BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 924

(Ano XI)

(21/09/2019)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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.*

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Criminalização das "fake news": a maior "fake new" do momento

20/09/2019 | Eduardo Luiz Santos Cabette.....05

ARTIGOS

Análise da constitucionalidade da nova modalidade de Improbidade Administrativa (Art. 10-A da Lei 8.429/92)

20/09/2019 | Thomas Bryann Freitas do Nascimento.....12

A proteção dos direitos do nascituro na legislação civil brasileira

20/09/2019 | Luane Portela Rocha.....29

Isenção do imposto de renda para portadores de doenças graves

20/09/2019 | Lara Bezerra Vasconcelos.....65

A inconstitucionalidade das Súmulas de efeito vinculantes à luz do Direito Constitucional

20/09/2019 | Andre Lucas Dos Santos Gomes.....80

O princípio da insignificância no crime de apropriação indébita previdenciária

20/09/2019 | Paulo Janner Hamann.....105

Marketing eleitoral: o facebook como instrumento de difusão e captação eleitoral

20/09/2019 | Humberto Augusto Vasconcelos Dos Santos.....121

A exigência da constatação do dolo genérico como elemento subjetivo do injusto dos atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da Administração Pública (artigo 11, da lei nº 8429/92).

19/09/2019 | Thiago Rabêlo Viana da Costa.....149

As consequências da inobservância da cadeia de custódia de provas periciais de amostras biológicas

19/09/2019 | Karine Matsui De Oliveira.....159

O porte e a posse de arma de fogo: as implicações na redução da criminalidade

19/09/2019 | Amanda Araújo Carril.....185

O STF, o modismo da má consciência jurídica e a tirania da vontade

18/09/2019 | Luiz Fernando Cabeda.....204

Direito fundamental à investigação genética e a paternidade socioafetiva

18/09/2019 | Raíssa de Oliveira Murta 227

Estabelecimento Empresarial e questões acerca de sua alienação

18/09/2019 | Marcus Vinicius Balbino de Oliveira 241

Utilização de provas ilícitas pela defesa e o caso Lula

18/09/2019 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior.....249

A origem do preconceito de gênero sob a perspectiva de Bobbio

17/09/2019 | Jéssica Campos Savi.....254

Súmula 381 do STJ: é possível que exista súmula "contra legem" no ordenamento jurídico brasileiro?

17/09/2019 | Alexandre Pereira Sales.....262

Os limites objetivos da coisa julgada e a questão prejudicial incidental no âmbito do Código de Processo Civil de 2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

17/09/2019 | Thiago Rabêlo Viana da Costa.....273

Política urbana e direito à cidade: acepções, concepções e inter-relação

17/09/2019 | Felipe Teixeira Dias.....285

O contexto da criação do garantismo penal como teoria limitadora do poder punitivo do Estado sob a ótica do princípio da lesividade

16/09/2019 | Alessandra Alvares Bueno da Rosa.....298

A atribuição de responsabilidade tributária na execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica

16/09/2019 | Thiago Rabêlo Viana da Costa.....305

A competência do tribunal do júri para o julgamento do latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP): o equívoco da Súmula 603 do STF

16/09/2019 | Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello 319

Aspectos jurídicos da adoção à brasileira e seus reflexos em face de aspectos sociais e jurídicos ao adotante

16/09/2019 | Raimundo Nonato Valadares Damasceno.....325

Direito à saúde na perspectiva do postulado da ponderação: estudo de caso Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS

16/09/2019 | Jéssica Campos Savi.....347

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CRIMINALIZAÇÃO DAS "FAKE NEWS": A MAIOR "FAKE NEW" DO MOMENTO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A Lei 13.834/19 criou um novo tipo penal no Código Eleitoral, prevendo a chamada "Denunciação Caluniosa Eleitoral", consistente, resumidamente, na conduta de imputar, com ciência absoluta da falsidade, a prática de infração penal ou ato infracional a alguém, ensejando a instauração de alguma investigação ou processo contra a vítima, tudo isso com fins eleitorais (vide artigo 326 - A da Lei 4737/65 – Código Eleitoral). [1]

Havia, originalmente, um § 3º. no artigo 326 – A, que foi vetado pelo Executivo. Assim versava:

> "§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído."

As razões do veto foram explicitadas nos seguintes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "A propositura legislativa ao acrescer o art. 326-A, ***caput***, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denunciação caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada."

Esse veto, entretanto, foi derrubado pelo Congresso Nacional, de modo que a propalação ou divulgação da "Denunciação Caluniosa Eleitoral" segue incriminada com as mesmas penas do crime em destaque. [2]

Ocorre que com esse acontecimento, passou-se a veicular em vários canais, inclusive (pasmem) jurídicos, que teria havido a "criminalização das fake news".

Derosa deixa claro que o conceito de "Fake News" é algo muito amplo, podendo ser resumido na noção de "notícias falsificadas", as quais sempre existiram, antes confinadas na chamada "grande mídia" e agora com sua expansão para as redes sociais. [3]

O que foi vetado pelo Executivo não foi a criminalização das "Fake News" e sim a aplicação da mesma pena da "Denunciação Caluniosa Eleitoral", não ao autor da "denunciação", mas a todo aquele que a propale ou divulgue, sabendo da falsidade. Com razão o Executivo apontou para a violação da proporcionalidade, vez que a pena para a mesma propalação e divulgação no crime de Calúnia Eleitoral

(artigo 324, § 1º. do Código Eleitoral) é muito menor. O motivo da distinção de tratamento entre os crimes de Calúnia e de Denunciação Caluniosa é que o primeiro atinge tão somente a honra do ofendido e, no caso da eleitoral, o interesse na integridade do pleito. Já na Denunciação Caluniosa, há um bem jurídico adicional, que é o interesse da correta administração da justiça e ainda o risco corrido pelo denunciado caluniosamente de sofrer uma condenação e até prisão injusta. Não há como comparar os níveis de gravidade da Denunciação Caluniosa e da mera Calúnia. Nenhuma conduta dessa espécie é admissível ou justificável, mas o grau de gravidade é clara e evidentemente diverso. Com um tratamento igual no que tange à pena cominada, há violação patente da proporcionalidade, pelo fato óbvio de que o propalador ou divulgador não dá causa à instauração de processo ou investigação contra o ofendido e, portanto, não coloca em risco sua liberdade e muito menos movimenta indevidamente a administração da justiça. Tanto é fato que no Código Penal, há a figura da propalação ou divulgação da calúnia com a mesma pena do crime contra a honra enfocado (artigo 138, § 1º., CP), mas não há a correspondente previsão no crime de denunciação caluniosa (artigo 339, CP). [4]

Feita essa breve digressão a respeito da proporcionalidade, pode-se retomar o tema deste trabalho, que consiste em esclarecer o fato de que as chamadas "Fake News" não foram "criminalizadas" com a derrubada do veto do Executivo pelo Congresso Nacional.

Para criminalizar realmente as "Fake News" seria necessária uma norma que *incriminasse a veiculação de quaisquer espécies de notícias falsas*, ainda que no âmbito estritamente eleitoral. Pois não foi isso que aconteceu. O § 3º., agora em vigor apenas incrimina a conduta daquele que, tendo ciência de que outrem cometeu uma denunciação caluniosa, passa a propalar ou divulgar a mesma imputação de que conhece a improcedência. Ora, então não é possível ao autor dessa conduta atuar, por exemplo, autonomamente. Ele precisa, primeiro, que outro tenha perpetrado uma denunciação caluniosa. Depois, sabendo disso e da falsidade da imputação, passa a divulgá-la mesmo assim com intuito eleitoral. Isso é, no máximo, uma espécie muito particular e *vinculada* de "fake new". A conduta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é *vinculada*, pois não pode existir de forma independente do ilícito principal que é descrito no "caput" do artigo 326 – A do Código Eleitoral.

Portanto, quando alguém, seja por meio da "grande mídia", seja em redes sociais ou por qualquer outra forma divulgar notícias simplesmente falsas e/ou ofensivas contra outrem, com ou sem intuito eleitoral, não incidirá jamais no artigo 326 – A, § 3º., do Código Eleitoral, o qual se reduz a uma situação muito específica e, como já se disse *vinculada ou condicionada*. É claro que não se pode, impunemente, ofender pessoas e muito menos divulgar inverdades sobre elas em mídias de grande porte, redes sociais ou de qualquer forma imaginável, ainda que sob o suposto manto da liberdade de expressão. Mas, para isso existem os crimes de Calúnia, Difamação e Injúria, previstos tanto no Código Penal, quanto no Código Eleitoral. Na área cível, há o Direito de Resposta (Lei 13.188/15 c/c artigo 5º., V, CF) e a indenização por dano material e/ou moral (artigo 186 c/c 927, do Código Civil).

É absolutamente incorreta e contraproducente a notícia, inclusive por parte de juristas, de que com a derrubada do veto ao § 3º., do artigo 326 – A, do Código Eleitoral, criado pela Lei 13.834/19, passou-se a "criminalizar" as "Fake News" no Brasil, ao menos para fins eleitorais. [5] É incorreta porque o dispositivo, no máximo, criminaliza uma espécie de conduta entre as inúmeras que poderiam ser classificadas pela expressão não técnica e ampla "Fake News". E se meia verdade é uma mentira inteira, imagine-se uma parcela ínfima de verdade mergulhada num mar de falsidade. É contraproducente, porque faz parecer que até então a divulgação de notícias falsas ou mesmo de ofensas a pessoas, com ou sem fins eleitorais, pela grande mídia ou não, eram condutas permitidas no Brasil, sem coibição criminal, talvez somente civil e constitucional. Pode fazer crer até mesmo que isso continua assim, desde que não envolva questão eleitoral, o que, novamente, não é verdadeiro, é uma "fake new".

Em suma, somente há responsabilização criminal na propalação ou divulgação de denunciação caluniosa, com fins eleitorais e ciente o autor da falsidade da imputação. Nem mesmo a propalação ou divulgação de denunciação caluniosa prevista no Código Penal tem previsão legal. Como já se viu, o caso deverá ser

solvido na área civil e com o uso dos tipos penais contra a honra, a não ser, num único caso, muito específico, agora previsto no Código Eleitoral. Além disso, no caso da propalação ou divulgação da Denunciação Caluniosa Eleitoral, haverá que comprovar o dolo específico do agente, tanto no sentido de ter uma finalidade eleitoral, como naquele de ter absoluta certeza de que a imputação feita é falsa (dolo direto). Não configurarão nem esse tipo penal e nem mesmo outros que podem ser aventados, como os crimes contra a honra, se a atuação se dá com "animus jocandi" (em tom humorístico ou de brincadeira visível) ou mesmo com o "animus informandi" ou "narrandi" (ou seja, de tão somente noticiar um fato ocorrido), como quando um jornal ou qualquer pessoa apenas informa que alguém está respondendo a um processo criminal, por exemplo, e essa pessoa realmente está, independentemente de ser, ao final, absolvida ou condenada, ter sido ou não vítima de uma denunciação caluniosa.

A verdade é que já há instrumentos suficientes em nosso ordenamento jurídico para coibir o abuso da liberdade de expressão, e o uso indevido de um conceito aberto como "Fake News", normalmente dependente de interpretações as mais variáveis, é bastante deletério à configuração de um Estado Democrático de Direito e de um Direito Penal que obedeça a princípios mínimos limitadores de uma tendência autoritária. Já vivenciamos hoje, por meio de coações indevidas das próprias redes sociais, graves danos à real liberdade de expressão, com bloqueios e censuras totalmente arbitrárias, sem sequer uma justificação ao usuário, exatamente porque esse conceito de "Fake News", bem como outras expressões como "discurso de ódio", são extremamente fluidas e subjetivas, sujeitas a uma enorme confusão entre o que sejam expressões de juízos de valor e de juízos de fato, entre, mais simplesmente, o que é uma opinião a respeito de algo ou uma afirmação categórica de um fato sobre a mesma questão, dentre outros tantos obstáculos. Nesse quadro, a ingerência estatal, com criação eventual de tipos penais é de extremo perigo para a saúde da democracia.

Ainda bem que a notícia da chamada "criminalização" das "Fake News", é uma das maiores "Fake New" que já se espalhou.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes Contra a Honra*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Denunciação Caluniosa Eleitoral: Lei 13.834/19. Disponível em https://jus.com.br/artigos/75097/denunciacao-caluniosa-eleitoral-lei-13-834-19 , acesso em 08.09.2019.

CONGRESSO derruba veto sobre fake news eleitoral e mantém outros três. Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/28/congresso-mantem-dois-vetos-presidenciais , acesso em 08.09.2019.

DEROSA, Cristian. *A Transformação Social – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda*. 2ª. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

DEROSA, Cristian. *Fake News – quando os jornais fingem fazer jornalismo*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Fake News agora dá cadeia no Brail – TV LFG. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s, aceso em 08.09.2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro. Criminalização das "Fake News": ainda não foi dessa vez – Reflexões Extraclasse. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=76DE_OSNr2o&t=12s, acesso em 08.09.2019.

NOTAS:

[1] Para maior aprofundamento no estudo do tipo penal mencionado, remete-se o leitor a trabalho específico já publicado: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Denunciação Caluniosa Eleitoral: Lei 13.834/19. Disponível

em https://jus.com.br/artigos/75097/denunciacao-caluniosa-eleitoral-lei-13-834-19 , acesso em 08.09.2019.

[2] CONGRESSO derruba veto sobre fake news eleitoral e mantém outros três. Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/28/congresso-mantem-dois-vetos-presidenciais , acesso em 08.09.2019.

[3] DEROSA, Cristian. *Fake News – quando os jornais fingem fazer jornalismo*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019, "passim". Ver ainda, do mesmo autor: IDEM. *A Transformação Social – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda*. 2ª. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, "passim".

[4] Por todos: Cf. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes Contra a Honra*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63 – 64. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2520 – 2536.

[5] Com essa mensagem equivocada manifesta-se Luiz Flávio Gomes em vídeo: GOMES, Luiz Flávio. Fake News agora dá cadeia no Brail – TV LFG. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s, aceso em 08.09.2019. Em polo oposto, esclarecendo com maestria a questão, recomenda-se o vídeo de Claudio Henrique Ribeiro da Silva: SILVA, Claudio Henrique Ribeiro. Criminalização das "Fake News": ainda não foi dessa vez – Reflexões Extraclasse. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=76DE_OSNr2o&t=12s, acesso em 08.09.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA MODALIDADE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 10-A DA LEI 8.429/92).

THOMAS BRYANN FREITAS DO NASCIMENTO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará; pós-graduado em Direito Público; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: O presente artigo apresenta os resultados obtidos a partir da investigação da constitucionalidade do novo art. 10-A da Lei nº 8.429/92, recentemente introduzido pela Lei Complementar nº 157/2016, passando a prever nova hipótese de improbidade administrativa, decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS. A partir da metodologia de pesquisa bibliográfica e legislativa, concluiu-se pela compatibilidade entre a novidade legislativa e o arcabouço constitucional de tutela da probidade no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Lei complementar nº 157/2016. ISS. Isenção. Constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper presents the results obtained from the study of the constitutionality of the new art. 10-A of Law 8.429/92, recently introduced by the Complementary Law 157/2016, that predicsts new kind of administrative improbity that results from allowance ou aplicantion of financial or tax benefit related to ISS tax. Having used the methodology of bibliographical and legislative research, it was observed the compatibility between the legislative novelty and the constitutional framework on the legal protection of probity of Public Administration.

Keywords: Administrative Improbity; Complementary Law 157/2016; ISS; Constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise do ato de improbidade administrativa previsto no novo art. 10-A da Lei 8.429/92. 2.1. Da contextualização político-legislativa. 2.2. Do ato de improbidade administrativa decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo a ISS (art. 10-A). 3. Análise da

constitucionalidade do art. 10-A. 4. Considerações finais. 5. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro vive, atualmente, um momento de desmoralização das instituições políticas, caracterizado por escândalos frequentes de corrupção envolvendo os mais diversos segmentos da Administração Pública. A operação Lava-Jato figura como grande elemento icônico deste contexto, que tem levado as discussões acerca da corrupção para os ambientes acadêmicos, institucionais, midiáticos e à própria opinião pública.

Parte da doutrina utiliza a expressão "microssistema brasileiro de combate à corrupção" (OLIVEIRA, 2017) para identificar as diversas normas que buscam prevenir e reprimir tais práticas, a exemplo da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). As alterações recentes à tal legislação, com a introdução de uma nova espécie de ato de improbidade administrativa (art. 10-A) parece ser uma entre as várias reações à proliferação da corrupção, neste caso, a nível municipal. Entretanto, as especificidades desta novidade legislativa provocaram questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Desta forma, considera-se relevante concentrar esta pesquisa no âmbito da improbidade administrativa, e, especialmente, nas novidades introduzidas pela Lei Complementar nº 157/2016 à Lei nº 8.429/92, considerando que eventual inconstitucionalidade pode representar ameaças a este importante instrumento jurídico de combate à corrupção.

O objetivo central deste trabalho consiste, portanto, em analisar se a nova modalidade de improbidade administrativa introduzida pela Lei Complementar nº 157/2016 está em conformidade ao ordenamento constitucional vigente.

Para tanto, deve-se, antes, identificar os contornos específicos do ato de improbidade introduzido pelo novo art. 10-A, seu conteúdo e elementos. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seguida, delimitar-se-á o que é ato de improbidade administrativa, conforme a Constituição Federal, quais os sujeitos ativo e passivo e qual o conteúdo da ação ou omissão que a Constituição admite para tais atos de improbidade, bem como quais os bens jurídicos que são tutelados por esta previsão. Há que se verificar, ainda, se a ordem constitucional definiu algum limite instransponível pela lei responsável pela regulamentação da improbidade.

Feito este recorte, cabe a comparação entre o modelo jurídico-constitucional de ato de improbidade e a nova previsão do art. 10-A da Lei nº 8.429/92, a fim de, por fim, verificar sua compatibilidade à Constituição Federal.

A metodologia empreendida baseou-se, inicialmente, na análise de textos legislativos (Constituição Federal, Lei 8.429/92, LC 157/2016).

Foi, também, realizada análise de produção bibliográfica em direito administrativo e tutela de interesses difusos, especialmente sobre improbidade administrativa.

Por fim, houve pesquisa e análise de artigos e postagens em internet, revistas, e outras publicações do meio jurídico, contendo comentários, reações e estudos acerca da recente alteração legislativa.

2. Análise do ato de improbidade administrativa previsto no novo art. 10-A da Lei 8.429/92

2.1. Da contextualização político-legislativa

A Lei Complementar nº 157/2016 introduziu o art. 10-A à Lei nº 8.429/92, inserindo uma nova espécie de ato de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

> Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Antes de analisar a constitucionalidade desta nova espécie de improbidade, faz-se necessário definir o contexto legislativo e político em que se deu tal alteração, bem como os contornos do ato previsto pelo dispositivo recentemente editado.

A Lei Complementar nº 157/2016, editada em 29/12/2016, promoveu alterações na disposição legislativa federal relativa ao imposto sobre serviços de qualquer natureza, o ISS, introduzindo diversos dispositivos à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Muito embora se trate de imposto de competência legislativa municipal, a Constituição determina que a definição dos serviços sobre os quais incide o ISS, das alíquotas máxima e mínima e da concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais será objeto de disciplina por lei complementar federal (art. 156, § 3º, CF/88).

Especialmente no que se refere à fixação de alíquota mínima e concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, o objetivo da limitação constitucional foi evitar a deflagração de "guerra fiscal" entre os Municípios, ou seja, um cenário no qual tais entes reduzem desproporcionalmente os encargos tributários sobre os contribuintes, a fim de atrair, de forma desleal, empreendimentos para seu território.

A respeito da relação entre o ISS e a guerra fiscal, esclarece Ricardo Alexandre:

> A maneira mais comum como se dava a guerra fiscal do ISS era os Municípios estipularem alíquotas irrisórias para o tributo, atraindo empresas para os respectivos territórios, uma vez que a competência para cobrança era, em regra, do Município em que estava domiciliado o prestador de serviço (...). No final das contas, todos os Municípios acabavam perdendo, pois quem tem um aparente ganho, sujeita-se a perdas futuras, uma vez que os demais municípios entrarão em guerra (ALEXANDRE, 2015, p.667).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A redação originária da Lei Complementar nº 116/2002 não trouxe qualquer previsão sobre a alíquota mínima do ISS e sobre eventual limite a isenções ou benefícios fiscais, sendo a matéria regida, então, pelo art. 88 do ADCT, introduzido, por sua vez, pela Emenda Constitucional nº 37/2002. A alíquota mínima para o ISS seria de 2% (dois por cento), não sendo admitida a concessão de incentivo ou benefício que implicasse, direta ou indiretamente, na redução de tal alíquota.

A edição da Lei Complementar nº 157/2016, por sua vez, atendeu à exigência constitucional pela edição de uma lei complementar para regular a matéria. Neste ponto, a inovação foi apenas formal, uma vez que houve continuidade normativa quanto aos limites da alíquota mínima (mantido em 2%) e para a concessão de incentivos ou benefícios fiscais, nos mesmos parâmetros.

Veja-se a redação do novo art. 8º-A e § 1º da Lei Complementar nº 116/2003, após a edição da LC 157/2016:

> Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).
>
> § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

A grande novidade foi introduzida pelo art. 4º da LC 157/2016, que passa a considerar como ato de improbidade administrativa a conduta de, por ação ou omissão, conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário de ISS contrário aos limites legais. Passemos a analisar os elementos do novo ato de improbidade.

2.2. Do ato de improbidade administrativa decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo a ISS (art. 10-A)

Assente-se, antes de tudo, que o legislador de 2016 optou por inserir a conduta tipificada como uma quarta modalidade de ato de improbidade, autônoma, independente, ao lado dos demais atos que implicam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário ou violação de princípio da Administração Pública.

Parte da doutrina identificou um preciosismo ou mesmo falta de técnica do legislador, pois o novo ato de improbidade poderia muito bem ser enquadrado como espécie de ato de lesão ao Erário (CARVALHO, 2017, p. 969; SCHRAMM, 2017) ou violação a princípio da Administração Pública (KUFA, 2017).

