado e a outros termos como “go govern”, sendo na contemporaneidade referente não somente ao papel do Estado mas englobando também as conduções estatais, por meio da sociedade, através de instituições e atores sociais. Transcendendo o nível estatal e chegando a outros atores na coordenação e formulação das políticas públicas. Políticas Públicas referem-se aos mecanismos estatais para contenção das revoluções de classe, ou, como apresentam Delgado, Triana e Sayago (2013), decisões governamentais na busca de resolver, ainda que de forma paliativa, as demandas sociais.

Quanto às redes, essas são compreendidas de múltiplas formas. Para economia institucional, trata-se de uma rede tal qual a industrial, onde diversos atores contribuem para o produto final. Não sendo papel de apenas uma empresa desenvolvê-lo. As redes de políticas públicas, tornam o processo de formulação de superação de problemas sociais assunto de todas esferas da sociedade, abrangendo a esfera pública e privada.

Para o desenvolvimento deste trabalho foram utilizadas leituras de bibliografias referentes ao tema, em análises de diferentes conjunturas, voltadas à compreensão das relações presentes dentro das políticas públicas e dos atores sociais.

Assentando nas concepções de autores como Delgado, Triana e Sayago (2013), Vallés (2002), Schneider (2005), Loiola e Moura (1997), Frey, Penna e Jr (2005), busca apresentar os conceitos de forma sucinta, de modo que seja compreendido pelos leitores de múltiplos campos de estudo.

Dividido em três partes, apresenta em sua composição introdução, referencial teórico e conclusão. O referencial teórico se divide em duas partes. Inicialmente apresenta o conceito de políticas públicas e governança, dando ênfase à visão dos autores e como estes dialogam entre si para a formulação e compreensão do papel desses mecanismos. Em seguida, trata da relação das redes sociais dentro do espaço formado por tais iniciativas estatais, apresentando o entendimento de cada autor, o papel das redes sociais na construção das políticas públicas e desenvolvendo a importância desta no mundo contemporâneo e nas iniciativas estatais. Por fim e de forma conclusiva, apresenta em suas considerações finais as apreensões obtidas pela autora ao longo da construção do pré-dito objeto, assim como, destaca tratar-se de um estudo em constante movimento, cabendo aos futuros pesquisadores da área somar as contribuições aqui dispostas.

2.POLÍTICAS PÚBLICAS E GOVERNANÇA

Para Delgado, Triana e Sayago (2013) e Vallés (2002) as políticas públicas são resultado do conhecimento das necessidades de um espaço, baseadas nos conflitos e tensões sociais que o permeiam. Deste modo, nascem de decisões elaboradas por um conjunto de atores, a partir da pluralização das esferas públicas e privadas, no âmbito institucional. Atuam na busca da resolução das demandas presentes na sociedade.

Lindbom (1991) se utiliza de questões relacionadas ao desenvolvimento das políticas públicas para ilustrar como estas devem influir sobre a sociedade. Para este autor, é importante saber como torná-las efetivas sobre os problemas sociais, e, como elas podem contribuir enquanto respostas ao controle popular. Cabe aos atores na formulação das políticas públicas responder a tais questões e contribuir efetivamente para o desenvolvimento social da sociedade.

A construção das políticas públicas para Dye (2005) parte do enfoque institucionalista. Este enfoque considera o comportamento individual e grupal da sociedade, ampliando o número de participantes e agregando legitimidade à participação de variadas instituições sociais, econômicas e políticas no que virá a ser uma política pública. Graças ao leque de contribuições e entraves, dados os interesses de cada grupo, tal projeto reúne maior número de realidades.

Na perspectiva cultural, Frey, Penna e Sayago (2005), as instituições incidem sobre sobre um cálculo estratégico do indivíduo, à medida que influenciam seus pensamentos, identidade, ação, etc. Para estes autores o modelo de institucionalismo histórico, diz respeito diretamente ao caráter de escolhas racionais, em um visão reducionista do comportamento individual ou corporativo, pois estes pertencem aos agentes. Então, para que se haja a coesão é necessária a presença estratégica de uma instituição sendo sua ação restrita, afinal, o ser humano, mesmo em situações políticas, age conforme seus desejos. Os autores consideram a visão institucionalista simplista perante o que representa a construção de políticas públicas, pois exprime melhor relação quando ligada a negociações.

Delgado, Triana e Sayago (2013) elucidam a importância das instituições para o desenvolvimento de uma sociedade, e como, a partir de suas especificidades, contribuem para o desenvolvimento político. São compreendidas, segundo nos demonstra Radcliffe e Brown (1993), enquanto um sistema estabelecido ou reconhecido, composto por normas ou pautas que se referem a determinados âmbitos sociais. Portanto, para contribuir efetivamente no fortalecimento e desenvolvimento de políticas públicas, necessitam de uma afinidade e objetivos comuns aos atores. A compreensão da presença de múltiplos atores para além do Estado (público), em acordo com o que nos ensina Schneider (2005), contribui para a visão das redes de políticas públicas.

Sendo as redes portadoras de múltiplos conceitos, no campo das políticas públicas são entendidas enquanto um sistema, composto por fluxos e circulação onde elementos interagem entre si. Delgado, Triana e Sayago (2013), Musso (2004) e Loiola e Moura (1997) apresentam variados sentidos para o termo “rede”, concebendo-o como uma estrutura de interconexão instável e transitória, a partir da qual o funcionamento do sistema se exemplifica. A abordagem das redes sociais parte do pressuposto que o homem, enquanto ser social, socializa, desta forma, vincula-se e assim, forma redes.

No contexto das políticas públicas as redes são demarcadas enquanto objeto descentralizado e de múltiplas demandas da sociedade, agregando a elas um papel ativo frente a formulação das políticas públicas e em arranjos inovadores de governança, como expõe Delgado, Triana e Sayago (2013) e Borja (1997), refletindo a nova visão do Estado, do setor produtivo, setor público e terceiro setor.

Schneider (2005) apresenta o Estado como uma área institucional determinada, constituindo parte de um sistema funcional ou uma entidade independente da influência externa da sociedade. Produzindo, assim, importantes resultados de condução e coordenação para tal.

As abordagens tradicionais que buscam analisar as políticas públicas, segundo Frey, Penna e JR (2005), partem de “policies determine politics”, deste modo, tem o foco em compreender as políticas (policy), prejudicando a análise das instituições e a estrutura política (polity). Os autores explicam que deste modo as políticas se auto resumiram, e o fracasso ou êxito de seus programas estavam condicionados a elas mesmas. Ao citarem Couto (1998) destacam a fluidez institucional presente nos países em desenvolvimento, dado ao fato de que estes termos não pareciam convencer a estes países e suas instituições, já que as propostas programáticas frequentemente iam de encontro com suas limitações. As estratégias *Institution Building* e *Institutional Development*, surgidas entre 1960 e 1970, contribuíram para o alargamento dos aspectos de governabilidade e cooperação, a partir da “development administration” nos países subdesenvolvidos.

Os autores se utilizam desta historiologia para explicar o surgimento das redes. Segundo eles, no caso brasileiro, com a retomada da democracia, a ideia de governabilidade vai contribuir para a manutenção da coesão social diante de um novo Estado e dos interesses privados, afinal, a sociedade estava saindo de um longo período de abuso de poder estatal.

Diante disto, Frey, Penna e Jr (2005), debruçam-se sobre três dimensões políticas na busca da compreensão das redes. Policy (conteúdo de programas e planos), Politics (processo e estilo político) - Policy (instituições e ordem política) (p.6).

Schneider (2005), explicita a teoria dos anos 1960 e 1970 como uma reação ao déficit de perguntas acerca da presença e integração social dentro das instituições estatais. Para este autor, a forma de integração baseada e restrita a fatores culturais genéricos acaba por produzir pesquisa de cunho macro estrutural. Isso quer dizer que ao estudar as estruturas de governabilidade enquanto algo que pode ser aplicado em diferentes contextos, reduz-se o espaço social do país a apenas um único objeto, quando na realidade tratamos de uma gama de demandas, mazelas e populações.

Existem variadas teorias sobre a concepção de Estado (institucionalista tradicional, estrutural-funcionalista, dentre outras), porém, a perspectiva marxista, assentada na ideia de conflitos de classes no seio estatal tem destaque. Frey, Penna, Jr (2005) e Schneider (2005), demonstram que as correntes assentadas no pensamento institucionalista sempre buscaram reforçar a ideia da importância das instituições para a compreensão dos processos políticos. A busca pelo aperfeiçoamento das análises, levou os pesquisadores a adotarem novas formas de compreensão

[...], por exemplo, que quando se estudava as democracias mais novas com as latino-americanas, estas em geral eram dotados de todas as instituições necessárias a sua caracterização como países democráticos ou como poliárquicas, no entanto, o processo de institucionalização se revelou 'incompleto', cabendo às chamadas instituições informais como o clientelismo, o patrimonialismo e fisiologismo papel fundamental na intermediação de interesses políticos. Tais países, portanto, teriam "algumas semelhanças de família com as democracias solidamente estabelecidas, mas não dispõem de alguns dos atributos destas últimas, ou esses atributos só têm uma existência precária" (O'DONNELL, 1996, p. 5 apud FREY, PENNA, JR, 2005, p.7).

Então, em contrapartida ao que estudavam as abordagens institucionalistas tradicionais, buscando o estudo de macro-teorias políticas, outros pesquisadores notaram a necessidade de se ampliar tais estudos.

A partir dela, com a análise das "contradições sistêmicas" da luta de classes houve a contribuição para estudos que levaram à compreensão em nível micro-social das realidades. O institucionalismo Sociológico, trata as instituições como um conceito complexo. Os neo institucionalistas, defendem que não há forma de estudar as instituições sem pensar os aspectos culturais, rompendo com a dicotomia entre instituição e cultura. Para Schneider (2005), a análise em nível micro é fruto da compreensão do que a teoria marxista denomina contradições sistêmicas, sendo adotada por variados cientistas sociais. Diferente das teorias iniciais, esta teoria buscou analisar os fenômenos sociais a partir de seus atores coletivos e individuais. Delgado, Triana e Sayago (2013) destacam a relevância

da perspectiva neoinstitucionalista para os estudos acerca das políticas públicas, principalmente com o alargamento dos interesses em jogo, onde a complexidade é cada vez maior.

Na atualidade, para as ciências políticas, estes dois conceitos têm tido destaque, "rede" e 'governança". Schneider (2005), nos ensina que estes termos surgiram em 1970, ligados à sociologia e foram adotados por outras áreas de estudo durante os anos de 1990 e 1980. Ambos conceitos questionam a formação estatal, afinal, trabalham sob a perspectiva democrática e participativa da sociedade.

Diante das aceleradas mudanças na atual conjuntura mundial, Frey, Penna e Jr (2005), destacam a crescente urbanização mundial, concomitante ao advento tecnológico, notando um salto rumo à ampliação da vida urbana. Neste contexto os aspectos de governança são definidos. Para Frey, Penna, Jr (2005) "governança é um conceito plural" (p.2), ao passo que para Schneider (2005) refere-se a um conjunto de mecanismos de condução. Delgado, Triana e Sayago (2013), compreendem esse termo enquanto um conceito amplo, nascido da necessidade de responder às novas demandas complexas dos governos, onde os aspectos tradicionais não obtêm resultados efetivos no atendimento da variedade de preferências dos amplos grupos sociais.

Seria a governança, em acordo com os autores supracitados, uma maneira de alinhar horizontalmente todos atores envolvidos na construção das políticas públicas, fortalecendo o caráter democrático do Estado.

A governança demanda de certas condições para seu desenvolvimento: poder distribuído na sociedade, que depende do caráter democrático do Estado e não implica o enfraquecimento do seu poder; disponibilidade e utilização transparente dos recursos para lograr mudanças desejadas pela sociedade; existência de uma sociedade civil forte, comprometida e organizada; elevado compromisso cívico e considerável nível educacional. (DELGADO, TRIANA E SAYAGO. 2013. p. 10).

A adoção de processos participativos por parte do Estado, busca estimular a população e suas organizações a fazerem-se presentes nos espaços deliberativos. O enfoque da governança, em um contexto de redes sociais, o qual trabalharemos mais adiante, é utilizado para flexibilizar as formas de governo, na busca de romper com os modelos tradicionais. Bonzel (1995) destaca que esse processo contribui para uma ação colaborativa entre agentes distintos e individuais. Assim, as redes de políticas configuram uma nova roupagem a governança, descentralizada e baseada em preceitos de independência e confiança.

A população, em acordo com Frey, Penna e Jr (2005), com a descentralização das políticas por meio do entendimento da heterogenia das demandas, deixa de ser mera receptora e passa a compor um importante instrumento de informações, sendo também atriz em favor da consolidação das políticas públicas voltadas a ela.

Loiola e Moura (1997), destacam que o reconhecimento popular enquanto ator das políticas públicas, trouxe ao Estado a necessidade de uma “rede”, a qual irá amparar toda a comunidade, assim como, os equipamentos do Estado. Constituindo um novo desafio na busca da construção de uma gestão participativa e democrática.

A presença de atores dotados de inteligência e atuando enquanto sensores, tanto no que diz respeito à formulação e quanto às demandas das políticas, problematizando e participando das definições de suas contradições, agrega a estes indivíduos também o caráter deliberativo sobre as questões ligadas às “percepções e decisões de seus recursos. Como essas funções são resolvidas em sistemas políticos modernos depende de padrões de diferenciação concretos”. (SCHNEIDER, 2005. p. 35). Contribuindo para o encargo de diferentes soluções de forma democrática, onde certos atores vão ter maior capacidade de atuar sobre um problema político, enquanto outros de demonstrar a necessidade daquela solução, resultando em decisões gerais correspondentes.