A conduta ímproba prevista é o ato de conceder, manter ou aplicar benefício ou incentivo fiscal de forma irregular. A concessão de benefício ou isenção fiscal, por força do art. 150, § 6º da Constituição Federal e art. 176 do CTN, somente ocorre por meio de lei específica que regule exclusivamente a matéria ou o respectivo tributo. Desta forma, a espécie "conceder", de início, somente pode ser praticada por autoridade legislativa. Entretanto, se o ato de concessão de benefício possuir natureza infralegal, culminado por flagrante irregularidade formal, a autoridade responsável pela edição de tal ato passará a figurar como sujeito ativo da conduta ímproba.

As condutas de aplicar ou manter, por sua vez, podem ser praticadas por Prefeito Municipal, Governador Distrital, ou autoridades fiscais competentes para aplicar ou afastar o benefício. Via de regra, portanto, os sujeitos ativos são agente políticos: chefes do Poder Executivo Municipal ou Distrital, membros do Legislativo ou secretários de finanças, que integram o alto escalão da estrutura administrativa.

Acompanhando a orientação já adotada pelos arts. 10 e 11 da lei 8.429/92, o novo ato de improbidade pode ser praticado de forma comissiva, ou omissiva, alcançando, também, aqueles que, diante da ciência da concessão, manutenção ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aplicação irregular do benefício, abstém-se de adotar as providências cabíveis, motivo pelo qual se inserem, entre os sujeitos ativos, membros das instâncias de controle, como as auditorias internas, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e mesmo o Poder Judiciário.

O sujeito passivo do ato previsto no art. 10-A é o ente federativo que instituiu o imposto sobre o qual foi concedido o benefício ou a isenção. Considerando o objetivo maior da norma por combater a guerra fiscal, mostra-se também admissível considerar os demais entes federativos prejudicados com a concessão irregular, como sujeitos passivos do ato, igualmente legitimados a propor a respectiva ação de improbidade.

O elemento subjetivo é o dolo. Não se admite modalidade culposa, visto que a opção adotada pela lei de improbidade foi de que a culpa não se presume, devendo ser prevista expressamente na lei. Quando quis prever conduta culposa, o legislador da improbidade o fez de maneira literal, fazendo-a constar na redação do art. 10. Diante da omissão do legislador de 2016, tem-se que o ato de improbidade introduzido pelo art. 10-A somente pode ser praticado mediante dolo.

Por fim, o art. 12, IV da lei 8.429/92 passou a prever como sanções ao novo ato de improbidade a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício. Concorda-se com o entendimento doutrinário de que a omissão legislativa não afasta o dever de ressarcimento ao Erário, tendo em vista a vedação ao enriquecimento ilícito e a indisponibilidade do interesse público (CARVALHO, 2017, p.970).

Esta tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, considera imprescritíveis as ações de ressarcimento aos danos decorrentes de atos de improbidade administrativa (STF. Plenário. RE 669069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 3/2/2016 (repercussão geral) (Informativo nº 813)).

3. Análise da constitucionalidade do art. 10-A.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal disciplina a improbidade administrativa no art. 37, § 4º: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

O dispositivo não define um conceito de ato de improbidade, cabendo tal tarefa à doutrina e à jurisprudência, a partir da leitura sistemática da disciplina constitucional da Administração Pública. Embora haja várias vozes pela identidade entre probidade e moralidade administrativa, predomina, com acerto, a corrente que entende a probidade como um conceito de maior amplitude, que, além da moralidade administrativa, abrange os demais princípios previstos no art. 37, caput da Carta Magna: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Neste sentido, as palavras de Cleber Masson: "Com efeito, embora a observância do princípio da moralidade seja um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta". (MASSON, 2017, p. 700).

Assim, a improbidade deve ser considerada como todo comportamento nocivo, desonesto, corrupto e inepto no trato da coisa pública, com violação aos princípios que regem a Administração Pública.

Dito isto, não restam dúvidas de que o ato previsto no art. 10-A enquadra-se no conceito de ato ímprobo. A nova previsão busca combater a guerra fiscal entre municípios, comportamento este que está longe de respeitar os princípios do art. 37 da Constituição Federal, violando a legalidade, a moralidade e a impessoalidade administrativa, traduzindo atitude de má-fé na relação entre os entes federativos.

A prática da Guerra Fiscal ameaça o equilíbrio do Pacto Federativo, eleito como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º da Constituição, e constituindo, segundo defendemos, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ainda que não previsto expressamente no art. 3º da Carta de 1988. Tem-se, aqui, mais um argumento favorável à constitucionalidade do novo ato de improbidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É importante considerar, ainda, que o art. 37, § 4º da CF/88, ao tratar de atos de improbidade, utilizou-se de um conceito jurídico indeterminado. Ou seja, o tratou como um conceito aberto, concedendo margem de discricionariedade para que o legislador ordinário disciplinasse tais atos, observados, obviamente os limites constitucionais. Não houve qualquer limitação temporal ou geográfica para tal disciplina, de modo que é plenamente admissível a previsão de novos atos de improbidade, ainda que por legislação posterior à lei matriz de 1992, ou mesmo por outros textos normativos, a exemplo dos atos de improbidade tratados pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e pelo Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/2015). Neste ponto, incabível qualquer questionamento acerca do novo art. 10-A.

Além disso, o art. 37, § 4º não exige que os atos de improbidade administrativa sejam tipificados por lei específica, não havendo qualquer inconstitucionalidade no fato de a nova modalidade ter sido introduzida por Lei Complementar que trata sobre ISS.

Ressalte-se que o fato de o ato enquadrar-se na modalidade mais genérica prevista no art. 10 (prejuízo ao Erário) não compromete sua constitucionalidade, uma vez que o conflito aparente é resolvido por meio da Especialidade, princípio geral aplicável às diferentes formas de controle social (direito penal, direito civil e administrativo sancionador).

No que se refere às sanções, tem-se que o art. 12 da lei 8.429/92 ampliou o rol previsto inicialmente pelo texto constitucional. A doutrina majoritária já pacificou o entendimento pela constitucionalidade do dispositivo, considerando que o art. 37, §4º, enquanto norma de eficácia limitada, tem caráter meramente exemplificativo, apresentando uma lista mínima de sanções a serem aplicadas aos atos de improbidade. A legislação infraconstitucional, ao regulamentar o dispositivo constitucional, não pode suprimir as sanções previstas pela Constituição, mas nada impede que as amplie, no sentido de fortalecer a proteção concedida ao patrimônio público (GARCIA; ALVES, 2014, p. 616).

Com a edição da LC 157/2016, as principais reações contrárias ao novo ato de improbidade fundamentaram-se no fato de que o legislador de 2016 pecou pelo exagero, sancionando como improbidade atos que representariam mero exercício de poder político, além de limitar a autonomia constitucional conferida aos municípios. Neste sentido:

> Trata-se de sanções draconianas, que seriam improváveis no âmbito estadual – e impensáveis no federal –, evidenciando descaso para com a autonomia municipal e, em particular, com os governantes dos Municípios. Cogitar-se-ia, por exemplo, de cassar os direitos políticos de governadores que simplesmente mantiveram benefícios unilaterais do ICMS, no contexto da guerra fiscal entre Estados?
>
> Verifica-se afronta ao postulado da razoabilidade e à autonomia municipal, em particular, na configuração de ato de improbidade administrativa pela mera omissão em revogar benefícios financeiros ou tributários. Como podem Prefeitos e Vereadores perder a sua função pública e os seus direitos políticos, além de ter de arcar com multa de até o triplo dos benefícios vigentes, por mera inação? (VELLOSO, 2017, online).

Assim, também, as palavras de Fernanda Schramm:

> A inovação legislativa, ainda que bem intencionada, parece seguir uma tendência já manifestada pelo Poder Legislativo – e não raro também pelo Poder Judiciário e Ministério Público – de transformar toda e qualquer irregularidade cometida pelos agentes públicos em improbidade administrativa, quando, na verdade, esta categorização deveria ser reservada somente aos casos em que se atuasse com má-fé ou intenção desonesta. Como se a ampliação das hipóteses de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> improbidade fosse a solução para os problemas políticos do país (SCHRAMM, Fernanda, 2017, online).

De fato, enfrenta-se, neste ponto, um conflito entre a autonomia municipal e outros valores constitucionais, sobretudo o equilíbrio federativo, a cidadania e a democracia, tutelados pela probidade administrativa. Um juízo de ponderação, baseado na proporcionalidade e no princípio da Concordância Prática ou Harmonização da Constituição, autoriza que a autonomia municipal seja mitigada, em prol de outros valores, aos quais a própria Constituição atribui maior relevância, erigindo-os, inclusive, como cláusula pétrea e fundamentos da República Federativa do Brasil.

Além disso, o ponto central da distinção entre o mero exercício legítimo da autonomia política municipal e a configuração do ato de improbidade do art. 10-A reside no elemento subjetivo. O novo ato administrativo exige, para sua configuração, a presença do dolo, ou seja, a consciência e a vontade dirigida para conceder, manter ou aplicar benefício ou incentivo fiscal em infringência à previsão legal. O elemento subjetivo funciona como elemento limitador de responsabilidade, evitando qualquer arbítrio decorrente de sanções por improbidade.

O fato de o novo ato de improbidade administrativa ter como sujeito ativo, especialmente, agentes políticos não afasta, igualmente, a constitucionalidade da previsão. É verdade que os prefeitos e vereadores submetem-se a regime especial de responsabilidade, previsto no decreto-lei n° 201/1967. Entretanto, isto não afasta a incidência das sanções da lei de improbidade. O ordenamento jurídico adotou, a respeito da responsabilidade dos agentes estatais, a regra da independência de instâncias, permitindo a coexistência de sanções civis, administrativas, políticas e penais incidentes sobre um mesmo ato ilícito. Cleber Masson destaca, ainda, que entendimento contrário viola o princípio da Isonomia, restringindo a responsabilidade de agentes políticos em detrimentos dos demais cidadãos, além de contrariar as próprias tendências da lei 8.429/92, quem em seu art. 2º optou por um conceito amplo de agente público (MASSON, 2017, p. 710).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 37, § 4º da Constituição Federal prevê as sanções mínimas aplicáveis aos atos de improbidade, "sem prejuízo da ação penal cabível". Ao prever as penas aplicáveis em razão da improbidade, o art. 12 da lei 8.429/92 menciona expressamente a independência das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Assente-se que, a exceção da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, os atos administrativos previstos na lei de improbidade têm natureza civil, nada obstando que se apliquem paralelamente ao decreto-lei n° 201/1967, que sobre a responsabilidade penal e administrativa de Prefeitos e Vereadores.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento pela efetiva incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos, com a ressalva do Presidente da República:

> Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (...)(STJ - Rcl: 2790 SC 2008/0076889-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/12/2009, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 04/03/2010).

O Supremo Tribunal Federal, em decisões mais recentes, tem caminhado para este mesmo entendimento, Leia-se: STF - AC: 3585 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/09/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A respeito dos atos parlamentares, questiona-se a incidência da disciplina da improbidade, diante da imunidade parlamentar material conferida pelos arts. 53 e 29, VIII da Constituição: inviolabilidade em razão de suas opiniões, palavras e votos. Ocorre que tal imunidade está limitada ao conteúdo do voto, enquanto expressão legítima da representatividade popular, não alcançando eventuais desvios de finalidade da atividade legislativa. A respeito do tema, ensina Emerson Garcia:

> A conduta dos ilustres congressistas, imoral ao extremo, poderia ser considerada um ato de improbidade pois se utilizaram de suas funções para auferir benefícios pessoais, ou mesmo visando ao benefício de outrem – isto na hipótese dos condescendentes não devedores. Ainda no final do século XIX, alertava Rui Barbosa para a "regra geral da improbidade política, abalando a fé nas melhores instituições" (GARCIA; ALVES, 2014, p. 473).

Pela viabilidade da aplicação da lei de improbidade a parlamentares, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ATOS BUROCRÁTICOS PRATICADOS NA FUNÇÃO LEGISLATIVA. CABIMENTO. 1. Aplica-se a Lei 8.429/1992 aos agentes políticos dos três Poderes, excluindo-se os atos jurisdicionais e legislativos próprios. Precedente. 2. Se no exercício de suas funções o parlamentar ou juiz pratica atos administrativos, esses atos podem ser considerados como de improbidade e abrigados pela LIA. 3. O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes, salvo nos casos de absolvição por inexistência do fato ou autoria. 4. Recurso especial provido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(STJ - REsp: 1171627 RS 2009/0238379-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2013).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. MAJORAÇÃO ILEGAL DA REMUNERAÇÃO E POSTERIOR TRANSFORMAÇÃO EM AJUDA DE CUSTO SEM PRESTAÇÃO DE CONTAS. DANO AO ERÁRIO. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR O COMBALIDO COFRE MUNICIPAL. RESTABELECIMENTO DAS SANÇÕES COMINADAS NA SENTENÇA. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra prefeito, vice-prefeito e vereadores do Município de Baependi/MG, eleitos para a legislatura de 1997/2000, imputando-lhes improbidade pelas seguintes condutas: a) edição das Leis 2.047/1998 e 2.048/1999, fixando seus subsídios para a mesma legislatura em contrariedade aos arts. 29, V, e 37, XI, da Constituição, sobretudo porque baseados em dispositivo da EC 19/98 não regulamentado; e b) edição, num segundo momento, da Lei 2.064/1999, que suspendeu as leis antes mencionadas e transformou em ajuda de custo os valores majorados às suas remunerações, independentemente de comprovação de despesas, com vigência até a regulamentação pendente. (...) 6. A edição de leis que implementaram o aumento indevido nas próprias remunerações, posteriormente camuflado em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, enquadra a conduta dos responsáveis tenham agido com dolo ou culpa no art. 10 da Lei 8.429/1992, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário, sujeitando-os às sanções previstas no art. 12, II, da mesma lei. (...) 8. A ausência de exorbitância das quantias pagas não afasta a configuração da improbidade nem torna legítima sua incorporação ao patrimônio dos recorridos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Módicos ou não, os valores indevidamente recebidos devem ser devolvidos aos cofres públicos. Precedente do STJ. 9. (...)
>
> (STJ - REsp: 723494 MG 2005/0019337-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/09/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 08/09/2009)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado demonstra a constitucionalidade da nova modalidade de improbidade administrativa. Como demonstrado, o novo dispositivo visa prevenir e reprimir a guerra fiscal, resguardando valores relevantes ao ordenamento jurídico, tais como a moralidade, legalidade, impessoalidade e o equilíbrio do pacto federativo.

O legislador, em um juízo de ponderação, fez uma opção, por prestigiar os valores mencionados, a custa de sacrificar, parcialmente, a autonomia municipal. Tal opção legislativa mostrou-se plenamente legítima, sobretudo porque a autonomia municipal, assim como todos os princípios constitucionais, não possui valor absoluto, admitindo restrições em face de outros valores constitucionalmente tutelados.

O novo art. 10-A da lei de improbidade, portanto, está em total sintonia com o conceito de improbidade administrativa decorrente do ordenamento constitucional, funcionando como mais um instrumento de tutela do Interesse Público Primário e do bom funcionamento da estrutura administrativa do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco Alves. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Lei complementar 157/2016 limita autonomia de municípios. **Revista Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-grupenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios. Acesso em: 06. Fev. 2018.

HOLANDA JR, André; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Improbidade administrativa**. Salvador: JusPodivm, 2016.

KUFA, Karina; KUFA, Amilton Augusto. Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSN. **Revista Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#author. Acesso em: 06. Fev. 2018.

MASSON, Cleber. ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SCHRAMM, Fernanda. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar nº 157/2016 - Espécie de "Improbidade Legislativa" Restrita ao Imposto sobre Serviços (ISS). **Direito do Estado**. Disponível: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss. Acesso em: 06. Fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 10. Abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 10. Abr. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VELLOSO, Andrei Pitten. Reforma do ISS (lc 157/2016): Tributação de Novas Tecnologias e Combate à Guerra Fiscal entre os Municípios. **Carta Forense Mobile**, 2017. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/reforma-do-iss-lc-1572016-tributacao-de-novas-tecnologias-e-combate-a-guerra-fiscal-entre-os-municipios/17321. Acesso em: 06. Fev. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

LUANE PORTELA ROCHA: Discente do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

MARIA MÁRCIA MATSUDA [1]

RESUMO: O presente artigo possui designo principal de analisar a proteção jurídica do nascituro na esfera civil brasileira. A cláusula civilista de outorga de personalidade jurídica firma seu termo inicial ao momento do nascimento com vida, mas, simultaneamente, garante proteção aos direitos do nascituro desde a concepção**.** Contudo, a perspectiva do nascituro ser sujeito de direitos é de grande discussão doutrinária jurisprudencial acerca do momento inicial da aquisição de direitos, ou seja, se tais direitos se aplicam antes ou após o nascimento com vida. Refere-se a uma pesquisa qualitativa, realizada pelo método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Posto isso, esse estudo busca aprofundar acerca dos direitos do nascituro diante do ordenamento jurídico brasileiro com foco no âmbito do Direito Civil. Assim sendo, inicia delineando acerca de conceitos intrínsecos para entendimento da temática, como pessoa, personalidade e capacidade. Em seguida, para melhor entender sobre o protagonista deste estudo, aborda a respeito da definição do termo nascituro para o ordenamento e doutrina. Prontamente, é redigida uma análise sob enfoque doutrinário acerca das três teorias mais aceitas pela jurisprudência contemporânea, sejam elas: teoria natalista, teoria da personalidade condicionada e teoria concepcionista. Posteriormente, analisa o nascituro como sujeito detentor de direitos e sua classificação quando a sua capacidade civil para figurar polos processuais visando a salvaguarda de direitos. Por fim, elenca direitos personalíssimos destinados ao nascituro de maneira expressa dentro no ordenamento jurídico, direcionando para a proteção garantida pela esfera civil brasileira. Nesse sentido, chega-se ao entendimento que o nascituro é detentor de ampla proteção jurídica, por todo ordenamento, principalmente no Direito Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Palavras-chave: Direito Civil. Personalidade Jurídica Civil. Direitos do Nascituro.

ABSTRAT: This article has the main purpose of analyzing the legal protection of the unborn child in the Brazilian civil sphere. The civil legal personality clause gives its initial term at the moment of birth alive, but at the same time guarantees protection of the rights of the unborn child from conception. However, the prospect of the unborn child being the subject of rights is of great jurisprudential doctrinal discussion about the initial moment of the acquisition of rights, whether such rights apply before or after the live birth. Refers to a qualitative research, performed by the deductive method and the bibliographic and documentary technical procedure. That said, this study seeks to deepen the rights of the unborn child before the Brazilian legal system focusing on the scope of Civil Law. Thus, it begins by outlining intrinsic concepts for understanding the theme, such as person, personality and ability. Then, to better understand the protagonist of this study, it deals with the definition of the term unborn for the ordering and doctrine. Promptly, a doctrinal analysis is written about the three theories most accepted by contemporary jurisprudence, namely: natalist theory, conditioned personality theory and conceptionist theory. Subsequently, it analyzes the unborn child as a rights holder and its classification when its civil capacity to figure procedural poles aiming at safeguarding rights. Finally, it lists very personal rights intended for the unborn child expressly within the legal system, directing to the protection guaranteed by the Brazilian civil sphere. In this sense, it is understood that the unborn child has wide legal protection throughout the organization, especially in civil law.

Keywords: Civil Law. Civil Legal Personality. Unborn Child's Rights.

INTRODUÇÃO

O nascituro é um ser geneticamente autônomo de seus pais, com características e atributos únicos. A temática em torno do momento em que se inicia a proteção da pessoa humana no ordenamento jurídico é de grande relevância para a sociedade, pois a expectativa do ser que ainda está no ventre uterino ser passível

de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais é de grande discursão entre doutrinadores, acarretando em consequências em outras áreas sociais como a medicina e seus avanços tecnológicos.

A personalidade, por definição, é um atributo que confere ao respectivo titular não apenas identidade e individualidade, porém especialmente a plena capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. Segundo o art. 2º do Código Civil brasileiro, a personalidade da pessoa natural tem início a partir do nascimento com vida.

Embora o ordenamento civil seja positivo quanto ao início da personalidade, quando preceitua que "a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida", a doutrina brasileira contemporânea não é pacifica, divergindo em posicionamentos e entendimentos acerca do real momento da aquisição da personalidade, em virtude do referido dispositivo legal prontamente não negligenciar, pondo a salvo, os direitos desde a concepção, ao passo que, também não menciona, de forma clara, o nascituro como pessoa meritória de personalidade propriamente dita, apenas lhe é assegurado direitos desde concepção em ventre materno.

Definir o momento que será marco do início da personalidade jurídica é de extrema importância para vislumbrar o instante em que ao indivíduo é destinado direitos e quisto como pessoa para o ordenamento. Três teorias principais se confrontam no tocante à definição do início da personalidade jurídica civil: a teoria natalista, que prevê o início da personalidade após o nascimento com vida, mas salvaguarda os direitos do nascituro; a teoria da personalidade condicionada, que interpreta os direitos em condição suspensiva, aguardando o nascimento com vida para serem efetivados; e a teoria concepcionista, que defende que a personalidade jurídica se inicia no momento da fecundação, quando o espermatozoide fecunda no óvulo, visto o nascituro ser detentor de direitos extrapatrimoniais, como o direito à vida e à integridade física, resguardados expressamente pelo ordenamento brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Perante tal certame, a questão enseja uma análise detalhada acerca dos direitos assegurados desde a concepção, tanto os inerentes mesmo antes do nascimento, como os que só terão gozo sob requisito de separação do corpo materno e aferição de vida. Como hipótese para tal questionamento, entende-se que o nascituro é sujeito de direitos, merecedor portanto, de plena proteção jurídica.

Como método de análise, a abordagem do estudo será qualitativa, trabalhando com interpretações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas da temática apreciada. Tendo por método dedutivo, aparelhando conceituação, fundamentos, características, através de ferramentas técnicas embasadas em pesquisas bibliográficas e documental. Por início, se faz jus a apresentação de definições fundamentais e comuns acerca do assunto. Seguindo ao posicionamento das doutrinas, explanando suas interpretações. Abordando, por fim, os direitos inerentes ao nascituro, fundamentados na legislação brasileira, com foco na codificação civil.