A compreensão das redes carece do entendimento da dicotomia presente entre os que buscam a mudança societária a partir da mobilização e, entre aqueles que visam a mudança estatal e gerencial das políticas públicas. Fleury (2005), evidencia que a primeira vertente trata da força dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil, na busca de construir de aspectos que agregam a todos.

Nessa perspectiva, os próprios movimentos sociais das sociedades complexas são vistos como redes submersas de grupos, circuitos de solidariedade, que diferem profundamente da imagem de ator politicamente organizado. (p.80)

Porquanto, na perspectiva que busca mudanças estatais, privilegia-se as questões intergovernamentais e interorganizacionais, a partir da compreensão de que o sistema governamental é complexo e carece de relações externas, englobando outros níveis sociais e de governos, alterando a forma de gerir as políticas públicas.

As redes intergovernamentais e interorganizacionais são vistas como “estruturas de interdependência envolvendo múltiplas organizações ou partes, em que uma unidade não é meramente o subordinado formal da outra em um amplo arranjo hierárquico” (O'TOOLE, 1997, p. 45), não importando se essas estruturas de colaboração envolvem

organizações não lucrativas ou vínculos com empresas lucrativas. (FLEURY, 2005. p.80)

Matos (2009) destaca que a presença de um capital social vinculado aos aspectos de governança pode influir de forma negativa (capital social de vínculo), afinal, estes atores possuem lealdade entre si, podendo gerar rivalidade entre os grupos. O capital social de ponte, por sua vez, remeteria à relação entre atores de grupos variados, fortalecendo o acesso de novas ideias, múltiplos pontos de vista e dos limites orçamentários que necessitam de pensamentos coletivos. Em contrapartida, Bodin e Crona (2009) vão dizer que a presença de ambos capitais gera equilíbrio na governança, fortalecendo este processo. A partir da descentralização causada pelas características apresentadas pelo capital de vínculo e pelo capital de ponte, é possível trabalhar sobre as mazelas que se apresentem no desenvolvimento das políticas públicas e criar uma gestão descentralizada ou centralizada.

Essas relações ao serem estabelecidas e vinculadas a uma rede social, guiarão a forma de relacionar-se dos atores, gerando uma rede particular. A forma que será desenvolvido o processo de rede, será determinante para os recursos disponíveis e determinará a mobilidade através da mesma, direcionando, como nos ensina Delgado, Traina e Sayago (2013), os resultados obtidos.

2.1. REDES SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS EM SISTEMA DE GOVERNANÇA

Com o alargamento dos processos de democratização e descentralização, culminando no fortalecimento dos poderes locais, houve o aumento dos processos de governança, resultado da dinamização no processo de informação devido ao uso crescente de Tecnologias da informação e comunicação (TIC's) em diversos setores sociais e governamentais. Frey, Penna, Jr (2005) e Schneider (2005) concordam quanto à forma que a democratização da formulação e dos atores das políticas públicas neste contexto, criam um papel fortalecedor para as demandas e deliberações destes indivíduos frente ao Estado e o capital.

Para uma análise válida das redes sociais, os autores demonstram a necessidade de modelos e métodos para que seja fiel ao objeto. Referindo-se à avaliação de processos sociais e como é adotado o conceito de rede. Sendo resultado do desenvolvimento de pesquisas sociais e teorias, onde a forma de relacionar-se pode ser colocada em evidência, não sendo uma teoria fechada, formal e unitária como nos ensinam os autores aqui estudados.

O foco no relacionamento é a característica principal para o estudo das redes. Os autores se utilizam de Emirbayer e Goodwin (1994) a partir do conceito de "imperativo anti

categoria", que determina que os fenômenos ligados à política e sociologia devem ser analisados à luz das relações e seus padrões e não sobre as qualidades atribuídas aos atores, quebrando com a ideia de análise ser apenas o indivíduo. Por outro lado, a análise quantitativa pode servir de aparato para a apreensão de dados acerca de parâmetros relacionais que dão característica às redes sociais.

Delgado, Triana e Sayago (2013), demonstram que a análise das redes sociais vão além de identificar e analisar novos arranjos de governança, contribuem também para identificação de práticas e configurações da mescla entre padrões tradicionais e padrões inovadores. Para estes autores, as críticas e as diferentes abordagens de estudo contribuem para o desenvolvimento do diálogo crítico. Ressaltam que a centralidade dos agentes na governança e nas redes, não necessariamente os tornam deliberativos e decisórios frente às políticas públicas.

As redes sociais são resultado da adoção pelas ciências sociais do termo "rede". Referem-se, amplamente, ao que Frey, Penna e Jr (2005) descrevem como uma abordagem coletiva, que coloca em evidência os processos interativos entre os indivíduos" (p.4). Estes autores se utilizam de variadas fontes teóricas para expor que as relações no interior das redes, pleiteadas pelo capital social e as comunidades virtuais, estão relacionadas diretamente, através da coesão, aos aspectos de governança.

Rovere (1998) apud Fleury (2005) trata a concepção de rede a partir da psicologia social, neste campo, rede é compreendida enquanto uma rede de pessoas. Ou seja, rede é entendida como sinônimo de vínculo.

Freeman (2004) apresenta a teoria das redes sociais enquanto um sistema onde indivíduos e atores interagem de forma coletiva sob o auxílio de toda informação, sendo o comportamento destes guiados pelas relações ali desenvolvidas.

Ao integrarem as redes, os atores adquirem potencial de se conectar a outros variados atores, em diferentes níveis e categorias, formando uma dinâmica diversificada ao capital social e suas funções. Ainda que permitam a desterritorialização dos mercados e das políticas econômicas, as redes têm amplo aspecto ligado à localidade, mesmo em um sistema globalizado e de processos para além do país.

Schneider (2013) nos ensina que as redes incorporam muitos atores, que são divididos em subsetores sociais e políticos.

Redes de políticas públicas são mecanismos que mobilizam recursos políticos em situações em que a capacidade de tomada de decisão, de formulação e implementação de programas é amplamente distribuída

ou dispersa entre atores públicos e privados. (KENIS E SCHNEIDER, 1991. p.41. *apud* SCHNEIDER, 2005. p. 40

Deste modo, para melhor elaboração de seus preceitos, o Estado passa a contar com atores sociais e recursos variados, carecendo de uma divisão do trabalho. Assim, ocorrem frequentemente arranjos entre público e privado, não havendo confusões hierárquicas entre estes atores, criando um ambiente de cooperação, confiança e negociação. As redes ao transcender o papel de mero instrumento gerencial, como nos ensina Fleury (2005), passam a permitir a geração de relações de confiança (capital social) e dos processos de cunho horizontal anteriormente citados.

Frey, Penna e Jr (2005) se utilizam do conceito de *"policy networks"*, que define a relação entre múltiplas instâncias da sociedade na formação e implementação de determinada *"policy"*. Reforçando o que apresenta Schneider (2005), estas relações, aplicadas a redes sociais, tratam-se de interações menos formais mas ainda portadoras de regularidade, capazes de contribuir para o surgimento de confiança e valores comuns entre seus integrantes.

Delgado, Triana e Sayago (2013), apresentam o termo *policy network* assentado em duas escolas de pensamentos para sua compreensão, sendo elas "a escola de intermediação" e a "escola da governança", a qual nós utilizamos neste trabalho. A primeira diz respeito a um modelo onde se trabalha a rede enquanto um espaço para além do pluralista e cooperativista. A segunda compreende rede enquanto uma forma de articulação, onde há a interação entre atores públicos e privados.

Schneider (2005) nos ensina que dentro do campo das políticas públicas e, principalmente, no que diz respeito às redes, há dois eixos que vão dividir sua produção: a "forma de coordenação" e "status social" dos atores envolvidos.

O eixo forma de coordenação e condução contém, por um lado, o ponto extremo de uma configuração, na qual uma política específica é determinada por um único ator (principal) e formulado e convertido em relações de autoridade (hierarquia). De outro lado, encontra-se o ponto extremo em que a política se forma a partir da ação espontânea, não-planejada e inconsciente de muitos atores persistentes e dispersos (mercado). [...] A dimensão do status social refere-se ao eixo entre privado e público, que pode se referir tanto ao controle da ação quanto à produção de cada um dos atores corporativos. Controle público de uma organização significa que a ação da organização é controlada por meio de um mecanismo de decisão, no qual todos direta ou indiretamente participam e ninguém está excluído. Análogo

a isso é que a produção pública de uma organização é caracterizada pelo fato de que (em princípio) ninguém está excluído do seu uso ou consumo. (SCHNEIDER, 2005. p. 40)

As redes se colocam entre estes dois pontos extremos, gerando uma interação, onde há visibilidade ao número de atores envolvidos em uma política, nas demandas de cada ator e de como chegaram a um consenso que agregue a todos, neste espaço surgem também as alianças de longa duração.

Frey, Penna e Jr (2005), tratam dessa relação de atores e status a partir da concepção das teorias de elite e marxista. Os autores demonstram que no contexto de *policy network* há uma tensão quanto à essas teorias, principalmente por tratar-se de relações complexas entre agentes coletivos, institucionais e inter-relacionais. Instigam que se faça uma releitura das formas de conceber políticas públicas a partir da nova formação das redes sociais, uma vez que as teorias supracitadas possam tomar novas formas na contemporaneidade, uma vez que estamos vivendo uma sociedade cada vez mais complexa.

As redes sociais enquanto local que engloba múltiplos atores se tornam palco para essas relações entre classe dominante e dominada. E esta relação se vê permeada pela complexidade presente nas relações sociopolíticas atuais, pelos preceitos de um novo paradigma de rede sombreado pelas tecnologias de informação.

Delgado, Triana e Sayago (2013), destacam que as redes sociais representam um local de atividade da sociedade ante as políticas públicas, portanto, abarca a descentralização e a multiplicação das demandas sociais, contribuindo para a execução das políticas no bojo das novas relações de governança. Concluem que o termo *policy network* contribui ativamente para os estudos nessa área, pois trabalha sobre as questões complexas das relações presentes nas redes e os vínculos entre os atores.

Para Fleury (2005) a democracia traz condições para que se una os atores sociais aos políticos, uma vez que permite a aproximação dos cidadãos da cena política. Este autor destaca que a presença das redes na formulação das políticas públicas é fruto da incapacidade dos atores governamentais e não-governamentais.

Frey, Penna e Jr (2005), Schneider (2005), Delgado, Triana e Sayago (2013), tratam das perspectivas de *policy network* enquanto uma experiência a ser analisada. Compreende-se que as experiências de políticas públicas e as práticas de governança estão ainda em construção, coletando, em suas múltiplas facetas e através dos estudos de teoria política de variadas áreas acadêmicas, abordagens que virão a contribuir para um desenvolvimento a longo prazo e que acompanhe as dimensões temporais e os ciclos das políticas públicas

A descentralização, em acordo com o que nos ensina Fleury (2005), ao transferir o poder aos atores sociais e às autoridades locais, não garante a eficácia dessas políticas. De acordo com o autor, alguns fatores podem influir sobre esse déficit, como a subordinação das políticas sociais às políticas econômicas; o caráter setorial das políticas, onde deveria haver um caráter integral e a garantia de universalidade e equidade; dentre outros.

Deste modo, se torna evidente que, ainda que fundamental ao desenvolvimento de políticas públicas, a rede necessita de adaptações e de um estudo que englobe as subjetividades dos locais onde se coloca.

CONCLUSÃO

Assentado sobre a concepção de políticas públicas, enquanto reconhecimento das necessidades de determinado local, reconhecendo a variedade de concepções que o termo possui, agregando características que os autores Delgado, Triana e Sayago (2013), Vallés (2002), Lindbom (1991) e Dye (2005) consideram essenciais para o estudo, compreendemos que políticas públicas são o resultado da decisão de variados atores na busca de contenção social e resolução das demandas da sociedade.

O entendimento da presença de variados atores nesta construção contribui para a conclusão do que vem a ser a rede de políticas públicas. Estas redes são formadas por atores sociais de múltiplos campos, principalmente, estatal e privado. Estes atores, inicialmente vistos enquanto seres genéricos e portadores de demandas pareadas. A partir do desenvolvimento dos estudos acerca da influência destes indivíduos e das redes, passaram a serem vistos enquanto seres individuais mas que dividem a mesma cultura e demandas em um espaço social.

Com o desenvolvimento dos aspectos de governança, tais redes passam a ocupar um papel de destaque na formulação de políticas públicas, afinal, através delas os atores passam a contribuir efetivamente, mas não necessariamente de forma decisória, para o desenvolvimento destas políticas, sob aspectos ligados diretamente a necessidade destes indivíduos e da sociedade.

No bojo da construção das redes sociais e sua multifacetada estrutura, formam-se diferentes formas de cumplicidade, principalmente, entre grupos que buscam os mesmos direitos. Ao identificar-se entre si, contribuem para a compreensão das demandas presentes entre eles, sendo fruto do reconhecimento de classe e do desenvolvimento de instituições. Este fato contribui para além do objetivo institucional, seja atendido as demandas reais da população do Estado.

Quanto à governança e a presença de um capital social e de ponte em seu interior, gera equilíbrio. Temos o desenvolvimento da necessidade do Estado de ouvir seus componentes, principalmente a partir do movimento de informação aplicado pelos avanços tecnológicos.

As redes sociais, integradas a governança, constituem um espaço deliberativo e palco para o encontro entre classe dominante e dominada, ambos na busca da manutenção, seja do domínio sobre a classe pauperizada, seja de sua sobrevivência mínima.

Deste modo, ainda que recente os estudos sobre governança, políticas públicas e redes sociais é possível compreender a importância deste movimento ao capital e a classe trabalhadora, havendo a integração por parte do Estado, para que se trabalhe as demandas de ambos. Partindo das análises neofuncionalistas e das características a serem adaptadas frente a contemporaneidade é possível desenvolver estudos que levam a compreensão das formulações e da influência destes agentes na política atual. A complexidade dessa dinâmica fica a par dos conflitos e da necessidade de manutenção destes pólos, porém, boas práticas de governança, para além de uma perspectiva conservadora, são um caminho para que se tenha frutos deste desenvolvimento.

Este ensaio teórico buscou reunir diferentes autores tratando da perspectiva de redes sociais. Esclarecemos não ser um trabalho fechado e deixamos aos futuros pesquisadores desta área nossa contribuição. Ressaltamos a complexidade deste campo, ainda mais em um contexto de ampliação das características neoliberais sobre as políticas públicas como no Brasil.

REFERÊNCIAS

BODIN, O.; CRONA, B. I. The role of social networks in natural resource governance. What relational patterns make a difference?. *Global Environmental Change*, v. 19, p. 366-374, 2009.

BONZËL, T. Organizing Babylon-On the Different Conceptions of Policy Networks. *Public Administration*. v.76, p. 253-273, 1998

DELGADO, A. B; TRIANA, D. R. R.; SAYAGO, D. A. V.; A contribuição das redes sociais na elaboração de políticas públicas participativas. 23 a 25 de abril de 2013, UNESP, Araraquara (SP). 2013.

FREEMAN, L. *The Development of Social Network Analysis: A Study in the Sociology of Science*. South Carolina: Empirical Press Vancouver. 2004.

FREY, K.; PENNA, M.C; JR. S. C. Redes de políticas públicas e sua análise. 2005. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/17215283-Redes-de-politicas-publicas-e-sua-analise.html>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FLEURY, S. Redes de políticas: novos desafios para a gestão pública. *Administração em Diálogo*, São Paulo, no 7, pp. 77-89. 2005.

LINDBLOM, C. E. *El Proceso de Elaboración de Políticas Públicas*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

LOIOLA, Elisabeth e MOURA, Suzana. Análise de redes: uma contribuição aos estudos organizacionais. In: Tânia Fisher (org.). *Gestão contemporânea, cidades estratégicas e organizações locais*, Rio de Janeiro: FGV, 1997, 53-68

MATOS, H. *Capital social e comunicação: Interfaces e articulações*. São Paulo: Summus Editorial, 2009.

MUSSO, Pierre. A filosofia da rede. In: *Tramas da rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação-organizador André Parente*, Porto Alegre: Sulina, 2004.

RADCLIFFE-BROWN, A. R. La estructura social. In: RADCLIFFE-BROWN, A. R. (Ed.). *El método de la antropología social*. Barcelona: Anagrama. 1993.

SCHNEIDER, V. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Civitas*. Porto Alegre. v. 5. n. 1. jan.-jun. 2005. p. 29-58. 2005

VALLÉS, J. M. *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

AS PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

CLEBER VENDITTI DA SILVA: Mestrando pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006), Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009), Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado. 155

Resumo: No contexto do processo do trabalho, a crescente relevância das provas digitais é inegável. Este artigo explora os fundamentos legais que autorizam a produção dessas provas, destacando seus requisitos de validade e proteção à cadeia de custódia. A busca pela verdade real e a efetivação da justiça têm sido impulsionadas pela ascensão das provas digitais, que se consolidam como uma realidade permanente. Contudo, surge a necessidade crucial de estabelecer limites para sua utilização, a fim de proteger os direitos das partes e terceiros envolvidos. Este estudo analisa controvérsias relevantes em relação a determinadas provas digitais e enfatiza a importância de seu equilíbrio com outras formas de prova, como as documentais e testemunhais. Conclui-se que a prova digital, ao complementar o arcabouço probatório, exige uma abordagem ponderada, harmonizando-se com os princípios de justiça e integridade processual.

Palavras-chave: Provas Digitais. Processo do Trabalho.

Abstract: In the context of labor proceedings, the growing relevance of digital evidence is undeniable. This article explores the legal foundations that authorize the production of such evidence, highlighting its validity requirements and chain of custody protection. The principles that support the labor proceedings legislation have been propelled by the rise of digital evidence, which has solidified itself as a lasting reality. However, a crucial need arises to establish limits on its utilization in order to safeguard the rights of the litigators and third parties. This study analyzes controversies surrounding specific digital evidence types, underscoring the significance of their balance with other forms of evidence, such as documentary and testimonial. It is concluded that digital evidence, while supplementing the evidentiary framework, demands a measured approach, harmonizing with principles of justice and procedural integrity.

Keywords: Digital Evidence. Labor Proceedings.

1. INTRODUÇÃO

155 E-mail: cleber.venditti@gmail.com

A crescente onda tecnológica que permeia a sociedade contemporânea não deixa incólume o campo do direito. Dentro desse contexto, a utilização das provas digitais no âmbito do processo do trabalho tem emergido como uma questão de considerável magnitude. O avanço das novas tecnologias e a inescapável digitalização dos registros apresentam tanto desafios como oportunidades para o sistema jurídico, notadamente no que tange à busca pela verdade real. Este artigo tem como objetivo investigar a relevância, os fundamentos legais, os requisitos de validade e as controvérsias atinentes à utilização das provas digitais no âmbito trabalhista.

As provas digitais, em sua essência, consistem em elementos de informação e evidência eletrônica que podem ser invocados para estabelecer a existência ou a veracidade de fatos de relevo em um processo judicial. Elas podem incluir documentos eletrônicos, e-mails, mensagens de texto trocadas por aplicativos, dados de geolocalização, dentre outros.

A utilização das provas digitais no processo do trabalho desempenha função crucial ao objetivar a busca da verdade e a entrega de uma prestação jurisdicional mais equânime e esclarecida¹⁵⁶. Com a crescente digitalização das relações laborais, constata-se que uma quantidade significativa de informações é gerada e armazenada em meio eletrônico. A possibilidade de se acessar tais informações por meio das provas digitais proporciona aos tribunais a oportunidade de uma análise minuciosa dos eventos ocorridos no ambiente de trabalho, contribuindo para a efetividade do processo e para a salvaguarda dos direitos dos sujeitos envolvidos.

Sobre a relevância e irreversibilidade da utilização da prova digital em nosso meio jurídico, CASTILHO afirma que¹⁵⁷:

“A era digital é irreversível. Esta é a primeira premissa que deve ser aceita para iniciarmos um diálogo acerca de provas digitais. A sociedade não deixará de evoluir e não voltaremos a uma época em que o registro de fatos se restringia a documentos materializados como cartas e papéis. Vivemos na era digital e, assim, **a maior parte das nossas ações são documentadas digitalmente: nossos movimentos, nossos diálogos mais íntimos, nosso deslocamento.** A internet mudou a forma como estabelecemos nossas relações

¹⁵⁶ <https://portal.trt11.jus.br/index.php/comunicacao/7010-prova-digital-esclarece-controversia-em-processo-sobre-vinculo-empregaticio-no-am> Acesso em 12/06/2023

¹⁵⁷ CASTILHOS, Guilherme Machado de; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. Existem limites probatórios na era digital? – a validade processual penal e constitucional das provas digitais. Revista dos Tribunais, v. 1010/2019, p. 275 – 294, dez. 2019.

pessoais e comerciais e com a mudança social, restou inevitável que tais transformações chegassem aos nossos tribunais.”

No meio do processo do trabalho, as provas digitais têm encontrado debate bastante amplo. Magistrados e demais operadores do direito do trabalho vêm se capacitando nesse particular e atualmente são vários os cursos jurídicos tratando do tema, tanto em âmbito público (escolas das magistraturas), quanto em âmbito privado.

A evolução do interesse judicial pela prova digital é nítida quando se verifica a iniciativa adotada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região que implementou um núcleo judiciário dedicado a colheita e análise de provas digitais na Justiça do Trabalho¹⁵⁸. Segundo a Portaria que o criou¹⁵⁹, o núcleo ficará responsável por, dentre outros:

Art. 3º - Compete ao Núcleo de Provas Digitais:

I - prestar apoio para a produção de provas relacionadas às partes e pessoas envolvidas em processos judiciais, por meio da obtenção e tratamento de provas digitais (registros em sistemas de dados das empresas, ferramentas de geoprocessamento, dados de redes sociais, rastreamento por celular, mensagens em aplicativos, biometria, e outras);

II - consultar e organizar as provas digitais de fonte aberta e de fonte restrita, estas obtidas por ordem judicial ou por compartilhamento pelo detentor dos dados interessado na produção da prova;

(...)

A despeito das inegáveis vantagens conferidas pelas provas digitais à busca da verdade no processo do trabalho, é importante destacar que sua utilização não se desonera de desafios e controvérsias. Questões relacionadas à autenticidade, à integridade e à admissibilidade de tais provas têm causado um intenso debate, na medida em que a manipulação e a adulteração de informações digitais têm se revelado uma realidade flagrante, podendo comprometer a idoneidade e a veracidade das provas em comento.

¹⁵⁸ TRT-12 (SC) implanta primeira unidade dedicada a provas digitais na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/trt-12-sc-implanta-primeira-unidade-dedicada-a-provas-digitais-na-justi%C3%A7a-do-trabalho>. Acesso em 12/06/2023.

¹⁵⁹ Portaria SEAP Nº 83, DE 19 DE MAIO DE 2021. Disponível em <https://portal.trt12.jus.br/sites/default/files/2021-05/portaria%2083%20%282%29.pdf>. Acesso em 12/06/2023.

A utilização das provas digitais no âmbito do processo do trabalho encontra-se lastreada em um variado escopo de fundamentos legais. A jurisprudência trabalhista vem aceitando a admissibilidade dessas provas como meios de aferição de fatos relevantes, desde que preservada a sua cadeia de custódia e demais requisitos de validade.

O presente artigo visa analisar a prova digital no contexto do direito do trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, buscando reflexões quanto a possibilidade de utilização de tais provas como substituto de meios tradicionais de evidências (testemunhais e documentais), bem como possibilitar a análise de algumas controvérsias que se instauraram diante da utilização de algumas dessas provas, tais como os dados de geolocalização e perícias judiciais realizadas em algoritmos digitais e códigos fonte.

2. DO CONCEITO. O QUE SÃO PROVAS DIGITAIS?

O primeiro grande desafio da pesquisa sobre as provas digitais é a sua conceituação. O que seriam provas digitais? Se a informação em meio digital pode ser impressa, ela não seria uma prova documental? Qual é o principal elemento caracterizador de uma prova digital?

Como não há na legislação trabalhista ou processual civil um conceito definido pelo legislador, a definição varia bastante na doutrina. Segundo alguns doutrinadores¹⁶⁰, a prova digital seria o instrumento jurídico vocacionado a **demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias**, tendo ele ocorrido **total ou parcialmente em meios digitais** ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração.

Por esse conceito, a prova digital remete a ideia da ocorrência de determinado fato que se pretenda evidenciar em um meio digital. A título de exemplo, cita-se o envio de e-mail, mensagens por aplicativo (WhatsApp, Telegram), etc.

Há ainda doutrinadores¹⁶¹ que adotam um conceito um pouco mais amplo para abranger situações em que o fato em si não tenha ocorrido em meio digital, mas a demonstração de sua ocorrência pode se dar por meios digitais. Por exemplo: monitoramento autorizado através de geolocalização; gravação do vídeo de um assédio

¹⁶⁰ Nesse sentido são Mauro Schiavi e Maurício Tamer

¹⁶¹ Cita-se José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. A Prova Digital: Um Breve Estudo sobre seu Conceito, Natureza Jurídica, Requisitos e Regras de Ônus da Prova Correlatas *In* Provas Digitais no Processo do Trabalho: Realidade e Futuro. Coordenação: Miskulin/Bertachini. Editora Lacier. São Paulo: 2022.

moral; entre outros. Veja que nestes exemplos, o fato em si ocorre no mundo real, mas a sua demonstração tem como fator primordial dados que trafegam no meio digital.

Segundo informações publicadas pelo TST162: “Provas digitais são informações tecnológicas que podem ser utilizadas na busca da verdade dos fatos”. Na mesma publicação, o TST defende que as provas digitais seriam mais precisas do que as provas testemunhais, e nesse sentido, **poderiam substituí-las em determinadas situações, bem como buscam dar mais segurança às decisões**. Os exemplos de provas digitais usados pelo TST são resumidos no quadro abaixo:



Fonte: Tribunal Superior do Trabalho

A prova digital é, portanto, abrangente, e uma nítida tendência no direito processual do trabalho. Prova disso é o grande investimento, tanto financeiro quanto de treinamento de seus magistrados e servidores, que a Justiça do Trabalho tem dedicado ao tema. Em fala atribuída à Ministra Dora Maria da Costa¹⁶³, verifica-se a preocupação da Justiça do Trabalho com o tema:

“A promoção de cursos sobre provas digitais busca proporcionar uma formação num campo até então pouco conhecido e explorado pelos juízes, enquanto os cursos relacionados à conciliação, além de tratarem de competência profissional extremamente relevante, visam atender às exigências das atuais resoluções do CSJT”

Por conceito, qualquer tipo de informação eletrônica que esteja armazenada em um banco de dados pode ser objeto de utilização em um processo judicial trabalhista, desde

162 Disponível em <https://www.tst.jus.br/provas-digitais>. Acesso em 08/06/2023.

163 Disponível em <https://www.tst.jus.br/provas-digitais>. Acesso em 08/06/2023.

que respeitos os requisitos de sua validade, conforme se verá em capítulo específico abaixo.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS QUE AUTORIZAM A PRODUÇÃO DA PROVA DIGITAL

São vários os fundamentos legais que vêm sendo utilizados para autorização da produção da prova digital. Na ausência de uma disposição específica no processo do trabalho que remeta expressamente a uma solução digital para fins de prova, a busca pela legislação processual civil ou mesmo pela legislação esparsa e específica sobre o tema, é utilizada para justificar a produção da prova, a qual, via de regra tem sido acolhida pelas Cortes laborais.