1.**CONCEITOS FUNDAMENTAIS**

Identificar a proteção adequada e necessária ao nascituro pressupõe antecipadamente compreender a disciplina jurídica das pessoas adotada pela codificação civil, enquanto sujeitos de direitos e obrigações. Então, para que posteriormente possamos discorrer sobre a tutela jurídica do nascituro no âmbito civil, torna-se necessário o entendimento do conceito de pessoa natural, bem como personalidade, capacidade e demais conceitos norteadores referentes a temática, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A palavra "pessoa" provém do latim *"personare"*, sendo designação, a priori, da máscara utilizada pelos atores de teatro na antiguidade romana, que se ajustava ao rosto para amplificar o volume da voz e, mais adiante, codificava a diversificação dos papéis dos atores. A posteriori, a partir da Idade Média, a palavra pessoa passou a designar ser humano.

Na esfera jurídica, como se constata no artigo 1° do Código Civil Brasileiro, em seu caput: "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.", ou seja, pessoa é o ente físico ou moral, o qual adquire direitos e contrai obrigações no ordenamento jurídico. Este tal ordenamento é o que transforma relações humanas, de pessoas, em jurídicas, pressupõe uma determinação legal que lhes transmitem os efeitos necessários interpretados a cada caso. A relação jurídica é a relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva (RODRIGUES, 2007), sendo estabelecida entre todos na intenção de legitimar o interesse de cada indivíduo, tendo por titular a pessoa humana.

As relações no âmbito jurídico norteiam dois fenômenos interdependentes: o poder e o dever de fazer, impondo-se como uma cadeia de poder, embasadas na ordem jurídica, implicando em subalternidade entre os sujeitos da relação. A ordem jurídica, representada esta pelo direito objetivo, é a norma estabelecida para vigorar em momento oportuno, para gerir suas relações em sociedade, se faz imperativa preceituando sanção a eventual descumprimento.

Pela acepção do direito subjetivo, na redação do doutrinador Silvio (RODRIGUES, 2007, p. 35), tal ordem "é a norma de prerrogativa que para o indivíduo decorre da norma objetiva, quando ele é o titular do direito", não havendo o que se falar em direito subjetivo se não houver sujeito. Sendo, para tal, a permissão de fazer ou não fazer, para se ter ou não determinada coisa, empregando meios processuais para o cumprimento das normas eventualmente violadas. Decorrendo, bem como, para defesa dos direitos de cada pessoa, para, por exemplo, fazer cessar ato ilícito ou pleitear reparação de dano, sendo assegurados e garantidos por estas normas.

O Código Civil Brasileiro admite duas classificações para pessoa, podendo ser física (natural), a quem diz respeito ao ser humano, ou jurídica, a quem a norma atribui personalidade, reputada mais adiante.

A pessoa natural é conceituada amplamente, como o ser humano nascido com vida, independentemente de sexo, raça, cor, credo, nacionalidade, naturalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou outra classificação de qualquer natureza, o ente único, do qual e para qual decorrem as normas, aquele que possui atributos físicos, psíquicos e morais. De modo geral, o estado de pessoa para o ordenamento, tem início com o nascimento com vida e extingue-se com a morte.

Para Maria Helena Diniz, "[...] pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direito e obrigações." (DINIZ, 2014, p. 163). Sendo, portanto, o ser humano ou ente com aptidão para titularizar direito e deveres de ordem civil. Carlos Roberto Gonçalves complementa tal conceito de Diniz, lembrando que "para qualquer pessoa assim designada, basta nascer com vida, e desse modo, adquirir personalidade." (GONÇALVES, 2011, p, 100).

Compete enfatizar, então, que toda pessoa natural evidencia a propriedade da personalidade, sendo consentido a realizar qualquer ação de ordem civil que pretende, exceto se houver proibição expressa. Assim, o referido artigo 1° do CC elucida conjuntamente, a definição de personalidade, sendo, portanto, a capacidade de direitos e deveres. Perfazendo a noção e definição de personalidade, o artigo 2° do dispositivo civil, em seu caput, prescreve: "A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

É possível constatar que toda pessoa possui personalidade jurídica, pois esta característica é inerente aos seres humanos após o nascimento, sob requisito impreterível nascer com vida, tornando-se sujeito de obrigações e deveres na ordem civil. Sendo esta, pressuposto para inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. "Pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica" (TARTUCE, 2018, p.120), ou seja, aptidão para adquirir direitos e obrigações.

Tais direitos adquiridos pela aquisição da personalidade são chamados de direitos da personalidade, esses são inerentes à condição humana, vinculando-se ao indivíduo de maneira permanente e perpétua, pelo fato de emanarem do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo subjetivos, absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, outorgados a todas as pessoas, imprescindíveis,

impenhoráveis e vitalícios, e por meio deles salvaguardam-se direitos à vida, à integridade física, psíquica e moral, à liberdade (civil, política, religiosa, sexual, de pensamento, etc.), às criações intelectuais, dentre outros.

Da mesma forma, quando o dispositivo legal põe a salvo os direitos desde a concepção, o indivíduo ao ser gerado no ventre materno, já adquire direitos que o resguardam. E ao nascer com vida, torna-se pessoa. Tornando-se pessoa, este indivíduo adquire personalidade civil. Porém, a determinadas pessoas, a capacidade de exercício de seus direitos é delimitada pela lei necessitando de assistência ou representação de outrem.

Portanto, para ser considerada pessoa, basta que o indivíduo exista, mas para ser capaz de exercer todos seus direitos, é precípuo que o ser humano preencha os requisitos necessários para atuar como sujeito de uma relação jurídica. Nesse sentido, Caio Mario da Silva (PEREIRA, 2007) ensina que a capacidade jurídica se ajusta ao conteúdo da personalidade na mesma proporção em que a utilização do direito integra a ideia de alguém ser titular dele.

Assim sendo, capacidade civil é a faculdade legal de que dispõe a pessoa de praticar atos na vida civil, como contratar, adquirir direitos e contrair obrigações, é, portanto, o limite, a medida da personalidade, sendo plena para alguns e limitada para outros, podendo, ainda ser de direito ou de fato.

A capacidade de direito consiste na possibilidade que toda pessoa tem de ser sujeito de direito, isto é, figurar em um dos polos da relação jurídica, esta capacidade é conferida a todo ser humano, sem qualquer requisito, independente do seu grau de discernimento.

Entretanto, a capacidade de fato, nem todas as pessoas têm, denominada também como capacidade de exercício ou ação, é a faculdade de desempenhar pessoalmente os atos e negócios das relações jurídicas civis, sendo aferida pelos critérios delineados pelo legislador: de idade, estado psíquico e aculturação, mensurando a necessidade de representação ou assistência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Caio Mario traz a perspectiva de que a capacidade de direito é, em verdade por definição, a capacidade jurídica propriamente dita, e a diferindo da capacidade de fato na seguinte citação: "a esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo" (PEREIRA, 2007, p.162).

A lei divide as pessoas físicas em capazes e incapazes, sendo que as capazes podem praticar atos e negócios jurídicos e as incapazes necessitam do auxílio ou intervenção de outrem para praticá-los.

A capacidade plena é aquela imputada a todos aptos a exercer os atos decorrentes da capacidade jurídica, sendo totalmente responsáveis por seus atos, capazes de tomar decisões. Tem como requisito precípuo, atingir a maioridade (18 anos) e não possuir deficiência mental.

A incapacidade é tratada nos artigos 3° e 4° do atual Código Civil, pode ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta implica na plena proibição do exercício dos atos da vida civil, por falta de aptidão de praticá-los pessoalmente, o incapaz absoluto apenas poderá exercer perante intermédio de um representante legal. E os incapazes relativos são aqueles que não gozam de total capacidade de discernimento e autodeterminação, precisam ser assistidos por uma pessoa com capacidade plena.

De acordo com a redação dos artigos supracitados, nascimento com vida é, portanto, um dos pressupostos de admissibilidade da personalidade e início da capacidade civil. Nasceu-se com vida, independente se por poucos minutos ou segundos, consumou-se como pessoa, adquiriu, então, a personalidade, gerando todos os seus efeitos, e a capacidade de direito. Já a aquisição da capacidade de fato ou plena, se dará mediante autorização conferida por lei, após o preenchimento de particularidades impostas pelo legislador, para que possa atuar por si própria no exercício dos seus direitos ou no cumprimento de suas obrigações.

2.DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE NASCITURO

A apreciação da proteção ao nascituro, matéria deste artigo, perante a legislação vigente, passa pela compreensão do conceito de nascituro e a disposição quanto a ser sujeito de direitos, a fim de que possam ser identificados mais adiante os direitos que lhe são salvaguardados.

O significado da palavra nascituro está presente nos diversos dicionários jurídicos brasileiro, sendo possível a abstração do seguinte raciocínio explanado por Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, conceitua nascituro como "aquele que há de nascer, cujo os direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina." (DINIZ, 2005, p. 378). Logo, entende-se por nascituro o ser já concebido, em desenvolvimento no ventre feminino, aguardando nascimento.

Compete mencionar nesse estudo, outro desentendimento doutrinário que surge a respeito da literatura do art. 2º do atual ordenamento civil é se o termo nascituro abrange ou não o embrião não implantado, tendo interpretações e entendimentos distintos dividindo doutrinadores. A amplitude conceitual, englobando o embrião ao termo, é discutida em face aos avanços da biomedicina e suas técnicas reprodutivas, passando-se a questionar se deveria abranger também o ser concebido fora do ventre materno (através da fecundação in vitro).

Na perspectiva de a implantação intrauterina materna não ser um divisor de águas jurídico, compreende-se o embrião como uma das fases sucessivas do desenvolvimento humano. Como perfilhada com essa linha de entendimento, citamos Silmara Juny de Abreu, que acompanhando tais avanços de reprodução assistida, atribui à expressão nascituro como "aquele que está por nascer, já concebido" e conclui em seguida que "o conceito amplo de nascituro – o que já de nascer – pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatório" (CHINELLATO, 2007, p.51). Sendo este, portanto, meritório de todos os direitos garantidos ao nascituro (em seu conceito restrito).

Maria Helena (DINIZ, 2014) contesta a amplitude conceitual entendida por Juny, descreve o embrião como sendo o fruto da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, tendo vida extrauterina, não podendo, portanto, ser confundido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou englobado ao termo nascituro, apesar de entender que os direitos civis do embrião também tenham que ser expressamente garantidos.

Posto isso, Diniz idealizou uma proposta legislativa, que inspirou o Projeto de Lei n. 6.960/2002, direcionando ao então Deputado Ricardo Fiuza, autor da PL, e pela qual o art. 2º do atual dispositivo ficaria com a seguinte redação: "A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro". Ressalta-se que o referido projeto legislativo foi arquivado, mas reproposto recentemente pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá, encontrando-se em tramitação sob número 699/2011.

Silmara Juny (CHINELLATO, 2007) apesar de admitir que embrião e nascituro possam ter capacidades distintas perante o ordenamento, a autora é contrária a mudança elaborada por Diniz, por entender que: Acrescentar a palavra não-jurídica e restritiva "embrião" significa negar qualidade de nascituro que já tem. A lei poderá distinguir a capacidade do nascituro do não-implantado.

Ricardo Fiúza (FIUZA, 2005), de forma paralela a esse impasse, ressalva a importância da hermenêutica Jurídica, alude que questões não consolidadas, como a dos embriões, não devem ser reguladas pelo ordenamento civil, uma vez que se há avanço científico em curto espaço de tempo superando celeremente a norma legal, aposta que o Código Civil deva trazer comandos abertos em função das rápidas transformações sociais e políticas.

Apesar da controvérsia, para uma melhor técnica científica, vamos nos ater a conceituação majoritária e restrita do termo, englobando apenas aos já concebidos em ambiente intrauterino. Sendo compreendido, portanto, como aquele que há de nascer, ente concebido, que se encontra em ambiente intrauterino materno subordinado ao cordão umbilical ligado ao corpo de sua genitora.

3. O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRINCIPAIS ESCOLAS DOUTRINÁRIAS

Apesar do entendimento genérico de que apenas torna-se pessoa e adquire personalidade ao nascer com vida, considerando, para tanto, o nascituro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como ente despersonificado e despersonalizado, não há que se negar que este é um ser humano em pleno desenvolvimento. Posto isso, originou-se diversas correntes que buscam pontificar o exato momento do início da personalidade, e argumentar se o ser já concebido, pode ser ou não considerado personificado e personalizado, visto o ordenamento expressar importância em salvaguardar seus direitos.

Uma das problemáticas mais discutidas enfrentada pelo Direito Civil diz respeito ao início da personalidade civil, no tocante à pessoa do nascituro. O dispositivo legal traz o impasse por utilizar as expressões "nascimento" e "concepção", silenciando uma posição concreta quanto à sua personalidade. Posto isso é que, doutrinadores do Direito se dividiram quanto à posição e interpretação da codificação. Três grandes teorias buscam definir a situação jurídica do nascituro: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

A legislação brasileira, como regra, adota de forma teórica que o marco inicial da personalidade civil se dá com o nascimento com vida, porém assegura direitos ao nascituro, desde a concepção, instante em que se inicia a formação do ser humano.

Segundo Carlos Roberto (GONÇALVES, 2011), Caio Mário Pereira ensina que o nascimento ocorre quando a criança é separada do ventre da materno, não importando que tenha sido o parto natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O fundamental é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical.

Caso seja verificado o falecimento da criança após esse desvinculamento do corpo da mãe, é verificado o momento da morte, aferido por meio de um procedimento pericial médico-legal, com o caráter de averiguar se chegou a aspirar ar, mesmo que tenha sido um único suspiro, certificando, dessa forma, se o bebê nasceu vivo ou morto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O procedimento habitual clínico, chamado de docimasia pulmonar hidrostática de Galeno, consiste este em depositar o pulmão do feto em um vasilhame com água, caso sustente-se na superfície, houve respiração, laudo positivo à vida, compete então, por consequência, o título de personalidade civil e todos os seus efeitos. Lavra-se então, duas certidões, a do nascimento e a do óbito. Caso o pulmão venha a submergir, entende-se que não houve sequer uma inspiração de ar, ou seja, já nasceu morto, denominado natimorto, aquele que veio ao mundo extrauterino sem vida, não fazendo jus aos direitos adquiridos pela personalidade civil (GONÇALVES, 2011).

Contudo, ao que se refere ao ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno, apesar da legislação não lhe conceder expressamente o título de personalidade civil, são preservados seus interesses futuros e garantidos direitos constitucionais apoiados a dignidade da pessoa humana. Consequentemente, nasceu diversas teorias visando explicar e entender a controvérsia de ser ou não despersonalizado, visto ser detentor de direitos. Posto isso, apoiados na premissa do âmbito jurídico, que tem por base a análise e interpretação das leis a cada caso, bem como aliados a levantamentos e estudos de outras ciências, como biologia e a medicina para melhor entendimento processual, os juristas têm originado distintas jurisprudências formando precedentes firmados no entendimento de tais doutrinas. Para entender quando se inicia a personalidade do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro se faz jus a compreensão de três correntes mais aceitas pelos juristas e seguidores: a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicionada.

Alguns doutrinadores conservadores apoiam-se na linha positivista, alinhados a letra da lei pura e simples, ao qual declara que o nascituro não tem ainda personalidade, sendo considerado um ente despersonificado, uma figura excepcional, a que se refere alguma proteção legal. Enfatizam que só há aquisição de personalidade, caso haja o nascimento com vida, oposto a isso, jamais a adquiriu.

Proposições estas, amparadas pela teoria natalista, prevalecida ante entre os autores do Direito Civil, denomina o nascituro como *spes hominis* (traduzindo

do latim: simples esperança de pessoa), não podendo ser considerado pessoa, concretizando sua existência apenas com respiração pós-natal, e tendo os seus direitos, que eram, em verdade, mera expectativa, efetivados. Ou seja, ausente de direito e personalidade, só a adquirindo pós-nascença.

Como apreciadores dessa interpretação, temos Silvio Rodrigues, San Tiago Dantas, Silvio de Salvo Venosa e, Caio Mário da Silva Pereira, o qual prescreve fazendo jus a equivalente interpretação:

> O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. (PEREIRA, 2007, p.153)

Essa teoria, no entanto, é muito criticada, pois não consegue responder ao quê ou quem de fato seria então o nascituro, haja vista que, para ela, não é considerado pessoa. Sendo considerada, por muitos, ultrapassada sob a ótica dos avanços da medicina e da ampla tutela jurídica do nascituro dentro do nosso ordenamento. Nesse seguimento, Flávio Tartuce condena tal corrente, sustentando os seguintes argumentos:

> Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até a imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2018, p.88)

Outrora, essa corrente afigurou-se como entendimento majoritário no ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, passou a não ser mais tão consagrada, devido a críticas e aos avanços de outras áreas sociais. Porém, se mostra secundariamente como interpretação afeiçoada a alguns juristas.

Uma segunda corrente bastante difundida é a da personalidade condicional. Compete a priori mencionar que alguns autores configuram esta teoria como mista, mencionando que esta mescla as duas principais correntes, a natalista, ora já mencionada, e a concepcionista, descrita adiante.

A teoria da personalidade condicionada explícita que o nascituro goza de direitos personalíssimos como direito à vida e à integridade física, porém a proteção aos direitos patrimoniais somente se manifesta após o nascimento com vida, então só se materializam com a condição de o feto vir a nascer. A personalidade existe enquanto não nascido, porém só irá de fato consolidar sua capacidade de fato após o nascimento, elencando os direitos do nascituro em sujeição a uma condição suspensiva, os ditos, direitos eventuais. Na hipótese de não se verificar o nascimento com vida, não haveria personalidade. (TEPEDINO; RODRIGUES, 2003)

Esta condição suspensiva está regulamentada nos artigos 121º e 125º do CC/2002, subordinando o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, e ensejando que a eficácia do negócio jurídico estará sujeita à condição suspensiva, e enquanto esta não se concretizar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa. Classificando o nascituro como titular de direito eventual, ao qual, de acordo com o artigo 130º, do mencionado dispositivo, "é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo." Em caso de momento impreterível processual, figuraria este, sob representação de sua genitora.

Como aficionados a essa teoria, temos Clóvis Beviláqua, Washington Monteiro, Arnaldo Rizzardo, Miguel Maria de Serpa Lopes, dentre outros. Lopes, citado por Wilian Artur Pussi em sua obra, preconiza de maneira taxativa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o nosso Código Civil, fica subordinado à condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direitos, como deverá se suceder; se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos. (LOPES, Apud PUSSI, 2008, p. 94)

Dessa maneira, o nascituro não teria personalidade jurídica, já que esta se inicia com nascimento com vida e quando a lei confere a ele direitos, constituem-se aí situações excepcionais. Quando a lei "põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro", dissocia o conceito de personalidade do conceito de subjetividade. O nascituro não é pessoa, mas já é sujeito de direito, no entanto sob condição aquisitiva.

A contrariedade dessa corrente com o atual ordenamento, problematizam os autores não entusiastas desse posicionamento, é o fato de que culmina posicionando os direitos existenciais em estado de potencial também, pois não responde de fato a questão que envolve os direitos inerentes ao nascituro. Encontrando-se vinculada, em verdade, pura e simplesmente à temática patrimonial. E tais direitos não podem estar sujeitos à condição suspensiva, termo ou encargo, como defende tal doutrina, vistos que estes, encontram amparo constitucional. Flávio afirma que "em um ordenamento que preceitua a personalização civilista, bem como a sua constitucionalização, uma proposição fundamentalmente patrimonialista não deve prevalecer." (TARTUCE, 2018, p. 88)

Embora essa corrente não seja muito popular entre os doutrinadores, sendo vista até como simples desdobramento da teoria natalista, é possível encontrar essa premissa sendo adotada em julgados recentes na nossa jurisprudência.

Por fim, a doutrina que vem ganhando força em nosso ordenamento: a teoria concepcionista. Para esta doutrina, a personalidade inicia desde a concepção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e não do nascimento com vida, uma vez que o nascituro é detentor de direitos que não guardam relação com o nascimento.

Para Professora Maria Helena (DINIZ, 2014), quando falamos no termo "personalidade civil" estamos, de maneira legítima, nos referindo à personalidade material do indivíduo, a que está vinculada a um fundamento, à matéria, aos direitos patrimoniais adquiridos. Tendo esta, o nascimento com vida como requisito para aquisição da personalidade apenas material. Portanto, antes da vida extrauterina, o nascituro seria detentor de uma ramificação da personalidade, denominada formal. Ou seja, nasceu-se com vida, adquiriu personalidade material, caso nasça morto, jamais adquiriu personalidade dita civil, mas de toda forma possuiu personalidade formal, enquanto nascituro.

Teríamos então, dois tipos de direito, um condicionado ao nascimento com vida, e outro que faz parte da essência do nascituro. Sendo este possuidor dos direitos da personalidade não condicionados a nenhum fator, que não o de serem pessoa humana em pleno desenvolvimento intrauterino.

Flávio (TARTUCE, 2007), doutrinador aficionado pela teoria concepcionista, pontifica em sua obra "A Situação Jurídica do Nascituro: Uma Página a Ser Virada no Direito Brasileiro", que a previsão de proteção aos direitos da personalidade no CC/2002 em seus artigos 11 e 12 é um dos grandes méritos da codificação. Conceitua esses direitos como sendo aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, sendo os principais o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade. E enfatiza que Direito Penal é perfilhado a doutrina concepcionista, pois garante proteção a vida do nascituro tipificando o aborto em crimes contra a pessoa.

Segundo Tartuce (TARTUCE apud TEPEDINO, 2007), Gustavo Tepedino expõe que a proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo dispositivo atual, tem direitos assegurados pela lei, não afastando a proteção constitucional, não sendo, portanto, mera expectativa de direitos, como se afirma nas outras interpretações. Flávio afirma que: "O nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses

direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade." (TARTUCE, 2007, p. 167)

Portanto, para os concepcionista, pelo fato do nosso ordenamento jurídico resguardar os direitos do nascituro, se há o entendimento de que o nascituro é considerado pessoa pelo ordenamento, sendo detentor de personalidade jurídica mesmo antes do nascimento, tendo de qualquer forma, a possuído nascendo vivo ou morto.