Na CLT, o artigo 765164 preconiza que o magistrado poderá determinar qualquer diligência necessária aos esclarecimentos dos fatos. Como o comando é genérico e reputa ao magistrado a possibilidade de determinar a produção de “qualquer” prova, há, potencialmente, a justificativa necessária para a autorização de prova digital.

Além da CLT, parece haver fundamento legal para se requerer e se deferir a produção da prova digital também no Código de Processo Civil. O CPC em seus artigos 369 e 370165 estabelece que é direito das partes de um processo judicial requerer todos os meios legais, ainda que não especificados expressamente no código de processo, para fins de provar suas alegações. Segue o CPC dizendo que o juiz poderia, inclusive de ofício, determinar a produção das provas que forem necessárias ao deslinde do mérito.

Se observadas as particularidades da Justiça do Trabalho e o que preconiza um de seus princípios basilares que é o da busca da verdade real, em conjunto com a ideia de que as provas digitais, por serem mais efetivas, poderiam inclusive substituir as provas testemunhais, as disposições dos artigos 369 e 370 do CPC se tornam ainda mais relevantes. Em um cenário de litígio trabalhista, o juiz do trabalho poderia, em tese, determinar a produção de uma prova digital específica, de ofício, sem qualquer provocação da parte, em substituição a uma prova testemunhal, essa sim requerida pelas partes.

164 Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

165 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Não se trata aqui de defender que magistrados possam, sem qualquer justificativa, substituir a parte em um processo trabalhista, subvertendo ou interferindo no ônus probatório definido pelo processo do trabalho, mas o que se pretende é chamar a atenção para a abrangência do conceito previsto nos artigos 369 e 370 do CPC, em uma realidade de provas digitais, provocando a reflexão de que tais artigos devem ser aplicados no limite do que dispõe outras normas, em especial aquelas que protegem direitos fundamentais e que regulamentam o ônus da prova.

Outro fundamento frequentemente usado para o deferimento e fundamentação de pedidos de produção de prova digital é o Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014. Referida lei, autoriza o acesso aos dados pessoais que trafegam pela internet mediante ordem judicial, com o propósito de formar o conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, sempre garantido o sigilo das informações e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem.

Veja-se que o Marco Civil da Internet parece ser bem mais específico do que as disposições genéricas dos artigos 765 da CLT e 369 e 370 do CPC. O Marco Civil da Internet traz uma preocupação clara de que sejam preservados direitos fundamentais, quando do acesso a dados pessoais em meio digital. Em seu artigo 22¹⁶⁶, o Marco Civil da Internet prescreve ainda que a parte poderá requerer ao Juiz a apresentação de dados digitais, e não parece autorizar que o deferimento se dê de ofício, a teor, inclusive, do que consta do parágrafo único do mesmo artigo.

Interessante também notar que o artigo 22 do Marco Civil da Internet expressamente se refere à utilização de dados da internet a serem utilizados em processo cível ou penal. Haveria, portanto, a possibilidade de utilização desses dados para fins trabalhistas? Quisesse o legislador autorizar a utilização de dados para fins do processo do trabalho não deveria ter deixado isso expresso no texto legal?

Em que pese a relevância dessa discussão, a Justiça do Trabalho tem majoritariamente interpretado que, sendo a Justiça Especializada um ramo do direito

¹⁶⁶ Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

privado, a autorização legal para fins cíveis, contemplaria também a especialização trabalhista.

Destaque-se ainda que o parágrafo único do artigo 22 contempla os requisitos que devem ser observados para fins de requerimento da produção da prova digital a que alude o artigo. Dentre eles destaca-se a justificativa motivada dos registros, o período ao qual se referem os registros e o indício da ocorrência de um ilícito. Sem a comprovação de tais requisitos, o requerimento seria inadmissível. Não há dúvidas de que o Marco Civil da Internet olha para a produção da prova digital, especialmente aquelas que envolvam dados pessoais, com absoluta restrição, parecendo surgir como um contraponto à ideia de que a prova digital deveria/poderia ser usada em larga escala, inclusive como substituição da prova testemunhal.

O artigo 23167 do Marco Civil da Internet traz a obrigação de que o Juiz preserve o sigilo das informações digitais trazidas ao processo, inclusive com o deferimento da tramitação do processo em segredo de Justiça, o que novamente mostra a preocupação do legislador com a possibilidade de que dados pessoais oriundos da determinação de produção da prova digital possam ser expostos de forma contrária aos direitos fundamentais de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de indivíduos.

A preocupação com a proteção dos direitos fundamentais também está presente na Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) – Lei 13.709/2018¹⁶⁸, a qual autoriza, de forma excepcional que dados pessoais e dados pessoais sensíveis sejam utilizados, independentemente de consentimento do titular do dado, para fins de exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

Por fim, merece breve destaque o dispositivo referido no artigo 13 da Lei 11.419/2006¹⁶⁹ que dispõe sobre a informatização do processo judicial e que autoriza ao magistrado a determinação de apresentação de dados e documentos por meio eletrônico. Em razão da pobre técnica legislativa, há a possibilidade de uma interpretação dúbia do artigo, no sentido da possibilidade de ele autorizar a produção de prova digital ou se o dispositivo legal se refere apenas à obrigação das partes e de terceiros apresentarem

167 Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

168 Artigo 7º - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses;
VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;

169 Artigo 13: O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo;

documentos em meios digitais, para fazer frente à informatização do processo, ainda que não se refiram a provas digitais.

Em resumo, a legislação processual parece possibilitar várias formas de justificar, requerer ou deferir a produção de prova digital, mas também parece certo que a justificação da prova digital, a preocupação com o sigilo das informações, e principalmente, o respeito a direitos fundamentais, devem nortear tanto a análise do seu deferimento quanto a sua produção.

4. REQUISITOS DE VALIDADE DA PROVA DIGITAL

Além das características já abordadas, a prova digital, e umas mais do que outras, possuem uma particularidade relevante: são passíveis de adulteração. Imagine-se, por exemplo, uma conversa tida por aplicativo de mensagens instantâneas no qual, um dos usuários apague determinada linha da conversa. Nesse caso, como saber se a prova é válida?

Em razão da possibilidade de adulteração da prova digital, há avanços doutrinários e jurisprudenciais, no sentido de que há certos requisitos que devem ser observados para fins de validade da prova digital.

Quanto aos requisitos, o primeiro requisito que merece atenção é a autenticidade da prova digital. Deve-se avaliar a origem da produção da prova, basicamente pesquisando-se a fonte da prova, ou seja, de onde provém a prova digital, bem como a sua autoria, ou seja, quem é o autor do fato que se pretende provar por meio da prova digital.

Sobre autenticidade, prescreve TAMER170:

*“Por **autenticidade**, deve ser entendida a **qualidade** da prova digital que permite a **certeza em relação ao autor ou autores do fato digital**. Ou seja, é a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real. É a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital.”*

Ultrapassadas as análises relacionadas à autenticidade da prova digital, vem, em seguida, a análise de seus requisitos de validade ainda mais importantes: a integridade, completude, imutabilidade, temporalidade e credibilidade da prova.

170 TAMER, Maurício; A cadeia de custódia como elemento fundamental da validade e utilidade das provas digitais. Boletim Revista dos Tribunais Online, v. 36/2023, fev. 2023.

A integridade da prova se relaciona com a sua não adulteração e engloba, as características de (i) completude: a prova digital deve contar toda a história e não apenas uma perspectiva particular, (ii) imutabilidade: a prova digital deve estar apta a demonstrar que nenhuma modificação, exclusão, acréscimo ou outras alterações ocorreram ou poderiam ter ocorrido desde a sua coleta, (iii) temporalidade: a prova digital deve demonstrar, de forma idônea, a sua marcação temporal, contendo a data e horário de quando o fato ocorreu ou ao menos do seu registro, utilizando-se uma fonte de tempo confiável e rastreável, e (iv) credibilidade: a prova digital deve ser compreensível e crível às partes e julgadores.

Somente se respeitado o requisito da integridade da prova, com as suas quatro características à ela inerentes, é que se pode falar em uma prova digital válida. No mesmo sentido são as lições de TAMER sobre o conceito de integridade da prova:

“Por integridade, por sua vez, deve ser entendida a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração. Na definição do Decreto Federal n. 10.278/2020 (art. 3º, IV) que regula a digitalização de documentos, integridade é, nesta linha, o “estado dos documentos que não foram corrompidos ou alterados de forma não autorizada”. A prova digital íntegra é aquela isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova.”

Os requisitos da autenticidade e da integridade da prova solidificam a adequada cadeia de custódia da prova. Em seu artigo sobre a importância da cadeia de custódia, TAMER define os parâmetros que devem nortear a análise da validade da prova da seguinte forma:

*“A cadeia de custódia, ressaltada na decisão comentada, implica a somatória dos dois requisitos anteriores. Ou seja, a preservação da autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. **A ideia é construir verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova. A ideia é que se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo.** Nesse ponto, é importante sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas.”*

Embora criado especificamente para fins penais, o conceito de cadeia de custódia é definido pelo Código de Processo Penal, e pode ser de grande valia para outros ramos do direito, inclusive para o processo do trabalho, com suas devidas adaptações. Assim dispõe a lei processual penal:

Art. 158-A: conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

A cadeia de custódia da prova deve-se, ainda, levar em consideração outras características para que se atinja sua finalidade de permitir uma prova íntegra e autêntica. Essas outras características se resumem a:

- a. **Auditabilidade:** O processo de produção da prova digital deve ser documentado na íntegra e estar disponível à avaliação das partes e, se for o caso, de um terceiro independente.
- b. **Transparência:** O processo de produção da prova digital deve ser passível de repetição e reprodução pelas partes ou por um terceiro independente utilizando os mesmos procedimentos, métodos e instrumentos;
- c. **Confiabilidade:** Os procedimentos, métodos e instrumentos utilizados no processo de produção da prova digital devem ser justificáveis e confiáveis a ponto de não haver dúvida sobre a autenticidade e integridade da prova produzida;

Se determinada prova digital não observou suas características de validade jurídica, ela é inútil como instrumento de prova. CASTILHO defende ainda que:

Neste caso, **a solução seria não validar a prova**, já que não comprovada a sua veracidade. No entanto, como saber se a prova eventualmente retirada dos autos não influenciou no convencimento do Magistrado? Na verdade, não é possível realizar tal averiguação, já que não possuímos regras para o controle do convencimento do magistrado a respeito de provas, o chamado standards probatórios.

O questionamento trazido pelo referido autor é pertinente, no sentido de que mesmo a prova irregular juntada aos autos, pode, no limite, causar impacto no magistrado que a analisou e, indiretamente, influenciar no julgamento. Por isso, a relevância de se

capturar uma prova digital válida, desde o momento de sua produção, zelando para que todos os requisitos de validade da prova digital sejam observados.

Sobre tais requisitos, o judiciário já vem observando a necessidade de sua análise para fins de validação da prova digital. Abaixo transcreve-se três julgados da Justiça do Trabalho que analisam a questão:

PROCESSO DO TRABALHO. PROVAS DIGITAIS. PRINTS DE CONVERSAS DE APLICATIVO WHATSAPP. A juntada de prints de telas de conversa de aplicativo "Whatsapp", a exemplo de qualquer prova digital, isoladamente considerada, em regra e ao contrário do senso comum, não configura meio de convencimento eficaz, pois **as capturas de tela, sem a apresentação da necessária cadeia de custódia ou produção de prova da integridade da comunicação, não têm a autenticidade confirmada**. Inteligência do art. 411, do CPC, e artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (Lei 13.964/2019), aplicáveis subsidiariamente. (TRT-2 10005468220215020014 - 7ª Turma - Data de Publicação: 07/07/2022)

PROVA DIGITAL. CONVERSAS VIA APLICATIVO WHATSAPP OCORRIDA ENTRE AS PARTES LITIGANTES. VALIDADE. As conversas entre a autora e sua ex-empregadora, por meio de aplicativo Whatsapp, **desde que não obtidas por meios ilícitos e não adulteradas** por qualquer meio artificioso ou ardid, são válidas como meio de prova. (TRT-10 - ROT: 00000998620215100015 DF, Data de Publicação: 23/04/2022)

APLICATIVO "WHATSAPP". "PRINTS" DE MENSAGENS. MEIO DE PROVA ILÍCITO. NULIDADE. REJEIÇÃO. No ordenamento jurídico pátrio, admite-se as chamadas "provas tecnológicas" na formação do convencimento do juízo, **inclusive "prints" de mensagens do aplicativo "whatsapp", desde que não editados**, assemelhando-se, estas, a situações em que os diálogos são gravados por um dos interlocutores. Preliminar rejeitada. (TRT-7- Proc 00002266320215070029, Data de Publicação: 04/04/2022)

As decisões são claras em estabelecer uma relação direta entre a validade da prova digital e sua não adulteração, dando ênfase, portanto, a necessidade de observância dos requisitos de validade da prova digital, como condição de sua aceitação como meio de prova.

5. CONTROVÉRSIAS RELEVANTES SOBRE A UTILIZAÇÃO DE ALGUMAS PROVAS DIGITAIS

Como se verifica dos capítulos anteriores, a prova digital parece ser tendência no processo do trabalho e sua utilização tende a ser realizada em cada vez maior escala. No entanto, existem controvérsias relevantes que ainda precisam de um maior amadurecimento e debate.

Em geral, essas controvérsias surgem quanto a determinação da produção da prova digital pode esbarrar em direitos fundamentais ou mesmo causar impacto relevante à contraparte. No presente artigo, não se busca resolver referida controvérsia, mas apenas destacar duas delas: (i) a relacionada a utilização de dados de geolocalização, e (ii) aquela relacionada à realização de perícias judiciais em dados digitais constantes de algoritmos empresariais.