Esse entendimento é afeiçoado pelos seguintes doutrinadores: Silmara Juny Chinelato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz.

Como se pode notar, a teoria concepcionista tem prevalecido entre a maioria dos autores civilistas contemporâneos do Direito Civil Brasileiro. Da mesma forma, tem ganhado força pelos juristas, sendo uma das premissas mais adotadas no ordenamento.

> Portanto, como se percebe, atualmente não existe uma pacificidade ou unanimidade nos tribunais brasileiros sobre qual interpretação é adotada pelo atual ordenamento jurídico a respeito do início da personalidade jurídica da pessoa, devido a essa dinâmica e instigada discussão doutrinária. Porém, de acordo com a jurisprudência contemporânea, se há real inclinação súpero à teoria concepcionista em relação às demais. Avançando, então, a firmar entendimento de que ao indivíduo ainda em concepção é atribuído personalidade.

4. O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO

Compete iniciar o estudo acerca do nascituro explanando como sujeito de direitos, bem como sobre sua capacidade de agir. Mesmo não havendo redação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

expressa, o dispositivo legal ao assegurar direitos, nos leva à convicção de que o nascituro é um ser sujeito de direito. Isto porque, o nascituro pode ser titular ou portador de direitos, circunstância que define a qualidade jurídica de sujeito de direito.

Maria Helena Diniz nos ensina que:

> Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção de decisão judicial. (DINIZ, 2014, p. 113).

O direito como representação da própria expressão da vida, é exercido, de modo independente de valores e princípios políticos ou mesmo religiosos, destacando-se, portanto, direitos de vida, de proteção, de liberdade, de defesa, garantindo a todos o direito de vir ao mundo, amparado na lei, dando-se a proteção real mesmo ao nascituro, futuro ser humano que está em desenvolvimento.

O nascituro, não sendo diferente de qualquer outra pessoa, é detentor de proteção, desde a sua concepção. Porém, o fato de ser sujeito de direitos, não constitui que ele possa exercer seus direitos de forma plena, pois se enquadra nos prescritos do artigo 3º do nosso Código Civil, sendo considerado absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, assim como os recém-nascidos.

O nascituro é, portanto, sujeito de direito, possuindo capacidade de direito, mas não de exercício, devendo seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, o curador, zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor. Podendo esses, por exemplo, administrar os bens que irão pertencer-lhe, se nascer com vida, defender em seu nome a posse, resguardar sua parte na herança, aceitar doações, pleitear indenizações, resguardando então, as suas expectativas de direito patrimonial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

É possível se encontrar direitos destinados ao nascituro elencados em todo o ordenamento jurídico atual, seja no direito brasileiro ou internacional, direitos esses, personalíssimos como o direito à vida e à integridade física. Porém, o Código Civil Brasileiro é o dispositivo legal em que se encontra o maior rol de disposições elencadas a respeito do nascituro, dentre as quais: a cláusula geral de outorga de personalidade jurídica que firma o seu termo inicial ao momento do nascimento com vida mas, simultaneamente, garante proteção aos direitos titularizados pelo nascituro; direito ao recebimento de alimentos; o direito ao reconhecimento de paternidade; o direito à sucessão testamentária ou legítima; o direito à curatela e à representação; e, o direito à receber doação.

Embora o nascituro não seja considerado expressamente pessoa pelo ordenamento civil, é fato ser detentor de proteção legal pelo supramencionado artigo 2º do CC/2002, em virtude da sua condição de indivíduo concebido e ainda não nascido, de ser humano em desenvolvimento. Logo, independentemente de ter ou não o atributo de personalidade jurídica, ele possui direitos fundamentais assegurados que configuram um sistema protetivo, com natureza de direitos da personalidade, conferindo a ele, de toda forma, tutela jurídica civil.

Note-se que seria ilógico proteger direitos civis desde a concepção intrauterina se não concedesse salvaguarda legal, garantindo-lhe imprescindivelmente, alinhando ao princípio da dignidade humana, o direito à vida e à sua integridade física para que justamente possa gozar de tais direitos. Assim, qualquer violação à integridade do que está por nascer pode ser considerado um ato obstrutivo do gozo de direitos.

O prestígio do valor da dignidade humana e de seu expoente, o direito à vida, está exposto na Magna Carta Brasileira, em tratados de direito internacional que se vinculam ao direito pátrio, no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando que o Direito Brasileiro é coerente na proteção ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nascituro, especificamente em sua proteção e resguardo à integridade física e ao desenvolvimento sadio, visando o nascimento e a vida.

O direito à vida do nascituro desde a concepção é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conquanto, não é uma concessão jurídica. Trata-se de um direito inerente à condição humana, desde o momento em que o ser humano é concebido, pois, antes de existir um ordenamento jurídico, já havia vida. Sendo, portanto, papel do Direito garantir que a existência humana, em qualquer etapa, seja respeitada, posto ser pressuposto ao exercício de todos os seus direitos.

A Constituição Brasileira proclama em seu artigo 5º a inviolabilidade do direito à vida e tal proteção concerne não só ao direito de existir, mas incorpora o direito de nascer e de viver com dignidade, cabendo, pois, ao Estado garantir a continuidade da vida e dignidade enquanto subsistir.

O direito internacional sempre se firmou quanto ao reconhecimento de todos os seres da raça humana como humanos, não sendo, portanto, possível afastar o nascituro da proteção à vida.

Nesse sentido, a Declaração de Genebra, de 1924, já estabelecia a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, o que veio a ser acentuada com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, e pela Convenção sobre os Direitos da Criança[2]. Esta convenção acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, definida segundo seu artigo 1º como "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo". Em verdade, na referida convenção, não há definição expressa da idade início para criança, motivo pelo qual nada impede que seja compreendido também o nascituro.

Cabe mencionar também, como aliada a proteção à vida do nascituro, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969[3] predispõe sobre do direito à vida sob proteção legal desde o nascimento, enfatizando que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como afeiçoado a proteção integral à vida do nascituro pelo ordenamento, podemos citar o ilustre doutrinador Ives Gandra, em seu artigo "Constituição Garante o Direito à Vida Desde a Concepção", que nos faz o seguinte apontamento:

> A Constituição brasileira declara, no caput do artigo 5º, que o direito à vida é inviolável; o Código Civil, que os direitos do nascituro estão assegurados desde a concepção (artigo 2º); e o artigo 4º do Pacto de São José, que a vida do ser humano deve ser preservada desde o zigoto. O argumento de que a Constituição apenas garante a vida da pessoa nascida — não do nascituro — e que nem sequer se poderia cogitar de "ser humano" antes do nascimento é, no mínimo curioso: retira do homem a garantia constitucional do direito à vida até um minuto antes de nascer e assegura a inviolabilidade desse direito a partir do instante do nascimento. De rigor, a Constituição não fala em direito inviolável à vida em relação à pessoa humana, mas ao ser humano, ou seja, desde a concepção (GANDRA, 2008)

Faz-se importante mencionar que o art. 60, § 4º, da CF proclamou os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas, inalterados sequer por emenda constitucional, mas apenas por meio de uma nova Assembleia Constituinte. Posto isso, a vida, bem maior do ser humano, é direito fundamental inviolável, isto é, cláusula pétrea protegida pela Magna Carta. Com isso, a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais deve ser no sentido de proteger a vida de maneira geral, inclusive a uterina, a partir da concepção.

Aliado a esse aparato jurídico internacional, constitucional, menciona-se como suporte jurídico à vida do nascituro, o Código Penal Brasileiro, que posiciona-se como defensor ao direito à vida desde a concepção, ao proibir qualquer prática atentatória contra a vida ainda no ventre materno, criminalizando o aborto, independente do período de desenvolvimento intrauterino que se encontre e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resguardando o respeito a sua integridade física e moral, o qual elenca o nascituro nos crimes contra pessoa.

Outrossim, podemos citar como salvaguarda de direitos ao nascituro, o nosso Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), que visa à proteção integral da criança e adolescente, considerando criança, de acordo com seu artigo 2º, "a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." Note-se que, da mesma forma que na Convenção dos Direitos da Criança supracitada, a lei é omissa quanto à idade mínima da criança. Interpreta-se então de maneira sistemática que o nascituro também está no rol de destinatário das normas protetivas.

O referido estatuto estabelece que a criança tem direito à proteção de sua vida e saúde, cumprindo às políticas sociais públicas garantindo-lhe o nascimento sadio e harmonioso com dignidade, sendo este um direito fundamental. A lei ainda determina que a mulher em período gestacional seja acompanhada por profissionais da saúde, bem como tenha atenção humanizada e nutrição adequada, antes, durante e depois do nascimento, visando a proteção e desenvolvimento do feto.

Como observa-se não é propriamente a gestante a destinatária da norma protetiva, mas sim o seu filho que ainda está por nascer, mesmo porque ela pode ter mais do que dezoito anos de idade, estando fora do alcance do artigo 2º supracitado da Lei 8.069/90, e como disposto no § 9º, a genitora é detentora do dever de dar início e contínuo comparecimento ao acompanhamento de sua gestação.

Associada ao direito à vida e à integridade física, podemos já citar o direito a alimentos do nascituro, chamado alimentos gravídicos, o qual garante ajuda de custo paterna à gestante. São considerados em sentido lato, ou seja, são destinados a todas as despesas comuns no que diz respeito a gestação e desenvolvimento saudável do feto, podem incorporar, portanto, tanto alimentos, como assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicações e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

demais prescrições preventivas e terapêuticas a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

O referido direito é regulamentado por lei própria, nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, denominada LAG (Lei dos Alimentos Gravídicos). A partir da entrada em vigor desta lei, passou-se a prever deliberadamente a obrigação alimentar em favor da gestante por meio de alimentos gravídicos. Subsidiariamente, é disciplinado no Código Civil, de acordo com a seção "Dos Alimentos" compreendida do art. 1.694 ao 1.710; no Novo Código de Processo Civil, e na Lei nº 5.478/68.

A Lei de Alimentos Gravídicos determina o pagamento de valores suficientes para garantir à preservação da vida do feto, sendo filtrado pelo binômio possibilidade-necessidade (possibilidade da parte ré e necessidade da parte autora), incluindo despesas referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. A obrigação deverá pendurar desde a concepção até o parto, oportunidade em que tais alimentos convertem-se na chamada pensão alimentícia em favor da criança.

Compete mencionar que a legitimação ativa para propositura desta ação é da gestante, não do nascituro, atuando a mãe no polo ativo em face do nascituro. Após o nascimento com vida, a titularidade transfere-se a prole. A legitimidade passiva para figurar a ação é do suposto genitor do nascituro. Uma vez que o nascituro passa pelo princípio da paternidade responsável, entendendo o legislador que, o ser humano precisa ter acompanhamento e amparo bilateral (materno e paterno) desde a concepção e a necessidade de celeridade da execução dos alimentos gravídicos em prol da gestação e desenvolvimento saudável e bem acompanhado do feto. Os alimentos gravídicos podem ser fixados mesmo antes de comprovada a paternidade.

O magistrado deve estar apenas convencido de indícios trazidos aos autos que a paternidade exista, como por exemplo, provas testemunhal, documental e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fotos, consubstanciados na relação existente entre autora e réu, para que sejam deferidos os alimentos. É o que dita o art. 6º da referida Lei: "Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré." Sendo permitido, ao possível pai, propor a ação de investigação de paternidade apenas quando a criança nascer, pois no impasse entre a dúvida do suposto pai e a necessidade da mãe e filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo (DIAS, 2015), levando-se em conta sempre o interesse e bem-estar do menor.

Ainda que a Lei de Alimentos Gravídicos (artigo 2º, parágrafo único) consagre que os alimentos são custeados pelo pai, não afasta supletiva aplicação do dispositivo civil, o qual impõe obrigação complementar a terceiros em caráter subsidiário. Posto isso, é possível exigir alimentos gravídicos aos avós, com fulcro no CC (arts. 1.696 e 1.698) e em toda jurisprudência e doutrina (DIAS, 2015).

Os procedimentos adotados em tal ação, bem como condutas acerca do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, pena privativa de liberdade em caso de débito não justificado em juízo, dentre outros trâmites são regulados por leis comuns de processos alimentícios pelo disposto nas Leis nº 5.478/68 (Lei de Alimentos) e Novo CPC.

Da mesma forma, pode o pai ter sua paternidade reconhecida ainda que anterior ao registro efetivo realizado pós nascimento, por meio de outro direito inerente ao nascituro: o direito ao reconhecimento de filiação paterna. Este tem efeito ex tunc, retroagindo a data da concepção. Pode, portanto, o genitor, com receio de falecer não esperar o nascimento para legitimar o filho, mesmo que ainda em ambiente intrauterino. Independentemente que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existiu e foi válido, tornando disponível todos os seus efeitos jurídicos (DIAS, 2010).

O artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil garante este direito. Vejamos o disposto: "O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes." Tal direito é

igualmente tratado pelo ECA (arts. 26 e 27), reconhecendo que o estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O reconhecimento da paternidade é um ato disposto para declarar a filiação extramatrimonial, constituindo relação entre pai e filho e dando início aos efeitos jurídicos desse vínculo perfilhados a outros direitos do nascituro, como por exemplo, a o direito alimentício e direito de participação na sucessão testamentária paterna, caso o pai venha a falecer após o reconhecimento e antes do parto.

No que concerne ao direito a sucessão, seja por legitimidade ou testamentária, o nascituro possui capacidade sucessória prevista expressamente no ordenamento civilista em seu artigo 1.798, o qual prescreve: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão." Tem, portanto, legitimidade para suceder, mas, compete mencionar que só se exteriorizará sob condição do nascimento com vida. É o que dispõe o § 3º do artigo 1.800 do mesmo dispositivo legal: "Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador."

Os pais do ser ainda em ventre materno, ao contrário dos genitores de filhos já nascidos, não administram o bem herdado, posto a condição do nascimento com vida. Mesmo possuindo direito a sucessão, não será direito adquirido caso venha a nascer sem vida (natimorto). Ou seja, nada que seria dele passará a seus herdeiros, por exemplo para seus pais. Tudo continuará como se nada tivesse acontecido no que diz respeito a sucessão.

Portanto, o nascituro tem direito a sucessão, porém tal direito só se concretizará com o nascimento com vida, caso seja natimorto, não ocorrerá sucessão, os bens não irão para os herdeiros do natimorto e sim ficará como se sucessão alguma tivesse sido feita. É um direito eventual, mas que se torna um direito pleno a partir do nascimento com vida do nascituro.

Podemos citar também, outra via disponível para destinar bens ao nascituro: o direito a doações. Tal como conceitua o art. 538 do código civilista,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doação é o "contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra." No que se refere ao nascituro, o art. 542 determina que: "A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal."

Nesse sentido, a partir do momento em que houver a liberalidade por parte do representante legal do nascituro, esse poderá usufruir do que tenha sido doado, tendo a posse e percebendo os frutos consequentes da doação. Da mesma forma como acontece na sucessão, em caso de natimorto, a doação será considerada inexistente, regressando o patrimônio ao doador.

O nascimento com vida do filho esperado investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Efetivando-se a condição suspensiva, se exerce o efeito ex tunc (retroativo) em seu favor, com a transmissão de todos os bens de sua parte hereditária, além dos frutos e rendimentos respectivos obtidos desde o falecimento do testador.

Outro direito atribuído ao nascituro, é o direito de ser parte em uma lide. Tendo em vista, o nascituro não conseguir ele próprio provocar o judiciário para resolver a lide, este será assistido através de representação, compreendendo aqui a figura de seus pais, por ambos ou somente um na falta do outro, ou por curatela, sendo constituído por um terceiro, em caso de impossibilidade de seus genitores.

No que diz respeito à representação, em consonância aos artigos 1.634, inciso VII, e 1.690 do CC/2002, compete a ambos os pais, sob pleno exercício do poder familiar, representar os filhos judicial e extrajudicialmente menores de dezesseis anos, nos atos em que forem partes na vida civil. A lei silencia quanto ao início etário, subentende-se então, que abrange também o filho ainda no ventre materno.

Em caso de falecimento do pai, e a mãe não estiver apta a exercer o poder familiar (caso em que, por exemplo, a gestante esteja interdita ou sofra de doença mental, não possuindo, portanto, plena capacidade de seus próprios atos civis), em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conformidade ao artigo 1.779 do referido dispositivo civil, será designado um curador ao nascituro.

O direito à curatela visa a proteção dos interesses do nascituro, visto a impraticabilidade de seus pais e este ser incapaz. Sendo o curador um representante legal, o qual pratica atos civis de conveniência ao nascituro, até que este nasça, da mesma forma que seria cabível aos genitores. Após nascimento com vida, a curatela é extinta, oportunidade em que a este será nomeado tutor.

O nascituro tem, portanto, o direito de ser parte numa lide, através de seu representante ou curador. Sendo disponível a este, a capacidade de garantir o gozo de seus direitos ainda no ventre materno, podendo ser parte, no polo processual passivo ou ativo.

Por fim, trataremos acerca do direito de reparação por dano moral. Direito esse que, ainda que não seja expressamente disposto pelo ordenamento, vem ganhando força na atual jurisprudência, com decisões favoráveis ao nascituro, fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana e apreço à doutrina concepcionista.

De acordo com o desenvolvido neste estudo, o nascituro é um ser geneticamente distinto de seus genitores e detentor de direitos expressos pelo ordenamento brasileiro, principalmente, pelo Código Civil. A ele, dentro do ordenamento civilista, como dito anteriormente, é reconhecido o direito de ser parte em uma lide, através de representação de seus pais ou designação de um curador, garantindo seu direito de gozo em direitos essencialmente patrimoniais. Mas, e os direitos extrapatrimoniais, aqueles personalíssimos, como direito à vida e à integridade física, aqui estudados também? Sendo este, titular de direitos subjetivos extrapatrimoniais reconhecidos desde a concepção, denota-se evidente a possibilidade de ocorrência de violação, e consequente padecimento de danos de ordem moral pelo nascituro.

Compete lembrar a discursão doutrinária teórica acerca da perspectiva de o nascituro titularizar tais direitos desde a concepção, enfatizamos aqui que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos extrapatrimoniais, não são meras expectativas condicionadas ao momento do nascimento com vida, sendo passiveis de violação. Neste contexto, é, por obvio, perceptível a adoção da teoria concepcionista da personalidade como fundamento jurisprudencial para titularizar o gozo de direitos personalíssimos dedicados também ao nascituro, sem detrimento da aplicabilidade da corrente natalista ou da personalidade condicionada aos seus direitos patrimoniais, que estes sim, dependem do nascimento com vida para que se efetivem.

De acordo com o artigo 5°, inciso XXXV da Constituição Federal, é garantida a proteção de qualquer ameaça ou efetiva lesão a direitos. Sendo devida, portanto, a reparação de danos a ele causados em virtude de sua violação.

Em último recurso, caso o direito de reparação dos danos não seja visto como disponível ao nascituro, com fulcro ao princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, os violadores possuem responsabilidade civil perante entre os familiares e o próprio Estado.

Outrossim, a jurisprudência, de forma majoritária, vem construindo abundantes precedentes em processos com vistas favoráveis a indenização por reparação de danos morais ao nascituro. Como ilustra a decisão do Superior Tribunal Federal, proferida pelo relator Ministro Gilmar Mendes, senão vejamos:

> Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ementado nos seguintes termos: ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL DEFICITÁRIO. NATIMORTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DANOS MORAIS, QUANTUM DEBEATUR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O dever de assistência à saúde, compromisso do Estado assumido constitucionalmente (art. 196 da CF), impõe-se indistintamente aos entes públicos, exigindo das distintas esferas de governo a prestação de serviços de saúde satisfatórios. 2. A interdependência é ínsita ao serviço prestado porque integral é a assistência à saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Há legitimidade do apelante para figurar no polo passivo da demanda, conforme reiterados precedentes onde tem reconhecida a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. 3. A postura omissiva do recorrente em adotar as medidas necessárias ao adequado acompanhamento pré-natal foi determinante para a morte do nascituro e revela a deficiência na prestação do serviço público, suficiente para autorizar o devido ressarcimento por danos morais conforme estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição da República e 43 do Código Civil. 4. O valor arbitrado a título de danos morais objetivou minorar o imensurável sofrimento enfrentado pela apelada com a dolorosa perda do filho, elidir os prejuízos suportados e prevenir a reincidência em erro, tendo sido atendido ao critério da justeza, observado o parâmetro da razoabilidade. (...) (STF - ARE: 1006600 AC - ACRE 0001096-63.2011.8.01.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/11/2016, Data de Publicação: DJe-244 18/11/2016). [4]

A referida decisão do relator favorável ao ressarcimento por danos morais a genitora em face da morte do nascituro, condenando o Estado por atitude omissiva, visto que esse tem obrigação constitucional em prestar serviço e assistência satisfatória. Destinando, então, a sua genitora o pagamento indenizatório, vislumbrando minorar a sofrimento pela perca da vida do nascituro.

A mesma premissa foi adotada pelo STJ em outro julgado em que o nascituro foi considerado pessoa, ente da família tratado igual aos demais, consentindo reparação por dano moral de caráter indenizatório no valor de R$ 100.000,00 aos seus genitores, em razão da violação do direito à vida do nascituro, buscando amenizar a dor da família e punição do causador. Reconhecendo o STJ, em vista disso, coerência na majoração da verba indenizatória pela morte do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nascituro e assegurando inviabilidade na abertura do Agravo Regimental para revisão dos valores por parte do reclamado, visto não haver parâmetros para medir o valor da perca da vida da prole e expectativa de formação da família. Dessa forma, onerando o Estado ao pagamento à família do nascituro:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. MORTE DO NASCITURO. DANO MORAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA VERBA FIXADA. SÚMULA 7-STJ. 1. Verifica-se que a instância de origem, ao entender que houve demonstração do nexo causal e estabelecer o montante da indenização, decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Ademais a jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitantes ou insignificantes, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos em que a verba indenizatória foi fixada em R$ 100.000,00 (cem mil reais). A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice as Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ – AgRg no REsp: 1471155 RN 2014/0185163-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data do Julgamento 23/10/2014, T2 – SEGUNDA TURMA, Data da Publicação: DJe 27/11/2014) [5]

A priori, os danos acolhidos à reparação eram exclusivamente patrimoniais, envolvendo apenas alimentos e direitos sucessórios. Hoje, os juristas têm acolhido danos morais de maneira majoritária.