A Justiça do Trabalho vem utilizando com certa frequência dados de geolocalização para fins de produção de prova de jornada de trabalho¹⁷¹. A questão que se coloca é se é possível requerer referida prova de forma pouco justificada ou deferi-la sem uma melhor análise. Isso porque, em determinadas situações, os dados de geolocalização podem ferir direitos fundamentais de determinada pessoa. Os principais argumentos que pesam contra a produção da prova digital da geolocalização são:

- a) Potencial violação ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal) e da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal);
- b) A lei não autorizaria a quebra de sigilo de conteúdo de geolocalização em processos trabalhistas, já que o artigo 22 do Marco Civil da Internet apenas daria essa autorização para fins de investigação civil ou penal;
- c) O direito à proteção de dados pessoais é reconhecido como direito constitucional autônomo, portanto esse direito se sobreporia à discussão tida no processo do trabalho;
- d) A determinação de ofício da juntada de dados de geolocalização violaria a sistemática processual de distribuição do ônus da prova, já que a liberdade de direção do juízo trabalhista na condução do processo não abrange a produção probatória de ofício com o objetivo de suprir eventual insuficiência dos elementos produzidos pelas partes em seu próprio interesse. No âmbito

171 A título de exemplo: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/recusa-reiterada-em-fornecer-dados-de-geolocalizacao-de-trabalhador-gera-multa-de-mais-de-r-12-milhao-a-empresa-de-tecnologia>
Acesso em 08/06/2023.

de um processo adversarial como é o cível e o trabalhista, não cabe a figura do juiz inquisidor;

- e) Potencial violação ao princípio da razoabilidade de se direcionar a terceiro, casos de provedores de serviços de internet, por exemplo, uma determinação de exibição de documento que está em poder da parte, em seu smartphone ou computador;
- f) Tratando-se de insuficiência probatória ou de documento em poder da parte, a recusa em exibi-lo deve ser resolvida conforme as regras de distribuição do ônus da prova e de recusa em exibição de documentos (art. 400, I do CPC172);
- g) A geolocalização não é prova necessária em matéria de jornada de trabalho, que pode ser constatada por outros meios ordinários de prova, por exemplo: a produção de prova testemunhal ou documental;

Os argumentos acima parecem relevantes no contexto da controvérsia sobre a utilização das provas digitais de localização, especialmente quando há a possibilidade, ainda que teórica, de tais provas colidirem com direitos fundamentais e princípios do processo do trabalho.

Sobre a questão dos direitos fundamentais e o contexto de sua preservação, CASTILHO defende que:

“O art. 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem aduz que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias em sua vida privada, na sua família, no seu domicílio, ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda a pessoa tem direito à proteção da lei”. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece como inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Ademais, o art. 220, §3º, inciso II, da Lei Maior também menciona **o direito à intimidade, como um limite à liberdade dos meios de comunicação**. Ao analisar tal direito, Gilmar Ferreira Mendes afirma ser a reclusão periódica à vida privada, uma necessidade de todos, essencial para

172 Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - a recusa for havida por ilegítima.

sua saúde física e mental, uma vez que condição para o desenvolvimento livre da personalidade. **O autor afirma que há relevante dificuldade ao estarmos em constante observação alheia, podendo afetar possíveis enfrentamentos de novos desafios. Sem a tranquilidade advinda da privacidade, não há como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas ou traçar metas.**"

O debate sobre a produção de prova digital nesses casos merece maior amadurecimento, mas o que parece ser certo é de que a prova digital, quando cabível, deve ser fundamentada e restrita à sua necessidade. Nesse sentido, é preciso evitar certos requerimentos e/ou determinações judiciais que solicitam dados desnecessários e excessivos (por exemplo: qual é o navegador utilizado, fuso horário, histórico de todos os endereços pesquisados e trajetos obtidos junto aos aplicativos Google Maps, Waze ou outro similar que utilize a função GPS).

Outra prova digital que tem sido recentemente debatida no processo do trabalho é a possibilidade de se determinar perícias judiciais em algoritmos digitais de plataformas de tecnologia. O debate jurídico gravita ao redor da possibilidade de realização de perícia judicial trabalhista em algoritmos ou outros equipamentos do empregador, vis a vis a possibilidade de se realizar a prova pretendida por outros meios, bem como considerando o risco de vazamento de informações confidenciais da empresa.

O caso que talvez tenha alcançado a maior repercussão midiática¹⁷³ sobre o tema até o momento foi uma ação trabalhista ajuizada por um motorista de aplicativo contra a empresa Uber Tecnologia, perante a 80ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, pleiteando o reconhecimento do vínculo de emprego¹⁷⁴.

No bojo da reclamação trabalhista, houve deferimento de uma perícia técnica no algoritmo da empresa Uber. Conforme consta do processo 1000825-67.2021.5.00.0000175, a perícia foi determinada pelo juízo de primeira instância para que se pudesse verificar a

173 <https://www.tst.jus.br/-/ministro-suspende-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-per%C3%ADcia-t%C3%A9cnica-no-algoritmo-da-uber#:~:text=A%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20per%C3%ADcia%20t%C3%A9cnica,de%20emprego%20alegada%20por%20ele>. Acesso em 10/06/2023.

174 A reclamação trabalhista 0100531-98.2020.5.01.0080 tramita em segredo de Justiça, de forma que as referências que serão feitas a esse processo são aquelas que constam do Mandado de Segurança 0103519-41.2020.5.01.0000, da tutela cautelar antecedente 1000825-67.2021.5.00.0000, e da correção parcial 1001652-15.2020.5.00.0000, processos estes que não tramitam em segredo de Justiça e possuem acesso público.

175 Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/D97CD1E047432F_decisao-.pdf. Acesso em 08/06/2023 às 13:00.

existência ou não do vínculo de emprego entre as partes litigantes. Após o manejo de diversos recursos pela empresa com vistas a evitar a realização da perícia, o caso chegou ao TST. No julgamento de um pedido de tutela de urgência para suspender a perícia, o Ministro Douglas Alencar decidiu que:

“Sem prejuízo do exame dos objetivos pretendidos pelo Requerido com a obtenção das informações a partir da prova pericial, é certo que **os riscos que podem advir da realização de tal diligência probatória** precisam ser avaliados com maior acuidade, porquanto tem ela potencial de trazer à tona **informações sigilosas, aparentemente fundamentais no segmento empresarial de atuação da Requerente, baseado em tecnologia digital**. E nesse aspecto, a pretensão de urgência se mostra clara e objetivamente justificada, até porque, sem prejuízo de digressões outras, a forma como se dava o relacionamento entre as partes em disputa – aspecto essencial para a definição de sua real natureza jurídica, à luz dos requisitos inscritos nos arts. 2º e 3º da CLT -- **parece mesmo prescindir de dados adicionais vinculados aos parâmetros de operação da plataforma utilizada.**

Por essas breves razões, DEFIRO a tutela provisória de urgência para conferir efeito suspensivo ao recurso ordinário e suspender a realização da prova pericial deferida na ação trabalhista nº 0100531-98.2020.5.01.0080, cujo objeto é o algoritmo da Requerente, até o julgamento do apelo já interposto no mandado de segurança nº 0103519-41.2020.5.01.0000.”

Na análise do caso, o Ministro suspendeu a realização da prova pericial em dados digitais lastreado em dois fundamentos: (i) a proteção que se dá à confidencialidade de informações de negócio e sigilosas – proteção à propriedade intelectual, e (ii) desnecessidade da prova, já que potencialmente a prova testemunhal/documental poderia suprir a necessidade de realização da prova digital, para fins de análise do pedido de vínculo empregatício.

A decisão acima e o amplo debate que se instaurou sobre esse caso são reveladores da controvérsia existente sobre a extensão da utilização da prova digital em determinadas circunstâncias, nas quais a produção dessa modalidade de prova pode colidir com direitos das partes e de terceiros, inclusive fundamentais.

O debate é razoavelmente novo e deve seguir pelos próximos anos até que se tenha um amadurecimento de como e em quais situações é que a prova digital poderá ser usada, e, sobretudo, em qual extensão.

6. CONCLUSÃO.

Em que pese a utilização da prova digital deva sempre ser pautada pela razoabilidade e finalidade da prova, não há grandes dúvidas sobre a importância da utilização das provas digitais e o fato de que essa realidade veio para ficar. As vantagens da utilização desse meio de prova são descritas por CASTILHO como:

Mas o fato é que, se por um lado temos lacunas processuais as quais aumentam o âmbito de atuação do magistrado que, muitas vezes, acaba atuando como um verdadeiro legislador, por outro, **ganhamos em velocidade, menos burocracia e com uma menor utilização da prova testemunhal, já que boa parte dos fatos se encontra documentado em aparelhos celulares, e-mails e armazenado em grandes bancos de dados.**

Há uma tendência da Justiça do Trabalho, especialmente em razão da sua busca incessante pela verdade real, eficiência e rapidez na solução de demandas, de querer utilizar a prova digital em larga escala, e, por vezes, como substituta de outros meios de provas tradicionais. Assim alerta CALCINI¹⁷⁶ em uma crítica as deficiências da prova documental e testemunhal:

É certo que no Processo do Trabalho, entre os princípios basilares da prova, temos o princípio da oralidade, assim como o princípio da busca pela verdade real, de modo que a prova testemunhal, tanto pela tradição, quanto para a simplificação do procedimento, é a via quase sempre utilizada.

Contudo, **o que se observa atualmente é que tais meios de provas tradicionalmente utilizados no processo trabalhistas não mais contemplam a verdade real.**

Entretanto, se é verdade que a prova testemunhal pode ser vulnerável em virtude de distorções da memória dos seres humanos e dos interesses em questão, de igual relevância a prova documental;

176 CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. As provas digitais e o futuro do Processo do Trabalho. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-set-23/pratica-trabalhista-provas-digitais-futuro-processo-trabalho#_ftn4. Acesso em 08/06/2023.

geralmente, é confeccionada por uma das partes, podendo também acarretar um direcionamento errôneo do processo.

Não se olvida que a utilização das provas digitais no processo do trabalho desempenha, e tenderá a cada vez desempenhar, um papel fundamental na busca da verdade real e na efetivação da justiça. Por meio dessas provas, é possível acessar uma vasta gama de informações e evidências que muitas vezes não estariam disponíveis apenas por meio das provas tradicionais, como testemunhas e documentos físicos. A capacidade de recolher e apresentar provas digitais tem o potencial de revelar detalhes cruciais e esclarecer fatos obscuros, contribuindo assim para uma tomada de decisão mais embasada.

O que parece ser necessário analisar são os limites da utilização da prova digital, tanto no que se refere à observância dos seus requisitos de validade e proteção à cadeia de custódia, quanto em relação à sua utilização em situações em que potencialmente podem afetar direitos das partes e de terceiros.

É imprescindível que se faça uma reflexão tanto ao se requerer a produção da prova digital, quanto ao se analisar o seu cabimento e razoabilidade diante do fato concreto. Em qualquer cenário, deve-se, ao nosso ver, deferir a produção da prova no limite de sua necessidade, evitando-se a requisição de dados desnecessários ao deslinde da lide ou desproporcionais.

Sobretudo, é importante entender o papel do magistrado diante da facilidade de obtenção da prova digital: Deve o magistrado agir de ofício e determinar a produção da prova digital em substituição ou complementação ao ônus probatório de uma das partes ou deve solucionar o caso diante das regras processuais que norteiam eventual insuficiência da produção da prova?

Nos parece essencial concluir que a utilização das provas digitais deve ser pautada por limites claros e princípios jurídicos fundamentais. A aplicação indiscriminada dessas provas sem a devida cautela pode violar direitos individuais e comprometer a imparcialidade e a justiça do processo. É necessário garantir que o uso das provas digitais esteja em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar excessos e proteger a privacidade e a integridade das partes envolvidas.

Além disso, é importante ressaltar que as provas digitais devem ser vistas como uma complementação das provas tradicionais, como as testemunhais e documentais, em vez de uma substituição completa. Essas outras formas de prova possuem um valor intrínseco e desempenham um papel crucial na construção do quadro probatório. A utilização das provas digitais deve ocorrer de forma excepcional, apenas quando necessário e

devidamente fundamentada, e nunca como uma substituição automática das provas tradicionais.

Ao adotar essa abordagem equilibrada, é possível alcançar um sistema processual mais justo e eficiente. A utilização das provas digitais, em conjunto com as provas tradicionais, permite uma apuração mais completa dos fatos, auxiliando os magistrados na tomada de decisões informadas. Contudo, é fundamental manter um olhar atento aos direitos fundamentais e aos princípios jurídicos que garantem um processo justo e equitativo.

REFERÊNCIAS:

CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. As provas digitais e o futuro do Processo do Trabalho. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-set-23/pratica-trabalhista-provas-digitais-futuro-processo-trabalho#_ftn4. Acesso em 08/06/2023.

CASTILHOS, Guilherme Machado de; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. Existem limites probatórios na era digital? – a validade processual penal e constitucional das provas digitais. Revista dos Tribunais, v. 1010/2019, p. 275 – 294, dez. 2019.

DUPLAT FILHO, Luiz Evandro Vargas. As provas digitais e o operador do Direito do século 21. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/duplat-filho-provas-digitais-operador-direito-seculo-21>. Acesso em 08/06/2023.

MISKULIN, Ana Paula Silva Campos; BERTACHINI, Danielle, coord. Provas Digitais no Processo do Trabalho: Realidade e Futuro. São Paulo: Editora Lacier. 2022.

SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 9. ed. São Paulo: JusPodvim, 2023.

SOARES, Pollyana Lúcia Rosado. As provas digitais no processo do trabalho. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/74537/Revista%20104%20p.%20287-295.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08/06/2023.

TAMER, Maurício; A cadeia de custódia como elemento fundamental da validade e utilidade das provas digitais. Boletim Revista dos Tribunais Online, v. 36/2023, fev. 2023.