> As últimas duas décadas, todavia, representaram uma reviravolta neste cenário. O amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por toda parte, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos, antes marginalizados, parecem enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas. (SCHREIBER, 2011, p. 119)

Posto isso, pode-se afirmar que reconhecimento dos direitos da personalidade do nascituro tem conduzido naturalmente ao reconhecimento da responsabilização civil decorrente de sua violação, o que harmoniza com a redação da Constituição em que pese, privilegia a condição existencial da pessoa humana e sua dignidade, não esgotando sua proteção.

Portanto, a reparação ao dano moral é um direito que vem sido reconhecido fundamentado sob o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III, CF), bem como, na inafastabilidade da proteção jurisdicional (art. 5°, inciso XXXV, CF), inerentes a condição de pessoa humana, independente do grau de desenvolvimento, sendo dever solidário reconhecido também ao nascituro a reparação de agravos por ele sofridos.

CONCLUSÃO

O nascituro é a primeira forma de vida humana, é alguém que ainda não nasceu, mas é a vida humana em pleno desenvolvimento ainda que em ventre materno. É ser único, com características próprias distintas e independentes de seus genitores. Posto isso, é merecedor de atenção devida e plena proteção jurídica de todo o ordenamento brasileiro, visto que esse nasceu para tutelar a vida, vislumbrando tornar as relações sociais passivas, assegurando direitos e destinando obrigações para harmonia e coexistência justa e igualitária entre todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda que haja embate doutrinário quanto ao atributo ou não da personalidade jurídica do nascituro, constata-se um ponto em comum entre as teorias adotadas pelos juristas pátrios, o de que o nascituro possui direitos desde a concepção. Tal afirmação pode ser compreendida na teoria natalista, na forma de expectativas tuteladas; na teoria da personalidade condicionada, sob a forma suspensiva; ou, como coloca a teoria concepcionista, de forma plena desde a concepção.

Porém, com personalidade jurídica, legalmente declarada ou não, existe para o nascituro mais do que simples tutela patrimonial. Existem, em verdade, direitos reconhecidamente protegidos pelo Código Civil, pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e por tratados internacionais dos quais o Brasil é anuente, mesmo antes do nascimento. A doutrina da proteção integral abraça, em verdade, a criança desde a concepção. Logo, cabe ao juiz, frente a esse parâmetro essencial, partir dessa premissa básica para suas decisões fundamentais, com base no direito decorrente do valor da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, este explicitamente previsto em nosso ordenamento, tanto na esfera constitucional, como na infralegal; e no melhor interesse do nascituro, assim como a criança já nascida, gozando de proteção especial.

Impõe-se, dessa forma, a conclusão de que ao nascituro assiste direitos patrimoniais, e extrapatrimoniais, tanto material quanto moral, podendo titularizar o âmbito processual fazendo frente a violações a quaisquer direitos. Se assim não fosse, não teria sentido a disposição do artigo 2º do Código Civil, que resguarda esses direitos desde o momento da concepção, bem como não se justificaria a punição legal do aborto tipificada no Código Penal Brasileiro. A integridade corporal se insere no mesmo princípio, pois sua violação implica evidente risco à sobrevivência do feto ou ao seu pleno desenvolvimento como ser humano. Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei.

Diante das considerações apresentadas, independente que qual corrente se defenda sobre o início da personalidade civil, podemos constatar que direitos são

garantidos desde a concepção da pessoa humana, sendo reconhecidos pelo nosso ordenamento e, na prática, pela jurisprudência, como direito à vida, integridade física, honra, imagem, alimentos, filiação; bem como direitos pertinentes as questões patrimoniais, sendo detentor de direito de sucessão e doação; e para garantir o gozo de tais direitos, lhe é outorgado direito a representação e curatela, possuindo capacidade então de fazer parte de uma lide. Desse modo, assegurando reparação por eventuais danos materiais e morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** In: Vade Mecum Compacto. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 51ª ed. Brasília, DF: Edições Câmara, 2017.

_____. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 20 jul. 2019

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. **Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 06 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. **Lei n. 5.478/68, de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em: 6 de jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental. Responsabilidade Civil do Estado. AgRg no REsp 1471155 RN 2014/01085163-1 2ª Turma. Relator: Ministro Hermam Benjamin. Brasília, DF, 27 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. Processual Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Responsabilidade Objetiva do Estado. ARE 0001096-63.2011.8.01.0001. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 nov. 2016.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto Jurídico do Nascituro: O Direito Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.), **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**, vol. 6, São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** Teoria Geral do Direito Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, Ricardo et al. **Novo Código Civil Comentado**. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GANDRA, Ives. Direito inviolável: **Constituição garante o direito à vida desde a concepção.** Revista **Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-28/constituicao_garante_direito_vida_concepcao. Acesso em: 20 de jul. de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**: Parte Geral. LENZA, Pedro (Coord.). Coleção Esquematizado, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro.** 2ª ed. rev., atual. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 1: Parte geral. 34ª ed. atual. **de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406).** São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 3ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**, v. único. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **A Situação Jurídica do Nascituro: Uma Página a Ser Virada no Direito Brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

TEPEDINO, Gustavo; RODRIGUES, Rafael Garcia. **A parte geral do novo Código Civil**: estudo na perspectiva civil constitucional. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

NOTAS:

[1] Docente da disciplina de Direito Processual Civil do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1995) e Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2000).

[2] Adotada pela ONU em 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, entra em vigor em 23 de outubro de 1990, sendo promulgada através do Decreto nº 99.710, em 21 de novembro de 1990. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

[3] Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, ingressando no Direito Interno Brasileiro através do Decreto nº 678, promulgado em 06 de novembro de 1992. Consagra princípios na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Inteiro teor disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

[4] Inteiro teor em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406764553/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1006600-ac-acre-0001096-6320118010001?ref=serp.

[5] Inteiro teor em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153771103/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1471155-rn-2014-0185163-1/relatorio-e-voto-153771123?ref=juris-tabs.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PARA PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES.

LARA BEZERRA VASCONCELOS:
Advogada. Formada em Direito pela UFPE.

Resumo: Trata-se o presente trabalho sobre o benefício da isenção de imposto de renda, para os portadores de doenças graves, abordando o recente posicionamento jurisprudencial da desnecessidade de comprovação da manutenção dos sintomas da doença para continuar tendo direito à isenção e a discussão acerca da interpretação restritiva do rol das enfermidades graves previsto em lei.
Palavras-chaves: Direito Tributário. Isenção. isenção para portadores de doenças graves. Interpretação restritiva.
Sumário: 1. Introdução. 2. Isenção no Direito Tributário. 2.1 Causas de Exclusão do Crédito Tributário. 2.2 Isenção do IR para doenças graves. 2.3 – Críticas ao rol exaustivo. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

---

1. Introdução

A isenção é uma espécie das causas de exclusão do crédito tributário, configurando-se pela dispensa do pagamento, em virtude da ausência de formação do crédito tributário.

Este benefício apenas pode ser concedido por meio de lei específica, visto que assim determina o art. 150, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a fim de evitar que normas que concedam incentivos fiquem dispersas na legislação ordinária.

Dentre as diversas isenções, o presente trabalho tem como objeto a isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de doenças graves, nos moldes do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88.

Este dispositivo enumera um rol exaustivo das consideradas doenças graves cujos portadores aposentados e pensionistas detêm o direito a dispensa do pagamento do imposto de renda, desde a comprovação da referida causa. A jurisprudência dominante veda qualquer tipo de interpretação ampliativa, além de fixar como termo inicial para requisitar o direito que começa da aposentação.

Ademais, em recentes julgados, vem se formando posicionamento mais favorável aos portadores de doenças graves, no sentindo da desnecessidade de comprovar a persistência dos sintomas da mesma, quando já tinha sido provado por laudo médico válido.

2. Isenção no Direito Tributário

2.1 Causas de Exclusão do Crédito Tributário

Inicialmente, é importante salientar que a isenção do crédito tributário é uma espécie de exclusão do crédito tributário.

A exclusão do crédito tributário consiste em impedir a constituição do crédito tributário, ou seja, o fato gerador do tributo ocorre, bem como o "nascimento" da obrigação tributária, no entanto não acontece o lançamento, de maneira que o crédito tributário não se constitui, consequentemente não há a obrigação principal do pagamento.

As causas de exclusão do crédito tributário, então, evitam a sucessão do fenômeno que gera a cobrança das obrigações, podendo ser vista como uma barreira à constituição do crédito tributário.

Além disso, diferenciam-se as causas de extinção do crédito tributário das causas de exclusão do mesmo. As primeiras são situações após o lançamento do crédito tributário, isto é, o crédito tributário foi constituído e a partir deste momento pode se ocorrer a causa de extinção, enquanto as segundas são antes do lançamento, logo não há constituição do crédito tributário.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, "extinção do crédito tributário é o desaparecimento deste. Como nas obrigações, em geral sua forma mais comum de extinção é o pagamento, que significa a satisfação do direito creditório."[1], depreende-se, o porquê de as causas de extinção ocorrerem após o lançamento do crédito tributário, devido a fazerem parte da sucessão normal de formalização e finalização do crédito tributário. O doutrinador ainda expõe que existem casos de extinção do crédito tributário sem a extinção da obrigação tributária, quando se afeta apenas a forma do crédito. Essa situação resulta em a Fazenda Pública ainda possuir direito de novo lançamento, constituindo outro crédito, quando tão somente atingiu a formalização do primeiro crédito tributário.[2]

O art. 156, do Código Tributário Nacional (CTN) disciplina as espécies de extinção do crédito tributário, quais sejam:

> "Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
> I - o pagamento;
> II - a compensação;
> III - a transação;
> IV - remissão;
> V - a prescrição e a decadência;
> 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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei."

Outrossim, faz-se mister ressaltar que apenas por meio de lei específica é possível conceder ou revogar incentivos fiscais ou tributários, inclusive isenção de tributos, nos moldes do art. 150, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB):

> "§ 6.º 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 enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."

Este dispositivo impede, portanto, que normas de incentivos fiquem dispersas em infindáveis leis ordinárias, como ocorria anteriormente a Constituição Federal de 1988.

Como ressalva, há as isenções do ICMS que seguem o estabelecido na Lei Complementar nº 24/1975, segundo o art. 155, § 2º, XII, "g", da CRFB. Essa lei determina que as isenções do ICMS dependem convênios com decisão unânime entre os Estados e o Distrito Federal.

As espécies das causas de exclusão do crédito tributário são a isenção e a anistia, nos moldes do art. 175, do CTN. A isenção é um benefício fiscal que se configura por dispensar o pagamento de tributos. Bernardo Ribeiro de Moraes explica mais detalhadamente:

> "A isenção tributária consiste num favor concedido por lei, no sentido de dispensar o contribuinte do pagamento do imposto. Há a concretização do fato gerador do tributo, sendo este devido, mas a lei dispensa o seu pagamento. É o benefício fiscal da dispensa do pagamento de um tributo devido. Implica a isenção, sempre, na incidência do tributo, pois somente se pode dispensar o pagamento de um imposto realmente devido. Caracteriza-se a isenção pelos seguintes elementos: (...)c) Não permite a exigibilidade do tributo. A isenção não transforma o fato gerador do tributo em fato não imponível. Na isenção há a incidência do tributo, sendo seu pagamento dispensado por lei."[3]

Enquanto a anistia é o perdão das multas, que ainda não foram lançadas, ou seja "Trata-se, no caso, da relação jurídica sancionatória, implicada pelo descumprimento da relação jurídica tributária a que nos referimos."[4] Observa-se, nesse sentido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Pela anistia, o legislador extingue a punibilidade do sujeito passivo infrator da legislação tributária, impedindo a constituição do crédito. Se já está o crédito constituído, o legislador poderá dispensá-lo pela remissão, mas não pela anistia. Esta diz respeito exclusivamente a penalidade e há de ser concedida antes da constituição do crédito."[5]

Nos termos do CTN, há várias classificações para as isenções, a seguir destacaremos:

> "1 - Quanto à forma de concessão:
> a) absolutas, ou em caráter geral ~ concedidas diretamente pela lei;
> b) relativas, ou em caráter específico - concedidas por lei, mas efetivadas mediante despacho da autoridade administrativa.
> II - Quanto à natureza:
> a) onerosas ou condicionadas - concedidas sob condição que implique ônus para o interessado;
> b) simples - sem a imposição de condições ao interessado.
> III - Quanto ao prazo:
> a) por prazo indeterminado;
> b) por prazo certo.
> IV - Quanto à área:
> a) amplas - prevalentes em todo o território da entidade tributante;
> b) restritas ou regionais - prevalentes apenas em parte do território da entidade tributante.
> V - Quanto aos tributos que alcançam:
> a) gerais - abrangem todos os tributos;
> b) especiais - abrangem somente os tributos que especificam."[6]

Sem explicitação no CTN, há também a classificação quando ao elemento que a isenção pode ser objetiva, quando é conferida em função de certos bens ou subjetiva, em função de certas pessoas, embora sempre visando ao interesse público. O objetivo principal da isenção não está relacionado a proceder com o desenvolvimento regional do Brasil, muito menos a incrementar certa atividade econômica, como já acontece com o incentivo fiscal. Percebe-se, assim, que a isenção é mais semelhante com a imunidade, apesar de esta ter sua abrangência na competência tributária, já que a partir delas se retira o poder tributário em relação a determinados bens, serviços ou pessoas.[7]

Existem ainda as isenções autonômicas e heterônomas. Enquanto as primeiras são concedidas apenas pelo ente que pode instituir o tributo, já as heterônomas podem ser por ente diverso. Via de regra a União está vedada de conceder isenções

heterônomas, com exceção do art. 155, §2º, XII, "e", da CRFB e a de impostos estaduais ou municipais concedida pela União por meio de tratado internacional.

2.2 Isenção do IR para doenças graves

O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, que pode ser compreendida como o produto do capital, do trabalho ou de ambos; ou de proventos de qualquer natureza, nos termos do art. 43 do CTN.[8]

Nas palavras de Roque Antonio Carazza, as isenções apenas são concedidas a fim de favorecer indivíduos que estão com capacidade econômica reduzida no suporte do encargo fiscal, sendo também relacionado a finalidades garantidas pela Constituição, dentre as quais: proteção à velhice, à família, à cultura, aos deficientes mentais, aos economicamente mais fracos, aos gravemente doentes.[9]

Ademais, Aliomar Baleeiro demonstra que a isenção "não é privilégio de classe ou pessoas, mas uma política de aplicação da regra da capacidade contributiva ou de incentivos de determinadas atividades, que o Estado visa incrementar pela convivência pública"[10] Percebe-se, assim, o objetivo de tal isenção é desonerar indivíduos com as condições determinadas, que por causa delas, possuem capacidade contributiva reduzida, sendo um instrumento de extrafiscalidade.[11]

O benefício da isenção do Imposto de Renda, que incide sobre renda e proventos de qualquer natureza, tem base normativa no art. 6º, da Lei nº 7.713/88. Mais especificamente no inciso XIV do mesmo dispositivo, o legislador isentou do referido imposto os portadores de doenças graves, com o objetivo de resguardar essas pessoas acometidas de situação de bastante debilidade, fundamentando-se no direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

> "Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte [sic] rendimentos percebidos por pessoas físicas:
> XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;"

Desta forma, percebe-se que a referida lei possui um rol exaustivo das doenças graves que darão direito ao benefício, desde que os indivíduos sejam pensionistas ou aposentados, ou seja, a isenção é exclusivamente para o benefício previdenciário. Observa-se, assim, que não ocorre a constituição do crédito, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tendo a cobrança da obrigação tributária, devido a um estado de saúde que a lei considerou dispensar o pagamento.

Vale salientar que também se insere nesta isenção quem está recebendo auxílio-doença, auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho, embora, para esses últimos, a isenção do citado tributo seja automática e independente de terem ou não doenças graves.

O aposentado ou pensionista portador de doença grave apenas será isento do imposto de renda, se comprovar a doença por meio de laudo médico de profissional de órgão público, além de ter de requerer especificamente a isenção com base na doença grave em uma unidade do INSS com responsabilidade pelo benefício previdenciário.

A documentação, então, será avaliada por médico do INSS podendo ter deferido ou não seu requerimento. Em caso de deferimento, o próprio órgão efetuará o desconto do imposto de renda. Já em hipótese de indeferimento, pode-se recorrer à Junta de Recursos da Previdência Social.

Além disso, pode haver situação na qual o INSS reconheça a isenção para período anterior ao requerimento, é facultado a pessoa requerer a Receita Federal a restituição do que já foi pago.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 configura um rol exaustivo; vendando-se, portanto, qualquer interpretação ampliativa e com analogia, nos termos do seguinte julgado:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal. 2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido

> contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (numerus clausus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. 3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (...)[12] (grifos do autor)

Outrossim, o STJ também possui o entendimento de que a isenção apenas é sobre os proventos de aposentadoria e de pensão – benefícios previdenciários. Depreende-se, portanto, que a referida isenção possui termo a quo no início da aposentação, de maneira que qualquer tipo de renda ou proveito anterior deve ser normalmente tributado.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88. TERMO A QUO DA AQUISIÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO AO BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCIDÊNCIA CONCOMITANTE DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA E DA REGRA MATRIZ ISENCIONAL. (...) 2. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal. 3. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, é explícito ao conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores de moléstia grave. 4. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. 5. O caso sub examine tem como ponto nodal a determinação do momento em que se concretizou o direito subjetivo à isenção de imposto de renda ao portador de moléstia grave, nos termos da Lei 7.713/88; vale dizer: se quando do efetivo recebimento das verbas salariais (referentes ao período de novembro/84 a setembro/97)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mediante pagamento por precatório em 1999, ou se a partir da aposentadoria do recorrido, que se dera em 1991. 6. É cediço que, assim como a Constituição outorga competência para instituição de tributos, concede também competência também para que se institua a norma de isenção. É dizer: duas são as normas jurídicas distintas entre si - a de instituição de tributos e a de isenção -, restando estreme de dúvidas que a instituição de isenção decorre do mesmo poder que o ente tributante ostenta para estabelecer as regras tributárias. (...) 8. Com efeito, ressoa inequívoco que a realização da regra matriz de incidência tributária é necessária à incidência da norma concessiva do direito à isenção, porquanto esta tem como escopo precípuo reduzir parcialmente o campo de incidência daquela, retirando-lhe um ou alguns elementos que a constituem, e impedindo, portanto a constituição do crédito tributário. 9. Destarte, impende perscrutar o momento em que se realiza a hipótese de incidência tributária do imposto de renda, a fim de se determinar o exato momento em que se deflagra a obrigação tributária, com a ocorrência, no mundo real, do fato que gera a obrigação de pagar o tributo, posto imperativo lógico da norma concessiva de isenção. (...) 10. As verbas salariais, indubitavelmente, são passíveis da incidência de imposto de renda e a isenção opera-se tão-somente naquelas situações elencadas no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, sendo certo que o termo a quo do benefício fiscal é o momento da aposentação. (...) 13. Isto porque o pagamento feito a destempo não tem o condão de fazer a norma isencional retroagir, alcançando fatos anteriores à realização, no mundo fático, de um de seus requisitos essenciais, qual seja, a aposentadoria., uma vez que os rendimentos salariais percebidos à época em que o trabalhador estava na ativa seriam sujeitos à incidência do imposto de renda. (...)[13]

O TRF-1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região – com base em precedentes do STJ reconheceu em recente decisão que a pessoa que já teve comprovadamente câncer não precisa continuar comprovando a persistência dos sintomas, para que tenha direito à isenção do IR por doença grave.

O caso em análise, no supracitado tribunal, era referente a uma pessoa que possuía isenção do imposto de renda desde de agosto de 2004, no entanto foi suspensa a partir de setembro de 2009, com argumento da junta médica de que não se mantinha os sintomas da doença grave, que ensejou o benefício. Essa

situação fez com que o autor da ação requeresse a manutenção da isenção independente de demonstrar persistência dos sintomas ou reincidência da doença.

O relator e os demais membros da Turma votaram, no sentido de que não existe motivo, para que não se suspenda a isenção, porque não é preciso que haja reincidência da doença ou manutenção dos sintomas para fundamentar o direito à isenção. Demonstrou que é suficiente o laudo médico, como prova da doença grave do rol do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, quando do seu aparecimento.

Em seu voto, o desembargador Novély Vilanova afirmou:

> "Ao contrário do afirmado na sentença, é desnecessário o autor demonstrar a recidiva da doença, sendo suficiente o laudo pericial comprovando a doença desde 2004. A finalidade legal da isenção é garantir o tratamento ao paciente no caso de eventual retorno da enfermidade. Diante disso, o autor tem direito à manutenção da isenção do imposto de renda sobre seus proventos nos termos da Lei 7.713/1988 (...) Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, a ausência de reaparecimento da enfermidade não afasta o direito à mencionada isenção tributária".[14]

No mesmo sentido, há o julgado do Mandado de Segurança nº 21.706-DF, do Relator Ministro Mauro Campbell Marques do STJ.

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO COM BASE NO ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. 1. O entendimento jurisprudencial desta Primeira Seção é no sentido de que, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. Precedentes: REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010; REsp 967693 / DF, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 18/09/2007; REsp 734541 / SP, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/2006; MS 15261 / DF, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.09.2010. 2. Mandado de segurança concedido.[15]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma, percebe-se que se forma novo posicionamento para se fixar o entendimento pela desnecessidade de demonstrar a persistência dos sintomas, uma vez comprovada a doença grave por laudo médico.

Esse novo entendimento tornou-se consolidado com a Súmula 627, do STJ, do fim de 2018, com o seguinte enunciado: "O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade."