HABEAS CORPUS COLETIVO: INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE TESES DESENCARCERADORAS

GUSTAVO PIRES DE CARVALHO:
Bacharel em Direito (UFPE). Pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos do (Curso CEI e Faculdade CERS). Defensor Público do Estado de Santa Catarina (DPE-SC).¹⁷⁷

RESUMO: Este trabalho busca explorar aspectos centrais do *habeas corpus* coletivo a fim de examinar o papel que pode efetivamente exercer no sistema jurídico em vista de suas potências e limitações inerentes. Em síntese, sustenta-se que o instrumento contribui à tutela coletiva dos direitos da pessoa privada de liberdade a partir da fixação de teses jurídicas protetivas da liberdade de locomoção.

Introdução

A partir da crescente visibilidade que os *habeas corpus* coletivos assumiram nos tribunais brasileiros, propõe-se um trabalho exploratório com o intuito de identificar padrões no emprego desse novo meio de tutela coletiva. Em suma, buscou-se entender qual o potencial do novo instrumento a partir das especificidades que constituem o rito.

No substrato do trabalho, está o pressuposto do encarceramento em massa – ou *Estado de Coisas Inconstitucional*, como proferiu o STF – enquanto uma causa pública e jurídica a ser tematizada no centro da arena pública. Trata-se de violação generalizada de direitos humanos constituído a partir do racismo enquanto racionalidade estruturadora do sistema de justiça. Não à toa, Flauzina e Pires utilizam a categoria da “naturalização da barbárie” para discutir os paradoxos entre o reconhecimento do caos carcerário e a persistência de um comportamento institucional encarcerador.

Inicialmente, é apresentada a divergência sobre o cabimento no ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se apresentar argumentos favoráveis e contrários, bem como indicar aqueles que fundamentaram a reversão na jurisprudência do STF.

Posteriormente, apresentado o instrumento propriamente dito, buscou-se sintetizar a tese de que o funcionamento concreto do *habeas corpus* coletivo é empregado como meio de fixação de teses jurídicas combativas à privação da liberdade, aproximando-se dos sistemas de precedentes obrigatórios.

177 E-mail: pires.gustavoc@gmail.com

Finalmente, um capítulo conclusivo retomou a discussão apresentada e apontou o potencial do instrumento para o enfrentamento do encarceramento em massa enquanto problema público.

1 Habeas Corpus coletivo: o problema do cabimento

A partir da segunda metade da década de 2010, as trincheiras jurídicas passaram a disputar a garantia de direitos das pessoas privadas de liberdade por um instrumento cujo cabimento nunca foi consensual na doutrina e na jurisprudência: o *habeas corpus* coletivo. Contudo, após o precedente paradigmático do HC 143.641-SP, parece haver crescente consenso acerca da viabilidade do remédio constitucional, fundamentando-o, inclusive, pela degradação do sistema prisional.

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência costumavam ser refratárias ao cabimento do *writ* coletivo (BADARÓ, 2020, não paginado). Da doutrina processual penal contemporânea, é relevante a oposição de Gustavo Badaró, segundo o qual a ausência de previsão legal do *habeas corpus* coletivo geraria comprometimento da segurança jurídica. Para ele, diversos pontos da maior relevância restariam sem disciplina adequada, a exemplo da legitimidade, dos efeitos da coisa julgada e da relação com as demandas individuais:

O regime legal desse *habeas corpus* coletivo deverá disciplinar a legitimação ativa para sua interposição, inclusive com a possibilidade de sua restrição a um rol taxativo de instituições ou entidades dotadas de representatividade adequada. Também deverá haver expressa disciplina dos efeitos da coisa julgada forma no *habeas corpus* coletivo e o seu reflexo em futuros *habeas corpus* individuais. Caberá, ainda, a previsão expressa do regime de litispendência tanto de *habeas corpus* coletivos, entre si, bem como do *habeas corpus* coletivo como eventuais *habeas corpus* individuais. (BADARÓ, 2020, não paginado)

Sobre isso, saliente-se que os pontos de insegurança jurídica são, na verdade, questões bastante divergentes nos demais instrumentos da tutela coletiva, gerando entendimentos diversos, por exemplo, sobre a legitimidade do Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo. Com isso, busca-se enfatizar que a regulação legal não esgotaria os pontos de conflito no microsistema da tutela coletiva, cujas peculiaridades costumam suscitar controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias.

Além de apontar o problema da lacuna legal, Guilherme Nucci (2021, p. 1061) costumava pontuar a necessidade de prova pré-constituída, a necessidade de demonstrar o prejuízo à liberdade de locomoção e identificar o autor como empecilhos à viabilidade do instrumento. Entretanto, a mudança de entendimento do STF foi acompanhada pelo

autor, que pontuou o cabimento do *habeas corpus* coletivo como produto da circunstância caótica do sistema penitenciário brasileiro, em que o nível de extrema vulnerabilidade dos presos compromete significativamente a possibilidade de obter individualmente a tutela da liberdade de locomoção.

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1861/1862) também aponta como fundamentos para o cabimento a necessidade de otimizar demandas, conferindo tutela jurisdicional mais célere e eficiente. Para isso, salienta a necessidade de uma delimitação adequada do grupo tutelado.

Se a doutrina processual penal costumava ser mais reticente sobre o cabimento do *writ*, teóricos dedicados aos campos dos direitos fundamentais e da tutela coletiva parecem ser mais receptivos à inovação.

Dentre eles, parece ter sido paradigmático para dar corpo à ideia do *habeas corpus* coletivo parecer assinado por Ademar Borges, Camila Gomes e Daniel Sarmiento (2015), comumente citados em livros que tratem da matéria. A autora e os autores sintetizam o cabimento sob os seguintes argumentos: i) a tutela coletiva de direitos individuais visa a promover economia e celeridade processuais, a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e o pleno acesso à justiça, algo especialmente necessário na esfera penal; ii) o *habeas corpus* é marcado pela maleabilidade, sendo adaptado a diferentes circunstâncias ao longo do tempo, bem como seu cabimento é coerente com a teleologia positivada pela CF-88; iii) a constatação de que há violações coletivas à liberdade ambulatorial impõe a existência de uma tutela constitucional efetiva correspondente, nos termos da Constituição e do Pacto de San José; iv) a jurisprudência do STF é favorável à interpretação ampliativa dos remédios constitucionais. Por essas razões, concluem pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em perspectiva de dogmática crítica, Felipe da Silva Freitas e Manuela Abath Valença (2020) reivindicam a ampliação do escopo do *habeas corpus* retomando argumentos clássicos em favor da tutela coletiva (segurança jurídica, economia processual e celeridade). Além disso, apontam que a referência do Código de Processo Penal ao remédio constitucional apenas na modalidade individual derivaria da vinculação a uma ordem constitucional anterior, sendo que a CF-88 teria aprofundado a tutela coletiva de direitos.

A divergência sobre o cabimento do instrumento foi resolvida jurisprudencialmente pelo STF no HC 143641, que tratou da substituição da prisão preventiva por domiciliar em casos de mães de crianças de até doze anos ou com deficiência e gestantes. Embora houvesse resistência do STJ, o tribunal também passou a acatar o cabimento do *writ* após a alteração na jurisprudência da corte constitucional.

Por sua vez, os fundamentos do cabimento do HC coletivo formalizados pelo STF reproduzem o debate pré-existente na doutrina. É possível sintetizá-lo em cinco pontos: i) necessidade de tutela coletiva para tutelar relações sociais massificadas; ii) maleabilidade do habeas corpus; iii) faculdade de concessão da ordem de ofício (art. 654, § 2º do CPP); iv) possibilidade de extensão dos efeitos (art. 580 do CPP); v) eficiência, duração razoável do processo e efetividade da prestação jurisdicional.

A ausência de previsão legal expressa, talvez o principal ponto de resistência na doutrina, é enfrentada através da remissão à ampla aceitação de instrumentos processuais variados para a tutela de direitos fundamentais acompanhada da tradição brasileira de conferir grande maleabilidade ao *habeas corpus*.

‘Um argumento relevante que não consta no debate doutrinário processual penal está no reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, o que motivaria a necessidade de conferir eficiência ao julgamento dos pleitos. Por isso, a tutela coletiva seria necessária como forma de enfrentamento agregado de casos semelhantes que compõem um estado de violação sistemática de direitos humanos e fundamentais.

Finalmente, diante da ausência de previsão legal, o STF fixou um parâmetro para um dos principais pontos de divergência doutrinária: a legitimidade. Neste caso, optou-se por aplicar supletivamente a regência do mandado de injunção coletivo (art. 12 da Lei 13.300/2016).

Diante disso, são partes legítimas para propor habeas corpus coletivos i) o Ministério Público; ii) partido político com representação no Congresso Nacional; iii) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída; e a Defensoria Pública.

Tal opção é especialmente relevante porque inclui as Defensorias Públicas, órgãos que têm impetrado a maior parte dos casos identificados ao longo do estudo exploratório da matéria. São as defensorias que têm mobilizado o judiciário de forma mais enfática por esse instrumento.

2 Habeas Corpus coletivo: meio de fixação de teses jurídicas protetivas da liberdade

Embora o *habeas corpus* coletivo tenha ganho significativa proeminência no processo de enfrentamento à naturalização da barbárie, a própria natureza do instrumento impõe limites significativos às suas possibilidades. Por isso, propõe-se a tese de que o *writ* serviria, essencialmente, para a fixação de teses jurídicas defensivas.

O argumento está embasado em quatro pontos: i) limitação à proteção da liberdade de locomoção; ii) impossibilidade de produção probatória; iii) inadmissibilidade de pretensão condenatória; iv) forma de aplicação nos casos individuais.

A doutrina costuma reivindicar a ampla utilização dos instrumentos da tutela coletiva para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, mesmo com a positivação restritiva acerca do mandado de segurança coletivo (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/09), autores como Hermes Zaneti Jr (2013) insistem na possibilidade de utilizar o MS coletivo também nos direitos difusos.

Por outro lado, no caso do *habeas corpus* coletivo, o campo parece ser pacífico em restringir a aplicabilidade do instrumento a um direito individual homogêneo em especial: a liberdade de locomoção (Badaró, 2020; Brasileiro, 2020, p. 1861). Também é esse o entendimento do STF (STF. 2ª Turma. HC 188820 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

Neste ponto, não se desconhece a possibilidade de conexão íntima com outros direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão. Nesse sentido, é possível imaginar a utilização do instrumento para garantir a livre manifestação de grupo favorável à descriminalização de drogas ilícitas.

Além de limitar as matérias que podem ser objeto de tutela, tal conclusão importa também na impossibilidade de sustentar teses que promovam o encarceramento ao invés de evitá-lo. Afinal, o HC é instrumento exclusivo da defesa, destinado a proteger a liberdade, jamais restringi-la.

Além disso, é senso comum doutrinário a impossibilidade de produção probatória em sede de HC, que demanda prova pré-constituída (Badaró, 2020, não paginado). Igualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores entende que o *writ* constitui rito célere com limitações à produção probatória (STJ; HC 478.211; Proc. 2018/0297261-7; RJ; Sexta Turma; Relª Min. Laurita Vaz; Julg. 07/02/2019; DJE 28/02/2019).

A impossibilidade de produção probatória gera limitação significativa às pretensões de uma ação coletiva. Na proteção do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, é rotineira a necessidade de prova pericial para demonstrar o dano ambiental. Mesmo quando se trata da proteção da tutela coletiva das pessoas privadas de liberdade, dificilmente seria possível imaginar a demonstração de danos à saúde dos detentos de determinada unidade prisional sem recorrer à dilação probatória.

Ademais, o *habeas corpus* não contempla a pretensão condenatória da autoridade coatora. Badaró (2020, não paginado) trata das possibilidades da tutela em via de *habeas corpus* nos seguintes termos:

A concessão do *habeas corpus* poderá gerar tutela meramente declaratória (por exemplo, declara extinta a punibilidade),

constitutiva (por exemplo, anula o processo) ou mandamental (por exemplo, ordena a liberdade do paciente ou tranca a ação penal).

Nesses termos, a ordem em eventual *habeas corpus* individual pode ser integralmente concedida para reconhecer a ilegalidade de determinada prisão, mas não será possível condenar a autoridade coatora ao pagamento de danos morais nos mesmos autos. Por isso, de forma semelhante, tampouco seria possível obter condenação em danos morais coletivos em virtude de violação global à liberdade de determinado grupo de pessoas.

Finalmente, uma vez obtida a concessão da ordem em *habeas corpus* coletivo, a aplicação nos casos individuais difere significativamente do que ocorre no microsistema da tutela coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos.

Usualmente, caso determinado consumidor entenda ser abrangido pela coisa julgada de determinada ação coletiva, deverá propor incidente de liquidação e execução da sentença, procedimento no qual deverá demonstrar sua legitimidade (art. 97 do CDC). Além disso, são previstos mecanismos de execução coletiva (art. 98 do CDC) e de *fluid recovery* (art. 100 do CDC). Segundo Arenhart e Osna (2021, não paginado), o sistema brasileiro confere preferência à liquidação e execução individual.

Por outro lado, o interessado na aplicação de ordem expedida em *habeas corpus* coletivo deverá simplesmente peticionar nos autos, algo que Badaró (2020, não paginado) chamou de “identificação e especialização”:

Transportando essa sistemática para o caso de concessão do *habeas corpus* coletivo para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada coletiva terá eficácia erga omnes e todos os indivíduos lesados em sua liberdade de locomoção, que estejam na situação genérica de constrangimento ilegal reconhecida na ordem coletiva, poderão dela se beneficiar. Todavia, se não tiverem postulando tal direito em *habeas corpus* individual, deverão postular o reconhecimento de que se individualizam naquela situação que foi reconhecida como causadora de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Não será necessário propriamente um “processo de liquidação”, sendo mais efetivo, na medida em que o que se busca é cessação do constrangimento, um requerimento ao próprio juiz que decretou a medida privativa de liberdade, comprovando sua condição de lesado e, portanto, beneficiado pela coisa julgada erga omnes do *habeas corpus* coletivo. Haverá, portanto, não um processo de “liquidação”, mas de “identificação e especialização” do lesado.

Tal orientação encontra abrigo na própria jurisprudência do STF. No HC 188.820, foi determinado que a aferição da presença dos requisitos para a concessão das medidas alternativas ao cárcere autorizadas pelo tribunal deveria ser objeto de pedido no juízo de origem (STF. 2ª Turma. HC 188820 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/2/2021 (Info 1006).

Aqui, percebe-se que a aplicabilidade da coisa julgada nos processos individuais funciona fundamentalmente como um precedente obrigatório cuja força cogente deverá ser arguida nos casos, não sendo necessário ou mesmo possível a via da liquidação. Portanto, o funcionamento dos *habeas corpus* coletivos mimetiza significativamente as vias de resolução unificada de divergência sobre fundamento jurídico (IRDR, REsp/RE repetitivos).

Pelo exposto, as limitações inerentes aos *habeas corpus* individuais, quando transpostas ao âmbito coletivo, implicam em um procedimento destinado a tratar do direito individual homogêneo à liberdade de locomoção, sem dilação probatória ou pretensão condenatória. Ademais, a aplicabilidade da coisa julgada coletiva aproxima-se mais dos ritos para fixação de tese jurisdicional em relação ao positivado para as ações civis públicas. Portanto, a utilização do *habeas corpus* coletivo está essencialmente em pacificar divergência jurídica, sendo que a tese sustentada deverá ser necessariamente favorável à liberdade dos pacientes.

Ao contrário do que se possa cogitar em análise preliminar, tais conclusões não implicam em incompatibilidade do *writ* com a tutela coletiva. Em verdade, Didier e Zaneti Jr (2016) sustentam que os métodos de reunião de processos para julgamento e as ações coletivas constituem espécies de processo coletivo. Segundo os autores, ambos os instrumentos buscam tutelar uma “situação jurídica coletiva” cuja técnica mais adequada dependerá das circunstâncias fáticas. Semelhantemente, Arenhart e Osna (2021, não paginado) já incluem os incidentes de resolução de demandas repetitivas nos manuais de processo civil coletivo.

Por conseguinte, sustenta-se que o uso do *habeas corpus* coletivo está essencialmente na fixação de teses jurídicas favoráveis à proteção da liberdade, aproximando-se dos sistemas de fixação de precedentes obrigatórios.

4 Notas conclusivas

Conforme exposto, o trabalho buscou explorar aspectos centrais do *habeas corpus* coletivo a fim de examinar o papel que pode efetivamente prestar no sistema de justiça, especialmente na proteção de direitos humanos e fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Para isso, foi exposta a divergência sobre o cabimento do *habeas corpus* coletivo. Em seguida, foram discutidas as possibilidades concretas do instituto em vista das especificidades do instrumento. Em suma, trata-se de meio adequado (e cabível) para a fixação de teses jurídicas defensivas.

Nesses termos, verifica-se que o *habeas corpus* coletivo pode ser um meio útil para o enfrentamento do encarceramento em massa, bem como para visualizar as vulnerabilidades que compõem os processos sociais de criminalização e os efeitos deletérios da privação de liberdade.

Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de direito processo civil coletivo [livro eletrônico]**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais [livro eletrônico]**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. "Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro." **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 61, 2016, pp. 129-136.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. "Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie". *Revista Direito e Práxis.*, Rio de Janeiro, v. 12, 2021, pp. 2015-2043.

FREITAS, Felipe da Silva; VALENÇA, Manuela Abath. "O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ no Contexto da Pandemia da Covid-19" **Direito Público**, Brasília, v. 17, 2020, pp. 570-595.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** – volume único. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional. Parecer elaborado pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro a pedido da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro no âmbito do RE 855.810 STF, rel. Ministro Dias Toffoli, 21 de agosto de 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O "novo" mandado de segurança coletivo**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2013.

CIVIL LAW E SUAS CRÍTICAS

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
Advogado OAB/PR

O sistema de direito civil law teve início na Europa Ocidental no início do século XIII, tendo em vista que o Brasil foi colonizado por um país europeu, Portugal, daí toda a influência e fundamento que tem em matéria jurídica e, portanto, o sistema brasileiro está sujeito ao direito civil law.

O desenvolvimento deste sistema jurídico despertou o interesse dos estudos de direito romano nas faculdades devido à consciência da necessidade de estudar a ciência do direito para manter e garantir a ordem e a segurança. Entre os séculos XVII e XVIII, a Faculdade de Direito Natural ganhou força na Universidade Nacional de Direito. Tais escolas acreditam que a lei é a ideia universal de justiça. A lei natural é um direito inato à vida. Dessa forma, os estudiosos expressam o desejo de transformar esse direito natural em algo mais concreto e determinado, como o direito estatutário com os princípios e regras que o regem, aumentando assim a importância da sistematização e codificação jurídica. Porém, como é estudado nas universidades do Brasil, o direito em si não é adotado o Positivismo Puro pelo motivo de que se trata de uma matéria/profissão, uma coisa viva, um sistema de engrenagens que volta e meia se modifica para que seja adapta ao tempo em que ela se estabelece. Mas o questionamento que fica acerca do assunto sempre foi o seguinte: Isso realmente acontece? E a conclusão que se chegou é: Acontece, porém o processo é extremamente lento. Se usará para melhor visualização, um exemplo da concessão de assistência judiciária gratuita nos Juizados Especiais Federais Cíveis em época de pandemia da Covid-19.

Segundo a Lei nº 10.259 de julho de 2001, em seu artigo 3º-A: "O acesso ao Juizado Especial Federal Cível independe do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais apenas na hipótese de concessão de assistência judiciária gratuita. § 1º Terá direito à gratuidade prevista no caput a pessoa pertencente a família de baixa renda, assim entendida: II – Aquela com renda familiar mensal de até três salários-mínimos."

É estabelecido pelo ordenamento jurídico, que a renda familiar mensal precisa ser de até três salários-mínimos para que seja concedida a gratuidade. Porém ainda, de acordo com o STJ, a afirmação de pobreza goza de presunção relativa de veracidade, podendo o magistrado, de ofício, indeferir ou revogar o benefício da assistência judiciária gratuita quando houver fundadas razões acerca da condição econômico-financeira da parte. (STJ, AgInt nos EDcl no RMS 59.185/RJ, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.12.2019, DJe 19.12.2019).

Na mesma linha, a Corte Especial do TRF4, antes do Código de Processo Civil de 2015, decidiu nos seguintes termos: “Para a concessão da assistência judiciária gratuita, basta que a parte declare não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, cabendo à parte contrária o ônus de elidir a presunção de veracidade daí surgida – art. 4º da Lei nº 1.060/50. 2. Descabem critérios outros (como isenção do imposto de renda ou renda líquida inferior a 10 salários-mínimos) para infirmar presunção legal de pobreza, em desfavor do cidadão. 3. Uniformizada a jurisprudência com o reconhecimento de que, para fins de assistência judiciária gratuita, inexistem critérios de presunção de pobreza diversos daquele constante do art. 4º da Lei nº 1.060/50. (TRF4, Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 5008804-40.2012.4.04.7100, Corte Especial, relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, relator para acórdão Desembargador Federal Néfi Cordeiro, por maioria, julgado em 22.11.2012).

No entanto, a jurisprudência de primeiro e segundo grau geralmente usam um determinado parâmetro de renda. Embora se mencione que a mera declaração de pobreza é suficiente para a concessão de um benefício, em cada caso são utilizados critérios objetivos, como o valor do salário-mínimo, o limite superior dos benefícios previdenciários e o limite de isenção de renda. O valor de três salários-mínimos ou o valor de 40% do teto do RGPS, conforme art. 790, § 3º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/17, e outros que ficam na inventividade dos julgadores.

Essa variedade de critérios mostra como seria benéfico reivindicar alguma referência objetiva que pudesse servir de ponto de partida para a análise da situação material específica do autor em que o exemplo é usado. Se considerar que a lei estipula o teto de 3 (três) salários-mínimos (Renda Familiar Total) para que se possa ter a concessão da gratuidade, se está falando então em um valor de R\$ 3.300,00 (Três mil e trezentos reais) junto a isso uma inflação (IPCA) anual no valor de 10,25% (2021). Nisso, se deduzir o valor de R\$ 3.300,00 (Três mil e trezentos reais), a concessão do benefício da Justiça Gratuita em uns 2 (dois) ou 3 (três) anos atrás (antes da pandemia), era concedido em pelo menos 30% a mais do valor mínimo de hoje, pois com certeza esses R\$ 3.300,00 (Três mil e trezentos reais) são valores bem menores do que antes da pandemia, quando o poder de compra diminuiu a valores históricos em 2021.

Após fazer uma breve analogia de como o judiciário nem sempre julga, segundo a essência do sistema civil law, onde os tribunais seriam voluntariosos e úteis às pessoas, inclusive a concessão de justiça gratuita, alguns juízes julgam pelo contrário, desde que conheçam a situação em que as pessoas viveram e vivem nos anos de 2020, 2021 e 2022.

Não há um critério que seja efetivamente adotado, se o juiz usa o texto da lei, ou se o juiz toma a iniciativa e aplica seus próprios critérios, quando o judiciário mede a renda mensal de um Reclamante ou Réu superior a R\$3.000,00 este é considerado alto

valor sem levar em conta o aumento de água, luz, alimentos, combustível e entre outros meios de subsistência.

Assim, seguindo o exemplo acima, logo após a Revolução Francesa, a lei era vista como a única manifestação da vontade do povo, e assim ficou certo de que a codificação e documentação de tais leis traria maior segurança a todos, o que levou à fragmentação de vários direitos nacionais garantidos em formas de código. Se historicamente o Civil Law deveria ser adotado a países que determinam a vontade de seu povo como o interesse maior, qual o motivo do Brasil demorar tanto para que essas vontades comecem a aparecer? E mais, qual o motivo de não se usar o bom senso em certos assuntos? Ora, se é evidente que o sujeito fraudou o Capital Social, contraiu dívidas para sociedade empresária e não vai ser responsabilizado apenas pelo motivo que o regime em que a sociedade se encontra é Limitada (LTDA), não me parece beneficiar nem um pouco o povo e muito menos traz uma segurança.

Ora, o poder legislativo que desde 1891 é exercido pelo Congresso Nacional composto pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no judiciário acaba sendo um pouco apagado, pois tanto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Judiciário começaram a reinterpretar várias leis e assuntos através de súmulas e teses, fazendo o papel do legislador.

Nisso, todos os julgamentos levados a Repercussão Geral ou Recursos Repetitivos, são apenas para aquele caso exclusivo, não abrangendo outras partes de outros processos no mesmo trâmite regular. Então é questionado novamente o seguinte: Se o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o Civil Law, por qual motivo as decisões não são para todos, ou melhor, por que grande parte das decisões não são benéficas para a maioria do povo? Embora a codificação da lei proporcionasse aos cidadãos maior segurança jurídica na tomada de decisões, os juízes na época da criação do sistema civil law eram percebidos simplesmente como a "boca da lei", criada pelo órgão responsável por sua criação, ou seja, o legislador, de tal forma que o magistrado é responsável apenas pela aplicação mecânica da disposição a um caso concreto, sem prévia interpretação. Essa situação mudou ao longo do tempo.

TECNOLOGIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

LUCAS VOLKER PEREIRA: Bacharel em Direito, Advogado¹⁷⁸.

RESUMO: Este artigo examina a interseção entre tecnologia e direitos fundamentais no contexto do Constitucionalismo Digital. Aborda como as inovações tecnológicas impactam os direitos individuais e coletivos, com foco especial em áreas como privacidade, liberdade de expressão e participação política. Exploramos como a rápida evolução das tecnologias digitais desafia os sistemas jurídicos existentes e exige uma adaptação constante das leis e regulamentos para proteger os cidadãos na era digital. Além disso, este artigo destaca a necessidade de uma abordagem equilibrada, garantindo a proteção dos direitos dos indivíduos sem sufocar a inovação tecnológica. O "Novo Constitucionalismo Digital" emerge como um conceito central, buscando encontrar um equilíbrio entre a regulação necessária e a preservação dos direitos fundamentais em um mundo cada vez mais digitalizado.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Tecnologia, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article examines the intersection of technology and fundamental rights in the context of Digital Constitutionalism. It addresses how technological innovations impact individual and collective rights, with a special focus on areas such as privacy, freedom of expression, and political participation. We explore how the rapid evolution of digital technologies challenges existing legal systems and demands constant adaptation of laws and regulations to protect citizens in the digital age. Furthermore, this article highlights the need for a balanced approach, ensuring the protection of individual rights without stifling technological innovation. "New Digital Constitutionalism" emerges as a central concept, seeking to find a balance between necessary regulation and the preservation of fundamental rights in an increasingly digitized world.

Keywords: Constitutionalism, Technology, Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

A constituição, como alicerce central do Direito, é fruto inequívoco da inteligência humana, uma expressão cultural e histórica que não se revela por dádiva da natureza, mas sim como um legado da criatividade humana. Sua criação não é um ato isolado, mas parte de um contexto mais amplo que engloba um movimento histórico, cultural, jurídico e político conhecido como Constitucionalismo.

178 E-mail: lucasvolker@hotmail.com

A palavra "constitucionalismo," assim como "constituição," é multifacetada, admitindo interpretações diversas que variam conforme a abordagem doutrinária adotada. Em essência, o constitucionalismo representa um complexo movimento histórico-cultural que transcende fronteiras jurídicas, políticas, filosóficas e sociais. Sua missão principal? Limitar o exercício do poder e garantir direitos fundamentais. Esse movimento catalisou a disseminação de constituições, particularmente as constituições formais, frequentemente codificadas por escrito. Para Canotilho (2003, p.51):

"... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo".