Ademais, cabe ainda salientar que há projeto de lei (PL 1.227/2019) no Senado Federal, de autoria da Senadora Mara Gabrili, no sentido de ampliar o benefício da isenção do imposto de renda para trabalhadores, mas também aos dependentes, que possuam alguma das doenças graves, de trabalhadores e aposentados, em virtude de o orçamento familiar ser bastante impactado, fazendo jus ao benefício.[16]

Nesse sentido, há a ADI 6.025 proposta pelo Procurador Geral da República, para que se possibilite que as pessoas portadoras de enfermidades graves do rol do artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 que permaneçam em suas atividades laborais também tenham direito à isenção do IR sobre o salário.

2.3 – Críticas ao rol exaustivo

Conforme já exposto, o rol do art. 6º, da Lei nº 7.713/88 é considerado exaustivo, embora parte da doutrina considera que essa configuração viole o princípio da igualdade, já que existem outras enfermidades tão graves quanto. Pode-se citar "o enfisema pulmonar como exemplo emblemático; pois nessa condição nosológica há uma incapacidade muito pronunciada do enfermo em gerir sua vida nas atividades comuns da vida civil e existe aumento significativo de gastos com serviços de enfermagem e medicação além dos custos com médicos e hospitais."[17]

Depreende-se, portanto, que há uma necessidade de interpretação ampliativa, para que se reduza a carga tributária de outros portadores de doenças graves de fora da lista da referida lei.

Apesar dessa necessidade evidente, o entendimento consolidado do STJ ainda é relacionado a interpretação não extensiva, com o argumento baseado na legalidade estrita, que se fundamenta nos art. 150, da CRFB e arts. 97 e 111, do CTN, este último relativo a interpretação literal da isenção, in verbis:

> Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
> I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
> II - outorga de isenção;
> III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Tais dispositivos demonstram a necessidade de estarem a instituição, a majoração e a extinção dos tributos previstas em lei, de forma a passar a ideia de

segurança jurídica, embora que no caso em apreço possa se ter um sentido contrário, de maneira que essa literalidade faz com que prevaleça a norma sobre o conteúdo, deixando para segundo plano as valorações jurídicas, que levaram a legislar a norma.[18]

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que "[...] justamente em face da instabilidade institucional, social e econômica vivenciada [...] verifica-se que o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais. Que, além disso, a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração [...]."[19]

Observa-se que, apesar de se argumentar por meio dos princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica, há contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que há uma quebra de coerência, que se restringe ao tentar resguardar determinados grupos específicos, ao aplicar regras distintas a pessoas em mesma situação, qual seja: enfermidades graves.

3. Conclusão

Pelo exposto, observa-se que a isenção do imposto de renda para os portadores de doenças graves começa a ser ainda mais favorável, em virtude de, uma vez concedida o referido benefício aos aposentados e aos pensionistas, não ser preciso posteriormente comprovar a conservação dos sintomas, nem a reincidência da doença.

Faz-se mister ressaltar que a isenção significa, em suma, a dispensa do pagamento, de modo que não há a formação do crédito tributário. Desta forma, quando uma pessoa se insere dentre as possíveis doenças do rol exaustivo do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, o fato gerador do imposto de renda ocorreu, entretanto o crédito tributário não "nascerá", devido a uma determinação legal, com fundamento em auxiliar essas pessoas doentes, que já comprometem a renda com muitos gastos com sua saúde.

Compreende-se que tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário seguem uma interpretação benéfica para os indivíduos em uma situação de bastante dificuldade financeira, para a própria subsistência, devido aos problemas graves de saúde. Percebe-se que não haveria sentindo de o Estado cobrar o tributo de alguém que tem garantia constitucional comprometida. Desta forma, o valor que não será tributado vai auxiliar no tratamento, que, via de regra, é demasiadamente alto.

Nesse sentido, nas palavras de Anderson Bremer, "Tem-se, no caso, garantias de direito fundamental como elemento determinante da reserva de lei. Desse modo, a precisão jurídica da norma, aliada ao seu viés social, garantem-lhe densidade suficiente para alicerçar posições juridicamente protetivas ao cidadão."[20]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há, assim, um dever do Estado em proteger essas pessoas com doenças graves, devido ao estado de hipossuficiência, dando isenção ao imposto de renda conforme os termos da Lei e da jurisprudência dominante. Concomitante, há a discussão acerca da interpretação extensiva do respectivo rol, visto que há enfermidades graves que não são abrangidas, embora precisem de mesma proteção por causar diminuição da renda, de forma que o Estado se utiliza dos princípios da legalidade, da isonomia e da segurança ao legislar e criar o benefício legal, bem como ao fixar uma interpretação restritiva vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

4. Referências Bibliográficas

AMARAL, Isabela Fernanda dos Santos Andrade; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. Isenção do Imposto de Renda para pessoas com enfermidades graves e a questão da extensão interpretativa do inciso XIV, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/1988. ETIC - ENCONTRO TOLEDO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. V. 12, n.12 (2016). Disponível em: <>. Acesso em 14 ago 2019.

BREMER, Anderson Fiedler. Benefícios fiscais aos portadores de doenças graves e incuráveis. Disponivel em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/benef%C3%ADcios-fiscais-aos-portadores-de-doen%C3%A7as-graves-e-incur%C3%A1veis>. Acesso em 10 jan. 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Alexandre Aiquel Vaz Costa; FREITAS, Daniel Melecchi de Oliveira; Jr., Amaury. Isenção de imposto de renda na Previdência Social: uma análise crítica. P. 5. Disponível em: <https://revista.unilins.edu.br/index.php/cognitio/article/view/99/96>. Acesso em: 14 ago 2018.

DE MORAES, Bernardo Ribeiro. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Editora RT, Vol. 1º, P. 673 a 674.

HARADA, Kiyoshi. Incentivos fiscais: Limitações constitucionais e legais. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/389.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2016.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme. Exclusão do Crédito Tributário. 2007. Disponível em: <http://advocacialunardelli.com.br/en/material/arquivos/artigos/Exclus%C3%A3o.%20cr%C3%A9dito.tribut%C3%A1rio.pgl.03.2007.pdf>. Acesso em: 08 dez.2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. 31 ed. rev, atual., ampl. P.250.

MARQUES, Mauro Campbell. Ministro do STJ. MS nº 21.706-DF. Impetrante Jorge Alberto Duardes Boabaid. Impetrado Comandante do Exército. Data de Julgamento: 23 set. 2015.

PIZZO, Marcelle Moreira. Isenção do Imposto de Renda de Doenças Graves. Monografia. P. 6. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/curso-de-especializacao-em-direito-tributario/edicoes/1_2014/pdf/MarcelleMoreiraPizzo.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador. n° 32, out/nov/dez, 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

STJ - EDcl no REsp: 872095 PE 2006/0175045-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/08/2008.

STJ - REsp: 1116620 BA 2009/0006826-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 25/08/2010.

VILANOVA, Novely. Desembargador TRF1. Apelação nº 0025833-86.2009.4.01.3800. Data de publicação do acórdão 11 de nov. 2016.

NOTAS:

[1] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. 31 ed. rev, atual., ampl.

[2] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. 31 ed. rev, atual., ampl. P.207.

[3] DE MORAES, Bernardo Ribeiro. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Editora RT, Vol. 1º, P. 673 a 674.

[4] LUNARDELLI, Pedro Guilherme. Exclusão do Crédito Tributário. 2007. Disponível em: <http://advocacialunardelli.com.br/en/material/arquivos/artigos/Exclus%C3%A3o.%20cr%C3%A9dito.tribut%C3%A1rio.pgl.03.2007.pdf>. Acesso em: 08 dez.2016.

[5] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. 31 ed. rev, atual., ampl. P.250.

[6] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, São Paulo, 2010. 31 ed. rev, atual., ampl. P.247 a 248.

[7] HARADA, Kiyoshi. Incentivos fiscais: Limitações constitucionais e legais. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/389.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2016.

[8] BREMER, Anderson Fiedler, Benefícios fiscais aos portadores de doenças graves e incuráveis. Disponivel em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/benef%C3%ADcios-fiscais-aos-portadores-de-doen%C3%A7as-graves-e-incur%C3%A1veis>. Acesso em 23 jan. 2017.

[9] CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24.ed. SãoPaulo: Saraiva, 2012, p.559.

[11] PIZZO, Marcelle Moreira. Isenção do Imposto de Renda de Doenças Graves. Monografia. P. 6. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/curso-de-especializacao-em-direito-tributario/edicoes/1_2014/pdf/MarcelleMoreiraPizzo.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

[12] STJ - REsp: 1116620 BA 2009/0006826-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 25/08/2010

[13] STJ - EDcl no REsp: 872095 PE 2006/0175045-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/08/2008

[14] VILANOVA, Novely. Desembargador TRF1. Apelação nº 0025833-86.2009.4.01.3800. Data de publicação do acórdão 11 de nov. 2016.

[15] MARQUES, Mauro Campbell. Ministro do STJ. MS nº 21.706-DF. Impetrante Jorge Alberto Duardes Boabaid. Impetrado Comandante do Exército. Data de Julgamento: 23 set. 2015.

[16] BRASIL. SENADO FEDERAL. Isenção de IR a aposentado com doença grave pode ser ampliada a trabalhadores. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/12/isencao-de-ir-a-aposentado-com-doenca-grave-pode-ser-ampliada-a-trabalhadores>. Acesso em: 14 ago. 2019.

[17] COSTA, Alexandre Aiquel Vaz Costa; FREITAS, Daniel Melecchi de Oliveira; Jr., Amaury. Isenção de imposto de renda na Previdência Social: uma análise crítica. P. 5. Disponível em:

<https://revista.unilins.edu.br/index.php/cognitio/article/view/99/96>. Acesso em: 14 ago 2019.

[18] AMARAL, Isabela Fernanda dos Santos Andrade; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. Isenção do Imposto de Renda para pessoas com enfermidades graves e a questão da extensão interpretativa do inciso XIV, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/1988. ETIC - ENCONTRO TOLEDO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. V. 12, n.12 (2016). Disponível em: <>. Acesso em 14 ago 2019.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador. n° 32, out/nov/dez, 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

[20] BREMER, Anderson Fiedler, Benefícios fiscais aos portadores de doenças graves e incuráveis. Disponivel em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/benef%C3%ADcios-fiscais-aos-portadores-de-doen%C3%A7as-graves-e-incur%C3%A1veis>. Acesso em 10 jan. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS DE EFEITO VINCULANTES À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

ANDRE LUCAS DOS SANTOS GOMES:
Graduando 2019 em Direito pelo CIESA/AM.

LELAND BARROSO DE SOUZA[1]
(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo mostrar qual efeito da súmula vinculante nas lides e seus desdobramentos à luz da Constituição. Quanto às súmulas de efeito vinculante podem apresentar uma ação que usurpa o legislativo, pois, ultrapassa sua finalidade extra *legis*?. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. A edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal tem por objetivo a padronização das decisões judiciais e a pacificação de temas controvertidos, de modo a promover maior segurança e relevância jurídica. Além disso, a jurisprudência consolidada visa garantir a certeza, a previsibilidade e a igualdade dos jurisdicionados, evidenciando a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência, além de construir uma presunção em prol do acerto do precedente. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo as súmulas são entendimentos pacificados dos Tribunais, oriundos das reiteradas decisões em um mesmo sentido acerca de tema específico de sua competência, cujo objetivo é servir de referencial ao mundo jurídico, sem, contudo, ser de observância obrigatória. Por oportuno, é importante consignar que está consagrado no direito pátrio o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz. Em razão disso, o julgador não está compelido a aplicar a matéria sumulada pelo Tribunal, uma vez que o entendimento então cristalizado somente serve de orientação, cabendo ao julgador acatar ou não tais entendimentos nos casos *sub judice*.

Palavras-chave: efeito; inconstitucionalidade; súmulas; vinculantes.

ABSTRACT: This article aims to show what effect of the binding precedent on the dealings and its consequences in the light of the Constitution. With regard to binding effect precedents, they may present an action that usurps the legislature, since it goes beyond its purpose extra legisl? It was elaborated according to the inductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. The edition of binding precedents by the Federal Supreme Court aims to standardize judicial decisions and pacify controversial issues, in order to promote greater security and legal relevance. In addition, consolidated case law aims to ensure the certainty, predictability and equality of the judiciary, highlighting

the moral submission of respect to the wisdom accumulated by experience, as well as building a presumption in favor of the precedent. To this end, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that has been a parameter to resolve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains certain that the summaries are pacified understandings of the Courts, deriving from the repeated decisions in the same sense about a specific subject of its competence, whose objective is to serve as a reference to the legal world, without, however, being of obligatory observance. It is important to note that the principle of free reasoned conviction of the judge is enshrined in national law. As a result, the judge is not compelled to apply the matter summarized by the Court, since the then crystallized understanding is only a guide, and it is up to the judge to abide by such understandings in sub judice cases.
Keywords: effect; unconstitutionality; overlaps; binding.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordou a inconstitucionalidade das súmulas de efeito vinculante. As referidas súmulas coexistem em entendimentos pacificados, expressos de maneira sucinta, acerca de determinado assunto que tiveram solução idêntica e foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio. Em razão de seu efeito, as súmulas vinculantes possuem eficácia imediata, salvo em casos de insegurança jurídica ou interesse público.

Por isso, entende-se que elas violam alguns princípios constitucionais, dentre eles o princípio da separação dos poderes, da legitimidade democrática, do livre convencimento e da independência funcional do juiz, além de ofender o duplo grau de jurisdição, a evolução do direito, o acesso à justiça, a inafastabilidade do controle judiciário, a obrigatoriedade de motivações das decisões e o processo democrático.

Em suma, o que se pretende demonstrar é que as súmulas de efeito vinculante, além de violar nitidamente as cláusulas pétreas da Constituição da República, ofendem vários princípios constitucionais. Torna-se necessário o ponto de vista acadêmico ressaltar até que ponto ainda teremos que ser submetidos a tamanha incoerência por parte do judiciário e de forma imanente o Legislativo não toma medidas para restringir tais atos que perpetuam causando distorção frente à Constituição Brasileira.

O problema abordado: as súmulas de efeito vinculante podem apresentar uma ação que usurpa o legislativo, pois, ultrapassa sua finalidade extra *legis*?

O objetivo geral é mostrar qual efeito da súmula vinculante nas lides e seus desdobramentos à luz da Constituição.

Os objetivos específicos:

- Definir o que é súmula vinculante;

- Apresentar como é aplicada a súmula vinculante nos litígios;

- Caracterizar a inconstitucionalidade das súmulas de efeito vinculante.

Quanto à metodologia o estudo é baseado pelo método indutivo que busca esclarecer a inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante para isso será utilizada à técnica revisão bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1 DA CRIAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE;

Segundo Resende (2018) a presente pesquisa visa estudar a legitimidade do Poder Judiciário, exercida por meio do Supremo Tribunal Federal, na construção de súmulas vinculantes em face dos princípios constitucionais da tripartição de poderes do Estado e da soberania popular.

Para tanto Nery Jr; Nery (2014) para a compreensão do tema é necessário salientar que a Constituição da República de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, outorgou ao povo todo o poder, que deverá ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, de acordo com os preceitos constitucionais. Estabeleceu, ainda, que o poder do Estado será "exercido de forma harmônica e tripartida pelo Executivo, Legislativo e Judiciário".

Neste sentido a soberania popular, de acordo com a norma do artigo 14 da Lei Fundamental, "será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos" e por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular. (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Resende (2018) a função legislativa compete ao Poder Legislativo, composto por representantes do povo, eleitos diretamente para, em nome dele, criar as normas de conduta que regerão o país. A legitimação do processo legislativo se dá quando a criação da norma se sujeita ao crivo democrático da discussão popular.

Neste mesmo sentido o autor supracitado inferiu que a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal tem por objetivo a padronização das decisões judiciais e a pacificação de temas controvertidos, de modo a promover maior segurança e relevância jurídica. Além disso, a jurisprudência consolidada visa garantir a certeza, a previsibilidade e a igualdade dos jurisdicionados, evidenciando a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência, além de construir uma presunção em prol do acerto do precedente.

Assim, abordar-se-á a natureza jurídica e os termos em que a súmula de efeito vinculante foi inserida na Constituição da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> República, passando-se à análise dos princípios constitucionais violados, entre eles o da separação dos poderes, da independência do Juiz, da imparcialidade, do devido processo legal e do livre convencimento. (RESENDE, 2018, p.1).

Silva (2016, p.703) define "a palavra súmula tem sua raiz no latim (s*ummula)*. De Plácido e Silva, conceitua súmula como sendo algo que de modo abreviadíssimo explica o teor ou o conteúdo integral de uma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão".

> (...) é preciso lembrar que há certa confusão no uso do termo súmula. Consagrou-se algo, a bem da verdade, errado, que é a prática de chamar-se determinado verbete (ou seu enunciado) de súmula X ou Y. Ao contrário, do que muitos pensam, o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (os seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado. (CARVALHO, 2008, p.38).

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004 – politicamente conhecida como a "Reforma do Judiciário" – é que surgiu, no ordenamento jurídico pátrio, o instituto da "súmula vinculante".

Embora o Brasil adote o *civil law*, verifica-se, contudo, que o instituto da "súmula vinculante" guarda estreita relação é com o sistema anglo-americano do *common law*.

De acordo com Carvalho (2008, p.7), vários são os motivos que justificaram e, ainda hoje, justificam a origem da súmula no direito brasileiro: a consolidação de interpretação – todavia, mutável quando necessária; a previsibilidade na solução de litígios; a igualdade na aplicação do direito e solução de conflitos; o acúmulo de processos e a celeridade na prestação jurisdicional. A súmula no Brasil tem sua origem em 1963, e como seu mentor e propagador o Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal.

O conceito de "súmula vinculante" adotado é o de MORAES (2008, p.566):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

A Lei nº. 11.417, de 2006, é a que regulamenta o artigo 103-A da Constituição, que trata da "súmula vinculante", e pode ser considerada uma lei curta, posto que de apenas 11 (onze) artigos que, no mais das vezes, são meros repetidores do texto constitucional.

Apesar das inúmeras críticas que tal instituto tem recebido – do propalado engessamento do Judiciário à positivação do direito por este Poder, como por exemplo, na edição da "Súmula Vinculante" nº 13, a verdade é que desde a entrada em vigor da Lei nº 11.417, de 2006, tem-se percebido o seu avanço.

Vários são os motivos que justificaram e, ainda hoje, justificam a origem da súmula no direito brasileiro: a consolidação de interpretação – todavia, mutável quando necessária; a previsibilidade na solução de litígios; a igualdade na aplicação do direito e solução de conflitos; o acúmulo de processos e a celeridade na prestação jurisdicional. (CARVALHO, 2008).

O estudo da Súmula Vinculante transcende á análise de seu objeto, a norma jurídica individual materializada em uma decisão proferida por um magistrado. Para além disso, ter-se-á como primado maior sua finalidade última, conferir estabilidade ás relações jurídicas desagregadas pela aplicação do ordenamento de forma desigual para casos análogos. A estabilidade jurisprudencial propiciada, portanto, pela edição de uma súmula vinculante firma o postulado da segurança jurídica em um sociedade, sendo que confere ao jurisdicionado previsibilidade nas decisões dos denominados processos repetitivos. (KRUG, 2015).

1.1 Conceito de Sumula com efeito Vinculante

Para Carvalho (2008, p. 120), o conceito de "súmula vinculante" é o seguinte:

> (...) apenas e tão-somente isso: síntese de orientações jurisprudenciais do STF a respeito de matéria constitucional que, a despeito de sua força vinculativa e de seu caráter interpretativo, não deixa de ser subordinada à lei, da qual ela é mera tradução enunciativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não obstante a propriedade de tais conceitos, adotar-se-á, neste trabalho, o conceito mais abrangente de MORAES (2008, p.566), para quem:

> As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

2 SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE SEUS EFEITOS E SUA IMPORTÂNCIA

Para Jambo (2005) em termos jurídicos, súmulas são entendimentos jurisprudenciais pacificados, criados por certo Tribunal, as quais servem de orientação aos magistrados para formarem seu convencimento nas soluções das lides.

> Em síntese, as súmulas são entendimentos pacificados dos Tribunais, oriundos das reiteradas decisões em um mesmo sentido acerca de tema específico de sua competência, cujo objetivo é servir de referencial ao mundo jurídico, sem, contudo, ser de observância obrigatória. Por oportuno, é importante consignar que está consagrado no direito pátrio o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz. Em razão disso, o julgador não está compelido a aplicar a matéria sumulada pelo Tribunal, uma vez que o entendimento então cristalizado somente serve de orientação, cabendo ao julgador acatar ou não tais entendimentos nos casos *sub judice*. (RESENDE, 2018, p.3).

Ademais, preceitua o art. 5°, II, da Constituição da República de 1988 que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988).

Com base neste princípio, pode-se afirmar que as súmulas, em regra, não exercem o poder de obrigatoriedade, tendo em vista que em sua criação não são exigidos e observados os mesmos requisitos para edição de uma lei e, tampouco, expressam a vontade geral. (BRASIL, 1988).

Tratam-se somente de entendimentos pacificados dos Tribunais sobre uma lei ou alguns de seus dispositivos em que existam constantes controvérsias. (Brasil, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O vocábulo jurisprudência tem sua gênese no latim, jurisprudentia, em que jus é direito, ciência do direito, e *prudentia* significa sabedoria. Literalmente, jurisprudência é "o Direito visto com sabedoria". No tocante ao conceito em análise, vejamos o que diz Silva:

> Assim é que se entende a jurisprudência como sábia interpretação e aplicação das Leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o hábito de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que assim, se decidam as causas. Desse modo a jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro jus novum. (SILVA, 2014, p.420).

Resende (2018) ressalta que, em nosso país, a jurisprudência é apenas uma fonte de apoio e, portanto, não é criadora do direito.

Note Vieira (1996), denota que a súmula é "um curto enunciado que, de maneira objetiva, explicita a interpretação de um tribunal superior a respeito de determinada matéria".

Discorre Lisboa (2013) que "a criação jurisprudencial (no mesmo sentido encaixam-se as súmulas) há de ser apenas interpretativa, nunca ab-rogativa da lei. Se o for, será ilegal e não deve ser acatada. Mas se apenas a interpreta, os tribunais estão na sua função legítima e é para isto que existem".