Enquanto exploramos a vasta tapeçaria da história constitucional, torna-se evidente que a evolução não se limitou à mera formalização de leis fundamentais. Representou a transformação das constituições, não apenas como documentos que refletiam a estrutura preexistente dos Estados, mas como pilares que moldariam a organização moderna de sociedades e sistemas legais.

Neste contexto, emergiu o desafio e a oportunidade do Constitucionalismo Digital. Esta extensão natural da jornada constitucional agora enfrenta as singularidades trazidas pela era digital. À medida que os limites entre o ciberespaço e o mundo físico se tornam permeáveis, o Constitucionalismo Digital se delineia como um campo de estudo de importância vital. Nele, investigaremos como as tecnologias digitais remodelam e redefinem conceitos essenciais, como privacidade, liberdade de expressão, participação política e governança.

Este artigo se propõe a uma análise desse novo paradigma - o Constitucionalismo Digital. Examinaremos como essa evolução contemporânea não apenas desafia nossas premissas tradicionais sobre constituições, mas também oferece oportunidades para fortalecer e proteger direitos fundamentais em um cenário digital em constante mutação. Esta jornada nos levará a uma compreensão mais completa das complexidades e sutilezas do Constitucionalismo Digital e seu papel crucial na preservação dos valores democráticos em nossa era digital.

2 A CROWDSOURCED CONSTITUTION: EMPODERAMENTO E PARTICIPAÇÃO DIRETA DO POVO

Inicialmente, porém, há pontos positivos. Em um cenário em que a internet e as tecnologias digitais têm moldado profundamente a sociedade, surge uma abordagem inovadora conhecida como "*crowdsourced constitution*" ou Constituição colaborativa. Essa concepção representa uma mudança notável na forma como o poder constituinte é exercido, sendo fortemente impulsionada pelos avanços tecnológicos e pela disseminação do acesso à internet.

Historicamente, as Constituições eram predominantemente elaboradas por comissões ou representantes designados para atuar em nome do povo. No entanto, com a ascensão da internet e a democratização do acesso à informação, surgiu a oportunidade de envolver diretamente os cidadãos na elaboração das leis fundamentais.

Um exemplo marcante dessa abordagem ocorreu na Islândia durante os primeiros anos do século XXI, quando o país empreendeu esforços para criar uma nova Constituição. Nesse processo, a população participou ativamente por meio das redes sociais, como Twitter, Facebook e Youtube, apresentando milhares de sugestões e contribuições. Essa colaboração coletiva culminou na formação de um esboço constitucional que foi submetido ao Parlamento.

Essa experiência islandesa destaca a possibilidade concreta de envolver diretamente o titular do poder constituinte - o povo - no processo de elaboração da Constituição. Embora não elimine completamente a necessidade de representação política, a *crowdsourced constitution* permite uma participação mais direta e inclusiva, reduzindo em parte a necessidade de um agente intermediário no processo constituinte.

O termo "*crowdsourced constitution*" indica uma Constituição que encontra suas raízes diretamente na população, representando um exercício direto do poder constituinte pela sociedade como um todo. Além disso, essa expressão pode ser interpretada como uma alusão à palavra "*outsourced*" (terceirizado), sugerindo que a elaboração da Constituição foi descentralizada para o próprio titular do poder constituinte - o povo.

Dessa forma, a *crowdsourced constitution* não apenas realça o potencial da tecnologia e da internet em empoderar os cidadãos, mas também enfatiza que a democracia e a Constituição são mais eficazes quando refletem verdadeiramente a vontade e os valores da sociedade que servem. É um exemplo inspirador do impacto transformador das tecnologias digitais ao permitir que os cidadãos participem ativamente da construção das bases legais que regem suas vidas.

3 O CONCEITO DO "NOVO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL"

A internet se tornou um espaço vital para a liberdade de expressão, permitindo que indivíduos compartilhem ideias e informações em escala global. Uma das preocupações

mais prementes na era digital é o aumento da vigilância em massa. Governos e empresas têm a capacidade de coletar e analisar uma quantidade massiva de informações sobre os cidadãos, muitas vezes sem o seu consentimento.

Isso levanta questões sobre a privacidade pessoal e a possível violação dos direitos individuais à liberdade e à intimidade. No entanto, isso também trouxe desafios, como a disseminação de discurso de ódio e desinformação. A partir disso, o monitoramento constante nas plataformas online, a exemplo das redes sociais, pode minar a sensação de liberdade na expressão de opiniões e crenças.

O "Novo Constitucionalismo Digital" é um conceito intrincado que emerge como resposta aos desafios e oportunidades apresentados pela interseção entre tecnologia e direitos fundamentais na era digital. Esse paradigma representa uma evolução do constitucionalismo tradicional para se adequar ao ambiente digital em constante mutação. Tal instituto é passível de ser conceituado da seguinte maneira:

"A expressão 'Constitucionalismo Digital' foi utilizada nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de 'Constitucionalismo Digital' e a noção de "declarações de direitos fundamentais na internet (Internet Bill of Rights)'

Para os fins do presente estudo, entende-se que o Constitucionalismo Digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço. (...) Desse modo, mais do que uma sistematização de um fenômeno sócio-político orientados pelas mais diversas iniciativas de enunciação e consagração de direitos fundamentais no ciberespaço, o constitucionalismo digital precede tais iniciativas e é capaz de fornecer diretrizes normativas suficientes para guiar a sua aplicação. (MENDES & FERNANDES, 2020)

Por esse motivo, o Constitucionalismo Digital enfrenta o dilema de proteger a liberdade de expressão enquanto combate os abusos online, buscando encontrar um equilíbrio entre esses objetivos. O Brasil, em consonância com a tendência internacional, reconhece a importância de defesa dos direitos fundamentais com os avanços tecnológicos.

Uma característica central do Novo Constitucionalismo Digital é o reconhecimento de que os direitos fundamentais não devem ser comprometidos ou relegados em face do avanço tecnológico. Em vez disso, a tecnologia deve ser considerada como um meio para aprimorar a proteção desses direitos. Isso implica que as constituições modernas devem incorporar salvaguardas específicas para o ciberespaço, reconhecendo a importância da privacidade digital, da liberdade de expressão online e da segurança cibernética.

Além disso, o Novo Constitucionalismo Digital promove a participação ativa dos cidadãos na elaboração e revisão das leis que governam o ambiente digital. Isso pode ser facilitado por meio de mecanismos de consulta pública online e pela incorporação de princípios de transparência e *accountability* nas políticas governamentais relacionadas à tecnologia.

Outro aspecto fundamental desse conceito é a noção de equilíbrio entre a regulamentação e a inovação tecnológica. Embora seja essencial proteger os direitos fundamentais, o Novo Constitucionalismo Digital reconhece que a inovação tecnológica é um motor crucial para o progresso da sociedade. Portanto, busca encontrar soluções que permitam a inovação enquanto se mantém a integridade dos direitos individuais e coletivos.

A busca pelo equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da inovação tecnológica é uma tarefa complexa e crucial no contexto do Constitucionalismo Digital. Este desafio deriva da necessidade de estabelecer limites claros à atuação do Estado e das empresas no ambiente digital, ao mesmo tempo em que se permite a livre criatividade e o avanço tecnológico.

Para alcançar esse equilíbrio, é necessário adotar abordagens flexíveis e adaptáveis, que levem em consideração as características específicas de cada tecnologia e as dinâmicas sociais que as envolvem. Uma das estratégias-chave é a elaboração de regulamentos que sejam tecnologicamente neutros, ou seja, que não restrinjam a inovação de maneira desproporcional.

Outra medida importante é a promoção de padrões éticos e responsáveis no desenvolvimento e uso da tecnologia. Isso inclui a consideração de questões como a privacidade por design, a transparência algorítmica e a equidade na inteligência artificial.

Ao estabelecer diretrizes claras para a indústria tecnológica, é possível orientar a inovação em direção a soluções que respeitem os direitos fundamentais.

Além disso, a colaboração entre governos, sociedade civil, empresas e especialistas desempenha um papel fundamental na busca desse equilíbrio. Através do diálogo e da cooperação, é possível desenvolver políticas e regulamentos que protejam os direitos dos cidadãos sem sufocar a inovação.

A partir da entrada em vigor da LGPD (Lei 13.709/2018) trouxe novos desafios e complexidades. A legislação, inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, estabeleceu padrões rigorosos para o tratamento de dados pessoais, o que afeta diretamente o uso da tecnologia no contexto jurídico. A conformidade com a LGPD demanda considerações específicas sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da justiça digital, introduzindo obstáculos significativos na implementação dessa transformação.

A implementação do acesso à justiça na era digital, sobretudo após a vigência da LGPD, enfrenta desafios consideráveis no Brasil. Primeiramente, a proteção adequada de dados pessoais tornou-se uma prioridade, exigindo investimentos substanciais em segurança cibernética e conformidade regulatória. A disseminação desigual da tecnologia no país também representa um desafio, já que muitos cidadãos ainda enfrentam dificuldades no acesso à internet e a dispositivos digitais.

O direito fundamental à proteção de dados, embora inicialmente não estivesse expressamente mencionado na Constituição Federal de 1988, a doutrina sustentava ser uma derivação dos princípios e garantias constitucionais estabelecidos na Carta Magna brasileira. Esse direito ganhou destaque e respaldo jurídico por meio da LGPD.

A promulgação da LGPD representa um reconhecimento explícito da importância da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, alinhando-se com os princípios constitucionais de privacidade e dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, por sua vez, consagra diversos princípios e direitos fundamentais que estão interconectados com o direito à proteção de dados. Destacam-se:

Dignidade da Pessoa Humana (Artigo 1º, III): A proteção de dados está intrinsecamente relacionada à preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o tratamento inadequado de informações pessoais pode impactar a privacidade e a liberdade do indivíduo.

Intimidade e Vida Privada (Artigo 5º, X): A Constituição garante o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra, sendo que a proteção de dados

está diretamente ligada à preservação desses direitos, impedindo a exposição não autorizada de informações pessoais.

Sigilo de Correspondência e Comunicações (Artigo 5º, XII): O sigilo das comunicações é assegurado pela Constituição, e isso inclui a proteção das comunicações digitais e dos dados trocados por meios eletrônicos.

Acesso à Informação (Artigo 5º, XXXIII): A proteção de dados também está relacionada ao direito de acesso à informação, garantindo que os cidadãos tenham controle sobre suas informações pessoais e saibam como elas são utilizadas.

No entanto, a partir da promulgação da Emenda Constitucional 115/2022, que acrescentou o art. 5º, LXXIX, o direito fundamental à proteção de dados passou a estar explicitamente mencionado na Constituição. Dessa forma, veio consolidar esse direito, estabelecendo as bases constitucionais para o tratamento adequado e responsável de dados pessoais no país, garantindo assim a preservação dos valores constitucionais relacionados à privacidade, liberdade e dignidade da pessoa humana

Em resumo, o Novo Constitucionalismo Digital busca estabelecer um paradigma que permita a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital, ao mesmo tempo em que fomenta a inovação tecnológica. Este desafio exige uma abordagem multidisciplinar e colaborativa, com o objetivo de criar um ambiente digital que seja seguro, justo e compatível com os valores democráticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo Digital representa uma jornada em direção ao futuro, onde os alicerces da democracia e dos direitos fundamentais encontram-se com as vastas fronteiras do ciberespaço. Neste cenário de constante transformação, exploramos as complexidades, os desafios e as oportunidades que surgem da interseção entre a tecnologia e os princípios constitucionais.

À medida que testemunhamos a expansão da internet, a proliferação da inteligência artificial e a ubiquidade das redes sociais, compreendemos que a evolução do Constitucionalismo Digital não é uma mera escolha, mas uma necessidade premente. Ele exige uma redefinição dos fundamentos legais que sustentam nossas vidas no mundo digital.

O "Novo Constitucionalismo Digital" nos ensina que os direitos fundamentais não devem ser subjugados pelo avanço tecnológico, mas sim protegidos e fortalecidos por ele. Devemos defender a privacidade em um mundo de dados, promover a liberdade de expressão em um cenário digital diversificado e garantir que a inovação tecnológica respeite a ética e os valores democráticos.

A experiência da "*crowdsourced constitution*" na Islândia nos mostra que a participação direta dos cidadãos na construção da Constituição é possível, revitalizando a democracia e fortalecendo o laço entre o governo e o povo. Isso, por sua vez, nos lembra que a tecnologia não apenas cria desafios, mas também oferece soluções que empoderam as massas.

Enquanto buscamos esse equilíbrio delicado entre a proteção dos direitos e a inovação tecnológica, estamos embarcando em uma jornada conjunta. Governos, sociedade civil, empresas e especialistas têm um papel vital a desempenhar na construção de um futuro digital que seja inclusivo, ético e seguro.

Em resumo, o Constitucionalismo Digital é um chamado à ação. É a convicção de que a tecnologia e a democracia podem coexistir e prosperar juntas, moldando um mundo onde os direitos fundamentais são respeitados tanto offline quanto online. É uma busca apaixonada para garantir que a revolução tecnológica seja verdadeiramente humana, onde os valores que nos definem como sociedade sejam protegidos e preservados. Este é o desafio e a promessa do Constitucionalismo Digital, uma jornada que moldará o nosso futuro e a herança que deixaremos para as gerações vindouras.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LENZA, Pedro. Direito constitucional. (Coleção esquematizado®). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624900. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624900/>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 set. 2023.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Aceso em: 25 set. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Autoridades nacionais podem requisitar dados diretamente a provedores no exterior, na forma do art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e2e2fd34c1cfefdf431177db8e49fdd2>>. Acesso em: 25/09/2023.