> Síntese da jurisprudência pacificada no STF, a súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como gestada, desde sua criação, mostrou-se um importante instrumento de uniformização da interpretação do texto constitucional e é o instrumento jurídico que antecede no Brasil, lógica e historicamente, a criação da súmula vinculante. Sobre isso, acode dizer que, da mesma forma que a súmula vinculante – a qual, embora baseada em alguns instrumentos jurídicos de uniformização e vinculação jurisprudencial do *common law*, é uma criação tipicamente brasileira – a súmula de jurisprudência do STF se apresenta como " um instituto de nítidas raízes brasileiras, sem cópia do *stare decisis* nem filiação a *the restatment of the Law*". (CARVALHO, 2008, p.38).

Por fim Resende (2018), vê-se que o instituto jurídico da súmula é apenas uma síntese da jurisprudência, ou seja, trata-se de um enunciado resumido, sintetizado, do entendimento uniformizado de determinado tribunal acerca de um tema jurídico específico.

Já quanto ao efeito vinculante, Carvalho (2008, p. 41) autor leciona:

> Já efeito vinculante significa algo diverso. Em resumo, ele é um *plus* em relação à eficácia *erga omnes* e significa a obrigatoriedade da Administração Pública e dos órgãos do Poder Judiciário, excluindo o Supremo Tribunal Federal, de submeter-se à decisão proferida na ação direta. Em termos práticos, significa que o Poder Executivo e os demais órgãos judicantes, nos julgamentos de casos de sua competência em que a mesma questão deva ser decidida incidentalmente, devem, obrigatoriamente, aplicar o provimento contido nessa decisão. Se não o fizerem, afrontam autoridade de julgado do Supremo Tribunal Federal, o que "abre as portas" para Reclamação, conforme prevista no art. 102, I, /da Constituição Federal, além, naturalmente, do cabimento dos recursos cabíveis às instâncias superiores. Ou seja, se não for respeitada a decisão proferida na ação direta, o prejudicado poderá valer-se de um instituto próprio, denominado Reclamação, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que garanta, de uma vez, a autoridade de sua decisão. Em outros termos, como se observa, o efeito vinculante ultrapassa o alcance do efeito *erga omnes* – ou seja, a abrangência daquele é bem maior do que este, pois atinge não só o Poder Judiciário e eventuais destinatários da lei ou do ato normativo, em controle concentrado e em abstrato no STF, ou em controle difuso, incidentalmente em casos concretos, nos mais diversos órgãos judicantes do país, mas a Administração Pública em sua totalidade.

Convencionou-se, em razão de construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial, uniformemente denominar o instituto que aqui se colaciona como "súmula vinculante" – embora assim não o seja no próprio texto constitucional, e, ademais, quando se entende que o deveria sê-lo súmula com efeito vinculante.

A Súmula Vinculante, sendo assim, pode ser definida como um instrumento, a ser utilizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, hábil a padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e desigualdades de aplicação de entendimentos diversos em questões idênticas. (BULOS, 2014)

O autor supracitado vaticina que as súmulas podem ser classificadas em: persuasivas, vinculantes e obstativas ou impeditivas de recurso:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Persuasivas são aquelas que não dependem de observância em sua aplicação, ou seja, não são de utilização compulsória. Servem apenas para nortear o julgador quando da formação de sua convicção ao decidir uma lide. Em síntese, as súmulas persuasivas são tidas como um entendimento firmado por um Tribunal Superior, acerca de determinada matéria, destinada a orientar o julgador quando da decisão do caso que lhe foi exposto, sem serem, no entanto, de aplicação obrigatória.

Muscari (1999), define que as vinculantes são "as súmulas dotadas de força obrigatória, se não para o órgão jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízos monocráticos e colegiados que lhe são inferiores."

Silveira Neto (2001) ensina que súmula vinculante é "um enunciado sintético e objetivo exarado por um Tribunal, com o escopo de uniformizar o entendimento reiterado em inúmeros e semelhantes julgados (jurisprudência), que obrigam todos a harmonizarem suas condutas com o declarado pelo Tribunal".

Diniz (2009) nos mostra que a "súmula vinculante é aquela que, emitida por Tribunais Superiores depois de reiteradas decisões uniformes sobre um mesmo assunto, torna obrigatório seu cumprimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário".

> Superficialmente, entende-se por súmula vinculante a editada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação é obrigatória pelo julgador quando da decisão de um caso concreto em que a matéria a ser analisada seja substancialmente análoga à sumulada. Por oportuno, desde já, observa-se que aplicação da súmula de efeito vinculante restringe o âmbito de atuação jurisdicional das instâncias inferiores e da administração pública, uma vez que os órgãos destes deverão aplicar o disposto na súmula, sem contrariá-la. Por sua vez, as súmulas obstativas ou impeditivas de recursos são aquelas que impedem o jurisdicionado de buscar o reexame da decisão pela instância superior (acesso ao duplo grau de jurisdição), por não ser passível a interposição de recurso, já que a matéria decidida se encontra em conformidade com entendimento sumulado por Tribunal Superior. (RESENDE, 2018, p.18).

Ainda de acordo com anterior a súmula vinculante nasce das reiteradas decisões sobre matéria de ordem constitucional proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a qual exige aprovação de dois terços dos ministros daquela Corte. No tocante ao efeito, a súmula vinculante, como se depreende do próprio nome, possui vinculação obrigatória a ser observada pelo Poder Judiciário, bem como pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Administração Pública (direta e indireta), conforme preceitua o art. 3º da Constituição da República de1988. Vejamos:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988).

Para Tavares a construção de um anunciado com força vinculativa a partir de uma decisão não constitui atividade legislativa ou jurisdicional. A atividade distingue-se da função legislativa pelo fato de que ao legislador é conferido vasto leque de opções em que pode atuar de modo, relativamente, discricionário, enquanto o poder judiciário está restrito a um quadro limitado de opções, sendo que, o papel da súmula é fixar uma interpretação possível acerca de um texto normativo prévio, excluindo-se as restantes. Sendo assim, devido a limitação imposta ao STF na edição de um enunciado interpretativo com força vinculante, este não pode atuar *extra legem* ou *contra legem.* Para o autor, o ato interpretativo configura um ato de criação, sendo que não é só o legislador que cria o direito. (TAVARES, 2014).

2.1 A Súmula Vinculante como um Problema de Método: a Comparação entre o Sistema Romano-germânico e o *Stare decisis*

Grande parte dos trabalhos sobre súmula vinculante costumam lançar uma crítica a este instituto devido à sua origem no *stare decisis*, o qual possui uma matriz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interpretativa muito diferente da brasileira que assenta suas bases no sistema romano-germânico. Esses trabalhos pretendem demonstrar que os erros de aplicação e excessos nas pretensões postas nas súmulas vinculantes se originam numa visão do direito muito diferente da brasileira, o que pode ser identificado como um problema de método. (BULOS, 2014).

O direito brasileiro está fundado no direito romano-germânico conhecido como direito europeu-continental. No centro desse sistema de direito encontram-se as normas escritas produzidas pelo legislador que emprestam fundamento à existência do direito. A vida é regulada por uma série de normas escritas organizadas em Códigos específicos às quais o julgador se encontra naturalmente vinculado. Os precedentes judiciais são periféricos no sistema romano-germânico e possuem apenas a finalidade de reforçar a decisão emanada com base na legislação. Por isso, os julgadores devem fundar seus julgamentos na legislação escrita e recorrer aos precedentes judiciais apenas subsidiariamente, para efeitos de convencimento de sua decisão. (BUSETTI, 2017).

No sistema do *stare decisis* adotado pelo direito inglês e pelos sistemas jurídicos dele derivados como o norte-americano, os precedentes judiciais possuem importância determinante no Direito. Nesse sistema, a legislação é escassa e em alguns níveis inexistentes como é o caso da Inglaterra que não possui Constituição escrita, o que justifica a relevância que o precedente judicial agrega na composição desse sistema jurídico. (CARVALHO, 2008).

A jurisprudência é a principal fonte do direito no *stare decisis* e como tal adquire força vinculante para a solução dos casos futuros. A obrigatoriedade de os julgadores adotarem conclusões jurisprudenciais pré-existentes aplicando-as a questões análogas é denominada *stare decisis,* termo proveniente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não perturbe o que já foi decidido). (BUSETTI, 2017).

Dessa forma, nos Estados Unidos, a tradição jurídica impõe que as decisões emanadas das cortes superiores federais e estaduais sejam observadas pelos juízes de hierarquia inferior. As decisões destes, contudo, não geram precedentes. As cortes podem revogar precedentes anteriores que entendam em desuso ou obsoletos e mesmo a legislação pode revogá-los. (CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Atualmente, há uma aproximação entre os sistemas do *stare decisis* e o romano-germânico, uma vez que este último passou a adotar a jurisprudência como forma de fundamento das decisões judiciais, assim como, no *stare decisis,* a produção legislativa tem percebido destaque. (BUSETTI, 2017).

Em que pese a aproximação entre os sistemas, os objetivos a que se presta a súmula vinculante no *stare decisis* são diferentes daqueles que pretende atingir no

sistema romano-germânico. Naquele sistema, o precedente funciona como uma sentença que se amolda a determinado caso concreto em vista de que é ela quem faz as vezes da regulação, estabelecendo os pressupostos da segurança jurídica, da igualdade e da coerência. Note-se que no *stare decisis* o precedente possui sua força coercitiva deferida sobretudo pela comunidade que o respeita como uma regra de regulação da vida em sociedade e nela credita a força estruturante do direito. O direito no *stare decisis* é aquilo que os tribunais interpretam que é e esse pressuposto de legitimidade está muito bem incorporado na cultura desse sistema. Por outro lado, no sistema romano-germânico as normas escritas são fartas, as Constituições são expansivas e convivem com a interpretação dos tribunais, gerando uma composição do direito em que a regra positivada ainda possui legitimidade sobressalente. O direito positivo exerce uma influência determinante na conformação do sistema jurídico romano-germânico e mesmo a interpretação jurisprudencial que afaste a incidência das regras positivadas ou negue a sua existência está pressuposta num esquema de direito em que essas regras se não exercem uma influência maior na cultura da sociedade, existem. (JAMBO, 2005).

A súmula vinculante pretende instituir um método novo de interpretação do direito pautado na autoridade do precedente do Supremo Tribunal Federal. Conforme a crítica acima lançada não se pode conceber que este método obtenha a eficácia que encontra no *stare decisis*. O método da súmula vinculante não é adequado pelos motivos já expostos, mas, principalmente, devido à pretensão uniformizadora do pensamento jurídico a que se propõe, como se em uma síntese lingüística descritiva pudessem estar contidas todas as interpretações do direito para a imensa gama de casos que demandam apreciação particularizada pelo poder judiciário. (BUSETTI, 2017).

2.2 Súmula Vinculante como um Problema a partir do Método

A súmula de efeitos vinculantes se conforma como um enunciado geral e abstrato que resume o tratamento que o Supremo Tribunal Federal entende que se deva firmar a um determinado conjunto de casos que apresentem em comum a identidade da discussão jurídica abrangida no preceito. A Corte redigirá um enunciado após a apreciação de um significativo número de demandas que versem sobre "idêntica" controvérsia constitucional. (BUSETTI, 2017).

A intenção planificadora do método proposto pela súmula vinculante revela o problema jurídico-filosófico de se restringir as possibilidades de interpretação do direito, reduzindo-o à linguagem proposta no enunciado, normando assim de forma genérica um conjunto de casos concretos que sempre reclamam solução particularizada. (DIAS, 2004).

O método oferecido pela súmula é o da norma geral e abstrata tal como foi concebida por Kelsen. Para a Teoria Pura do Direito de Kelsen, a norma superior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

regula o ato por meio do qual a norma inferior é criada. Na criação da norma inferior, a norma superior determina não apenas o procedimento por meio do qual a norma inferior é criada, mas eventualmente também o conteúdo desta. (CARVALHO, 2008).

Segundo a Teoria Pura do Direito, na relação entre a Constituição e a lei, o procedimento regulamentador é predominante. O conteúdo das futuras leis é determinado também pela Constituição. Na relação entre a lei e a decisão judicial o conteúdo da norma individual é determinado. Essa determinação que nunca é completa, pois a norma não prevê todos os detalhes, deixa uma margem de arbítrio, de modo que a norma superior em relação ao ato que a implementa (seja de criação da norma inferior ou de simples implementação), tenha apenas o caráter de uma moldura a ser preenchida por esse ato. A edição da norma geral sempre se opera mantendo sua essência através da pressuposição de que a norma individual editada na implementação da norma geral continuará o processo de determinação, o processo subjacente ao ordenamento hierárquico das normas legais. (BUSETTI, 2017).

Verifica-se que a súmula vinculante bem se adéqua à doutrina da Teoria Pura do Direito criada por Kelsen porque nela a subordinação hierárquica do comando particular que será a decisão judicial do caso concreto não apenas já contempla a direção que a norma particularizada (inferior) deverá seguir harmonicamente com aquela, senão, de antemão, determina e esgota o próprio conteúdo desta norma. (JAMBO, 2005).

A estrutura da súmula vinculante se identifica com os comandos gerais e abstratos da legislação criada pelo Poder Legislativo porque se utiliza da mesma técnica utilizada pelo legislador na criação das leis. Note-se que a faculdade ativa está deslocada para o Poder Judiciário, o que poderia ensejar discussões acerca da legitimidade deste Poder na utilização de argumentos próprios ao legislador como o são os argumentos de justificação para a criação das leis. (KHOURI; TAVARES, 2015).

Defendem alguns autores que os críticos ao instituto da súmula vinculante estariam apegados ao modelo de Estado Legalista por entenderem que a jurisprudência não pode servir de fonte do direito. Ao revés, se compreendermos que toda a possibilidade de interpretação construtiva ficará obstada pelo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal a despeito de unificar o entendimento sobre o direito constitucional, então podemos afirmar que a súmula, esta sim, encerra uma lei cuja legitimação ativa é restrita e a interpretação já está contida na própria lei que é imperativa – deve ser observada, do contrário prevê uma sanção – possui efeitos vinculantes – gera observância obrigatória - e não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enseja novas interpretações pelos magistrados de instâncias inferiores. (KRUG, 2015).

As características de abstração e generalidade que se vislumbram na súmula de efeitos vinculantes criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 fundamentam o argumento de que se criou no direito brasileiro um instituto que em lugar de funcionar como jurisprudência dominante, pode bem ser compreendido como uma fonte abstrata legislativa a cargo do Poder Judiciário. A natureza da súmula vinculante seria, pois, de norma jurídica, devido às características de generalidade e abstração. (LISBOA, 2013).

A matriz positivista ainda é prevalecente em nossa tradição jurídica e ignorá-la não reduz o extenso caminho a ser percorrido pelo nosso Direito para conceber que as decisões judiciais precisam ser suficientemente fundamentadas em argumentos interpretativos comprometidos com a melhor solução do caso em exame - como defende a doutrina do Direito como Integridade de Ronald Dworkin -, independentemente de estarem baseadas na lei ou no precedente jurisprudencial vinculante da Corte Suprema. (BUSETTI, 2017).

As normas de aplicação controvertida pelos juízos e tribunais assim o são porque são interpretadas por seus intérpretes. Com o esquema da súmula vinculante, criou-se um padrão interpretativo, ele ditará como determinadas normas devem ser interpretadas frente à Constituição. Há um segundo comando geral e abstrato sobreposto ao primeiro para fins de dizer o que aquele primeiro deseja externar. Entretanto, o instituto não consegue afastar que esta segunda norma também merece interpretação, retornando ao problema anterior de que poderão surgir ainda quanto à súmula vinculante controvérsias inevitáveis. A vontade planificadora esbarra num problema inerente de hermenêutica: o de que não é possível cercear na totalidade as possibilidades da interpretação, ainda que este seja o propósito maior do método. (PASSOS; FIORATTO, 2007).

2.3 Natureza jurídica

Segundo Resende (2018) a súmula vinculante trata-se de um enunciado de conteúdo normativo, vez que é editada em termos de compulsoriedade. Aliás, o próprio artigo 103-A da Constituição dispõe que "a súmula **terá** efeito vinculante (...)".

Além disso, a súmula vinculante é um enunciado jurídico e não moral ou de outra grandeza. Acrescenta-se, ainda, que, por ser criada pelo órgão de cúpula do judiciário brasileiro, nos termos do 103-A da Constituição da República, a natureza jurídica da súmula vinculante mais reafirma ser uma norma jurídica. (SAADI, 2007).

> O Supremo Tribunal Federal tem como competência precípua a guarda da Constituição, ou seja, é ele quem tem nas mãos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> em última instância a Constituição, é a ele que cabe tornar efetiva a aplicação e interpretação do direito constitucional positivo. A palavra final, no que diz respeito à Constituição, cabe a ele, STF. Conseqüentemente, ao editar súmula com efeito vinculante, a matéria tratada será de norma constitucional. Logo, a súmula não terá apenas "força de lei", mas "força de norma constitucional" somente modificável pelo Poder Legislativo por emenda constitucional. (RESENDE, 2018, p.10).

As súmulas vinculantes, além de serem dotadas de caráter geral e abstrato, possuem o efeito vinculativo que muito se assemelha às normas elaboradas pelo Legislativo. Acerca da semelhança entre as súmulas vinculantes e as normas jurídicas, cabe mencionar as palavras de Tavares (2012):

> Assim como a violação à lei autoriza propositura de ações judiciais corretivas – haja vista a característica da imposição, coerção e sanção inerentes ao ordenamento jurídico –, a violação às súmulas autoriza a propositura da reclamação para correção da desconformidade. Portanto, as súmulas de efeito vinculante possuem força de Lei Constitucional, sendo indevidamente criadas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual compete resguardar a correta aplicação do Direito e não criá-las. Acrescenta-se, ainda, que é inconcebível atribuir às súmulas de efeitos vinculantes igual hierarquia ou valor das normas jurídicas.

3 CARACTERIZAR A INSCONTITUCIONALIDADE DA SÚMULA DE EFEITO VINCUNLANTE SOB ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO.

Desta forma Resende (2018), vislumbra-se que a súmula vinculante é a jurisprudência criada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação do entendimento sumulado é de cumprimento obrigatório pelo Judiciário e pela Administração Pública em geral. Assim, na prática, a súmula vinculante possui força de lei, uma vez que cria um vínculo jurídico e possui efeito erga omnes.

Denota-se, conforme autor supra mencionado ainda, que a súmula vinculante é um instrumento que impede juízes de instâncias inferiores decidir diversamente do Supremo Tribunal Federal quando a questão sub judice envolver entendimento já expresso por meio dela.

Ainda neste o autor supramencionado que a súmula vinculante trata-se de um enunciado de conteúdo normativo, vez que é editada em termos de compulsoriedade. Aliás, o próprio artigo 103-A da Constituição dispõe que "a súmula terá efeito vinculante.

Acerca da semelhança entre as súmulas vinculantes e as normas jurídicas, cabe mencionar as palavras de Passos; Fiorrato (2007, p.13):

"Assim como a violação à lei autoriza propositura de ações judiciais corretivas – haja vista a característica da imposição, coerção e sanção inerentes ao ordenamento jurídico –, a violação às súmulas autoriza a propositura da reclamação para correção da desconformidade".

Portanto Resende (2018), as súmulas de efeito vinculante possuem força de Lei Constitucional, sendo indevidamente criadas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual compete resguardar a correta aplicação do Direito e não criá-las. Acrescenta-se, ainda, que é inconcebível atribuir às súmulas de efeitos vinculantes igual hierarquia ou valor das normas jurídicas.

Quanto às violações Constitucionais em decorrência da adoção da súmula de efeito vinculante, vale colacionar as palavras de Maria Helena Mallmann Sulzbach, apud Dalmo de Abreu Dalari, na matéria "Efeito vinculante: prós e contras", em especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31/3/1997:

> (...) significa alterar o princípio constitucional que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais. A possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelos tribunais de cúpula significa atribuir a esses competência de cassação e afirmação das normas, com evidente fragilização do Poder Legislativo e, acima de tudo, subtração de sua prerrogativa formal de legislar. Trata-se, ao nosso ver, de sucedâneo judiciário de Medida Provisória e, portanto, é mais uma forma de usurpação das funções legislativas do Congresso Nacional. E mais, sob o enfoque das consequências da edição de comando legislativo compulsório, ao qual o juiz se submete obrigatoriamente, há evidente supressão do processo de renovação do direito através da jurisprudência. Suprimindo-se o princípio do livre convencimento do juiz, suprime-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> também uma das principais fontes desse processo que tem, em sua origem o exercício da advocacia, que fica restrito e limitado a requerer ao Judiciário simplesmente a aplicação do enunciado vinculativo. Com o engessamento do processo de renovação do direito fica a indagação: de que realidade e em que fatos sociais dinâmicos os tribunais de cúpula irão buscar inspiração para editar os seus comandos legislativos? Não tenho qualquer dúvida de que a busca da solução justa de cada processo é inerente à democracia, que não pode ser abalada a pretexto de descongestionamento do Judiciário." (DALARI, 1997, p.15).

Conforme Resende se verá adiante, a adoção das súmulas de efeito vinculante acaba por violar diversos princípios consagrados Constitucionalmente. Demonstra-se:

> A separação dos poderes do Estado originou-se de uma teoria (Tripartição dos Poderes) que foi se desenvolvendo ao longo da história por meio de estudos de filósofos, tendo efetivamente se consagrado no século XVIII, após a conclusão de Montesquieu. A doutrina de Montesquieu não só especificou as funções a serem exercidas pelo Estado (como fizera Aristóteles), como também mostrou a necessidade de ser atribuído a titulares diferentes o exercício das funções. A idéia da separação dos poderes, além de visar a liberdade individual, também estava voltada para o aumento da eficiência do Estado, uma vez que cada órgão do Estado se especializaria em uma função. (RESENDE, 2018, p.25).

Em suma, a teoria surgiu com o fito de assegurar as liberdades individuais e, ainda, para concentrar a atividade estatal em "três poderes" distintos. Nesse sentido, as palavras de Charles-Louis de Secon-dant *apud* Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo,

> o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos. (DIAS, 2004, p.134).

Resende (2018) expõe que com essa idéia, o filósofo criou o sistema de freios e contrapesos, sendo conferido ao executivo participação legislativa e ao legislativo a fiscalização da execução.

O princípio da separação das funções do Estado está expressamente previsto no artigo 2° da Constituição Federal de 1988. Prevê o referido dispositivo legal que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". (BRASIL, 1988).

Para Montesquieu apud Resende, as três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) seriam harmônicas e independentes entre si, não sendo permitido uma sobrepor a outra. Contudo, haveria uma complementação de desempenhos entre eles. (RESENDE, 2018, p.30).

O princípio do livre convencimento também é conhecido como princípio da persuasão racional do juiz. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, "tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção".

Conclui-se deste princípio que "o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais". (SILVEIRA NETO, 2001).

O princípio em questão também aponta a independência do juiz em relação aos Tribunais Superiores. Em razão disso, está o referido princípio diretamente ligado à garantia de independência dos juízes, "a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência." (TAVARES, 2012).

Facilmente nota-se que o princípio constitucional do livre convencimento do juiz é ofendido com a adoção de súmulas de efeitos vinculantes. A incompatibilidade se evidencia na medida em que o juiz, mesmo convencido do contrário, terá que decidir o processo de acordo com o entendimento sumulado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelo Supremo Tribunal Federal, ante a força de vinculação da súmula. (PASSOS; FIORATTO, 2007).

O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto implicitamente na parte final do inciso LV, do art. 5º da

Constituição da República de 1988, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Verifica-se ser garantida a ampla defesa "com os meios e recursos a ela inerentes", sendo assegurado o reexame da decisão por um órgão superior, cuja previsão e competência estão reguladas nos artigos 5º, LV, 92, 102, 105 e 108, todos da Constituição da República de 1988.

O princípio em comento tem por objetivo evitar decisões erradas ou injustas, já que abre ao jurisdicionado a possibilidade de reexame da decisão por um órgão colegiado que, em tese, julga com menor margem de erros, por ser constituído por julgadores com maior experiência jurídica. incompatibilidade entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o efeito vinculante das súmulas é clara, uma vez que não seria necessária a interposição de recurso pela parte desfavorecida pela decisão, pois o provimento final da instância a que se recorreu já seria conhecido de antemão. (MUSCARI, 1999).

Em termos práticos, o duplo grau de jurisdição fica violado na medida em que, ao interpor um recurso para Tribunal Superior, poderá o relator negar seguimento ao recurso, ao argumento de que a matéria a ser reexaminada é contrária ao conteúdo de súmula vinculante. Além de se estar inviabilizando o duplo grau de jurisdição, as provas produzidas no processo, que poderiam mudar a decisão, sequer são analisadas, restando impossível até mesmo alterar o entendimento de determinada súmula vinculante. (RESENDE, 2018).

O artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, expressamente prevê o princípio da garantia de acesso ao judiciário. O referido dispositivo legal define que a "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio em análise resguarda o direito ao indivíduo de ingressar em juízo em busca de proteção de seus interesses. Trata-se de uma garantia fundamental que tutela, além do acesso à justiça, a correta prestação jurisdicional em garantia ao respeito dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. (SAADI, 2007).

A prestação jurisdicional, baseada neste princípio, deve estar centrada na legítima atividade, sustentada nas garantias previstas na Constituição, não sendo permitida, sob qualquer pretexto, a realização de atos contrários às necessidades dos litigantes em um processo. Ademais, é dever do Estado garantir aos indivíduos o acesso à justiça, sendo proibida qualquer disposição legal contrária à garantia de acesso à função jurisdicional democrática.(MORÃES, 2008).

O postulado do acesso à justiça, além de assegurar o acesso ao juízo e a plena atividade do judiciário, também garante proteção ao indivíduo no que se refere aos atos abusivos porventura praticados pelo poder público, como, por exemplo, os atos que proíbam a análise de demandas judiciais ou que não respeitem as garantias fundamentais tuteladas por nossa Constituição. (NERY JÚNIOR; NERY, 2014).

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (...) mais modernamente foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões. (LISBOA, 2013).

Além disso, o princípio em comento expressa a importância da fundamentação das decisões que serão proferidas pelo julgador, sob pena de nulidade caso assim não o faça. Desta forma, além de atentar para a garantia do devido processo legal, o julgador deverá analisar as questões levantadas no decorrer da prestação da atividade jurisdicional, para que o provimento final esteja em harmonia com o produzido democraticamente pelas partes litigantes do processo. (KRUG, 2015).

É clara a desarmonia existente entre a fundamentação das decisões e o efeito vinculante das súmulas. Aceitar a inserção de súmula de efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico é autorizar que as decisões judiciais sejam fundamentadas apenas formalmente, já que será necessário apenas alegar consonância entre a decisão e o entendimento de súmula vinculante. (RESENDE, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Observa-se que, enquanto garantia constitucional, o processo democrático engloba uma série de direitos que não se coadunam com a adoção das súmulas vinculantes, já que, ao decidir com base em entendimento cristalizado em súmula vinculante, o órgão do judiciário sequer terá oportunidade de observar os princípios mencionados. Se isso não bastasse, as súmulas vinculantes também impedem interpretação oposta à matéria sumulada. Assim, obstar o surgimento de entendimento divergente, ainda que de forma fundamentada, estar-se-á ignorando o reexame da matéria (duplo grau de jurisdição). (TAVARES, 2012).

De acordo com Passos; Fioratto (2007, p.115), o efeito vinculante:

> (...) é uma extensão da coisa julgada para além da lide singular. A afirmação contém em si, em termos científicos, uma heresia, mas, na prática, este será o efeito do tal efeito vinculante amplo pretendido. E isto é conspirar contra o conceito mesmo da coisa julgada, em todas as latitudes. O mesmo Sérgio Sérvulo da Cunha (...) lembra que 'os efeitos dessa decisão, porém, são circunscritos àqueles que puderam expor suas razões em juízo, fazer provas, debater o Direito e os fatos e recorrer das decisões contrárias (...) É impossível, em face desse direito fundamental, proferir-se decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve a oportunidade de se defender, fazer prova, expor suas razões, discutir o fato e o Direito. (...) A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais, o alcance executório da coisa julgada, restringe-se, portanto, aos que foram parte no respectivo processo.' (...) Tais e pertinentes conclusões vêm secundada pela invocação do texto constitucional, exatamente no que ele contém de mais eloqüente, em torno das inderrogáveis prerrogativas de cidadania, segundo a qual aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, (art. 5º, inciso LV da Carta Política) e, segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, do mesmo texto constitucional).

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o processo, por ser garantia constitucional, somente será válido acaso respeitado o princípio do devido processo legal, ou seja, o provimento jurisdicional deve corresponder ao que foi produzido pelos litigantes por meio do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante deste estudo dirigido, pode-se dizer, seguramente, que a adoção das súmulas de efeito vinculante em nosso ordenamento viola princípios constitucionais e não guarda relação com o sistema jurídico adotado no Brasil. Não há como negar o caráter inconstitucional do referido instituto.

Conforme explanado, as súmulas de efeito vinculante foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário". Nos termos em que foi inserida, a súmula vinculante, como próprio nome já diz, possui caráter de obrigatoriedade de aplicação tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública (direta e indireta), conforme se depreende do artigo 103-A e incisos da Constituição da República.

A inconstitucionalidade das súmulas vinculantes se sustenta, uma vez que diversos princípios constitucionais são violados. Elas afrontam o princípio do devido processo legal e demais princípios correlatos, como a ampla defesa, o acesso à justiça, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a fundamentação das decisões judiciais, além de desrespeitar o duplo grau de jurisdição, a separação dos poderes e a legitimidade democrática.

No tocante à violação dos princípios do devido processo legal, cabe registrar que as garantias consagradas em nossa Constituição visam garantir as partes litigantes o acesso à justiça e todos os meios a ela inerentes, além de serem indispensáveis para uma correta prestação jurisdicional.

A súmula vinculante, por sua vez, impede a produção de provas, não garante discussões e apresentação dos entendimentos em juízo. Desta forma, acaba por inibir a possibilidade de entendimentos contrários ao provimento jurisdicional, causando uma estagnação no direito pátrio.

O princípio do livre convencimento do juiz também é afetado com a adoção das súmulas de efeito vinculante, uma vez que o magistrado passa a não ter autonomia diante da coisa julgada, já que fica impedido de analisar o caso de acordo com sua racionalidade e sendo crítico em razão da existência de uma súmula vinculante para aquele caso em decisão.

No que se refere ao duplo grau de jurisdição, de forma simples, temos que este diz respeito à possibilidade de reexame da matéria por um Tribunal superior. Com a adoção das súmulas vinculantes, nenhum sentido terá o recurso para reexame da matéria, haja vista que o assunto recorrido já será de antemão conhecido, pois aquele assunto já se encontra cristalizado em uma súmula, de observância e aplicação obrigatória. Assim, de nada adianta as provas produzidas porque não haverá oportunidade para apreciação das mesmas.

Quanto ao princípio da separação de poderes, a súmula de efeito vinculante atribui poderes ao Judiciário que nunca foram concedidos a outro órgão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

organizador do Estado. A usurpação de poderes é nítida. A prerrogativa de legislar cabe ao Poder Legislativo, que é composto por representantes do povo eleitos democraticamente para desempenhar suas funções. Contudo, ao editar súmulas com efeitos vinculantes, o judiciário acaba por criar uma "lei". Destaca-se "lei" por ser de observância obrigatória, já que as referidas súmulas não são criadas de acordo com os mesmos moldes legais que uma lei propriamente dita e, tampouco, é elaborada pelo órgão competente (Legislativo) para tanto.

Note que sumula é enunciado de repercussão devido julgados reiterados em relação aos dispositivos legais, eis que os poderes são harmônicos e independentes entre si, nunca um sobrepondo ao outro. Caso contrário, o próprio Estado se converterá em descrédito perante suas próprias instituições e em relação aos possuidores do poder popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 abr 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 06 set 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSETTI, Caroline. **O Problema Hermenêutico da Súmula Vinculante**: Uma análise a Partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Caxias do Sul (RS): UCS, 2017.

CARVALHO, Flávio Pereira de. **O Histórico do Processo Legislativo de Criação da Súmula Vinculante no Brasil** – influência, origem e desdobramentos desde o seu aparecimento. Senado Federal. Universidade do Legislativo Brasileiro. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Monografia em Direito Legislativo. Brasília (DF): UNILEGIS/UFMS, 2008.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro**. Jus, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/955564-eneas-castilho-chiarini-junior/publicacoes>. Acesso em: 08 set 2019.

DALARI, Dalmo de Abreu. Matéria "**Efeito vinculante**: prós e contras", em especial sobre a Reforma do Judiciário. Duque de Caxias (RJ): Revista Consulex. n. 3, 31 mar., 1997, p.15.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. 1. ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2004, p.134.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – volume 4**. 3. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009.

JAMBO, Paloma Wolfenson. **O poder vinculante das súmulas e a impossibilidade da identificação estreitadas causas submetidas à Justiça**. Internet: Site Jus, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6961/o-poder-vinculante-das-sumulas-e-a-impossibilidade-da-identificacao-estreita-das-causas-submetidas-a-justica>. Acesso em: 12 abr 2017.

KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. **Súmulas Vinculantes e Força Normativa**: Aspectos Críticos. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS. Rio Grande do Sul (RS): UFRGS, 2015. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/50488/38301+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 08 set 2019.

KRUG, Maiara. **Os Efeitos das Decisões Emanadas pelo STF no Controle Repressivo de Constitucionalidade e na Súmula Vinculante**. Trabalho de Conclusão de Curso. Santa Cruz do Sul (RS): UNISC, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 8. ed. Guarulhos (SP): Saraiva, 2013, p.72.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula Vinculante**. 1. ed. São Paulo (SP): Juarez de Oliveira, 1999, p.40.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 14. ed. Campinas (SP): Revista dos Tribunais, 2014.

PASSOS, Cinthia Emilia; FIORATTO, Débora Carvalho. **A Súmula Vinculante no Estado Democrático de Direito**. Campinas (SP): PUC, ano 06, n. 01, dez. 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/fiorato.doc.>. Acesso em: 10 abr 2019.

RESENDE, Ludmila Antunes. **A inconstitucionalidade das Súmulas de efeito vinculante**. Artigo Científico. Internet: Site Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-das-sumulas-de-efeito-vinculante,590221.html>. Acesso em: 14 abr 2019.

SAADI, Bernardo de Vilhena. **A Constitucionalidade da Súmula Vinculante**. Rio de Janeiro (RJ): Atlas/Revista de Direito Administrativo, 2007. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br › ojs › index.php › rda › article › download>. Acesso em 08 set 2019.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Niterói (RJ): Forense, 2016, p.703.
SILVEIRA NETO, Antônio. **Súmula de Efeito Vinculante**. Internet: Site Angelfire, 2001. Disponível em: <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art64.html>. Acesso em: 10 abr 2019.
TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
VIEIRA, Oscar Vilhena. **Economia de direitos**: efeitos colaterais serão maiores que os benefícios da súmula vinculante. São Paulo (SP): Jornal O Estado de São Paulo, card. Eco., 1º out., 1996.
NOTAS:

---

[1] Professor Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6960689508807424

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

PAULO JANNER HAMANN: Aluno do oitavo semestre do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade.

*Diogo Zanon Godinho**[2]**.*
*Victória Fantinel**[3]**.*
*Geisiane Pereira da Rosa Benneti**[4]**.*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo buscar em julgados do TRF4, se existe a aplicação de um princípio utilizado no direito penal para crimes onde o bem jurídico tutelado não sofre um dano digno de prejuízo, ou seja, o resultado do delito é tão insignificante que os Magistrados aplicam esse princípio, pois o Direito Penal não se preocupa com bagatelas. Pelo entendimento de que o Direito Penal não se preocupa com bagatelas, existe a aplicação de tal princípio, até mesmo para que não se afogue o Judiciário com delitos que não causam um prejuízo digno de punição. Quando se trata de matéria previdenciária, a competência de julgamento é da esfera federal, por existir um crime de Apropriação Indébita Previdenciária no ordenamento jurídico, e esse dano causado não atinge apenas uma pessoa e sim um bem maior que é a Previdência Social. Diante disso, verifica-se a importância de se fazer um estudo sobre a aplicação do Princípio da insignificância nesse tema, uma vez que a matéria de Previdenciário é de âmbito Nacional e atinge toda a população do país, demonstra-se a pertinência do estudo do tema para a academia e sociedade. Pergunta-se: Se estariam os Tribunais Regionais Federais da 4° Região, adotando o Princípio da Insignificância nos crimes de Apropriação Indébita Previdenciária? O método de abordagem utilizado será o dedutivo e o procedimento será o monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Apropriação Indébita Previdenciária; Bagatela; Princípio da Insignificância; Previdência Social.

ABSTRACT: The present work has as objective to seek in TRF4 judgments, if there is a principle used in criminal law for crimes where the protected legal good does not suffer harm worthy of loss, that is, the result of the crime is so insignificant that Magistrates apply this principle, because Criminal Law does not worry about trifles.

On the understanding that criminal law does not concern itself with trifles, there is the application of such a principle, even in order not to drown the judiciary with crimes that do not cause harm worthy of punishment. When it comes to social security matters, the jurisdiction of judgment is of the federal sphere, because there is a crime of indiscriminate Settlement in the legal system, and this damage caused not only affects a person but a greater good that is Social Security. Therefore, the importance of carrying out a study on the application of the Principle of Insignificance in this theme is verified, since the matter of Social Security is of National scope and reaches the entire population of the country, it is demonstrated the relevance of the study of the theme for academia and society. Will the Regional Federal Courts of the 4th Region be adopted, adopting the Principle of Insignificance in the crimes of Indiscriminate Settlement of Social Security? The method of approach used will be the deductive and the monographic one.

KEYWORDS: Indirect Settlement of Social Security; Bagatelle; Principle of Insignificance; Social Security.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade explorar diante dos julgados do TRF4 se existe a possibilidade de aplicar um princípio muito conhecido no Direito Penal, qual seja, o Princípio da Insignificância, o qual não está explícito no ordenamento Jurídico. Nele têm-se os princípios explícitos e os implícitos, que são utilizados pelos magistrados para o norteamento de suas decisões durante o processo judicial e motivação para suas sentenças.

Dentre os princípios explícitos, tem-se por exemplo, o princípio da ampla defesa e do contraditório previsto na Carta Magna em seu Art.5° inciso LV dizendo que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando se trata de princípios implícitos nas leis, por exemplo, o princípio da insignificância (ou princípio da bagatela) que não tem sua previsão escrita, o próprio Magistrado tem a incumbência de fazer a aplicação em casos práticos.

Perante a ausência de previsão legal desse princípio, fica então a cargo dos juízes e tribunais dizerem quais são as situações e delitos cabíveis para a sua aplicação em um caso concreto, como o trazido neste trabalho, qual seja, a apropriação indébita previdenciária. Por se tratar de competência Federal, quem deve julgar tal fato são os Tribunais Regionais Federais.

Quanto ao método de procedimento utilizado será o monográfico, pois serão selecionados e analisados alguns casos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4° Região, em que o Tribunal decidiu ou não pela aplicação do Princípio da Insignificância no crime de Apropriação Indébita Previdenciária.

O artigo apresenta-se dividido em três partes, a primeira aborda brevemente um resumo sobre o que é a apropriação indébita no Código Penal, e a Apropriação Indébita Previdenciária, suas distinções e onde são tipificadas no ordenamento jurídico; enquanto a segunda parte traz o que é o Princípio da Insignificância e onde ele se encaixa na árvore do crime.

Num terceiro momento é analisada se existe a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de Apropriação Indébita Previdenciária no entendimento do TRF4 em seus julgados.

1 Apropriação Indébita e Apropriação Indébita Previdenciária

Para que se possa iniciar um entendimento sobre apropriação indébita, deve-se ter o conhecimento de onde ele está tipificado no ordenamento jurídico. O Código Penal Brasileiro traz esse delito que está descrito em seu *art. 168 "Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção"*[5].

Quando se lê o caput desse artigo, verifica-se que o praticante desse tipo penal já tem a posse da coisa, ou seja, o agente ativo por algum motivo está com o objeto licitamente só que no transcorrer do tempo ele não o devolve a quem é de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito, então tem-se aí a apropriação indébita, que é fazer como se fosse sua a coisa alheia.

Esse crime não pode ser confundido com o de furto, que é a subtração da coisa móvel de seu dono, entende-se que subtrair é tirar algo de alguém, privar essa pessoa de seu objeto sem o seu consentimento, assim já disse Salles Júnior "Na apropriação indébita não ocorre uma violação da posse material do dono. A coisa não é subtraída (como no furto ou roubo), nem obtida fraudulentamente (como no estelionato). Ao revés é entregue, voluntária"[6].

Ao ler o caput do artigo 168, tem-se duas palavras que precisam ser entendidas para que se possa ter uma ideia mais clara, posse e detenção. Posse é quando a pessoa tem o exercício, pleno ou não, de pelo menos um dos poderes inerentes à propriedade, quais sejam, usar, gozar, dispor e reaver conforme traz o Código Civil em seu art. 1.196 "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade"[7].

Já a detenção é quando uma pessoa conserva a posse em nome de outra que lhe deu esse poder, como quando alguém empresta determinado bem móvel a outrem e esse o tem como possuidor de boa-fé.

Superado esse tipo penal, segue-se agora para aquele que é pauta desse artigo, qual seja, a apropriação indébita previdenciária. Esse tipo penal está previsto no Código Penal em seu artigo 168-A "Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional"[8].

Quando se lê esse artigo, se verifica que o núcleo é "deixar de repassar", nesse caso então seria uma conduta omissiva do sujeito ativo que tem o dever de repassar para a Previdência a contribuição de seus empregados, o sujeito passivo, que é aquele que sofre a ação, é diretamente a Previdência Social. No tipo penal também se pune quem deixa de recolher as contribuições que tenham integrado despesas contábeis relativas a prestação de serviços ou venda de algum produto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O bem jurídico tutelado pelo crime de apropriação indébita previdenciária é o interesse patrimonial da Previdência social, devido a isso esse crime não é de perigo, mas sim de lesão a esse patrimônio, Gomes traz uma diferença entre os dois tipos de apropriação indébita "O risco muito sério de se encarar o delito de apropriação indébita previdenciária segundo os padrões da perspectiva puramente formalista clássica (do século passado, isto é, do milênio findo) é o de se confundir o ilícito administrativo (não pagar o débito) com o ilícito penal"[9].

Na consumação desse crime é necessário que aquele que é responsável por recolher os pagamentos não o faça em prazo determinado, nas palavras de Prado "a consumação ocorre quando o responsável tributário, embora tenha deduzido a contribuição social dos pagamentos já referidos, deixa de recolhê-la no prazo legal fixado pela mencionada legislação"[10], no mesmo pensamento temos Fernando Capez "consuma-se no momento em que se exaure o prazo legal ou convencional assinalado para o recolhimento das contribuições"[11].

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA INCIDÊNCIA NA ÁRVORE DO CRIME

Para que se possa entender do que trata esse princípio, precisa-se antes de tudo entender como o delito é formado, e onde que esse princípio se enquadra topograficamente na árvore do crime, pois o objetivo desse artigo não é pormenorizar todos elementos do delito, mas sim ter uma breve explanação desse princípio.

Trata-se agora de uma breve definição de crime, esse conceito não é algo natural e sim artificial, assim disse Michael Foucault, "É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural"[12], essas condutas consideradas mais graves e merecem ser punidas, são trazidas pela sociedade que indica para o legislador a necessidade de serem criminalizadas com o intuito de proteger interesses particulares, com a palavra Nucci, "Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica"[13].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando se fala em delito, a doutrina utiliza a Teoria Tripartida, que é como o delito é montado, ele deve conter o Fato Típico (tipicidade), antijurídico (ilícito) e culpável, caso venha a faltar algum desses elementos não há de se falar em delito ou crime.

Começa-se a falar da culpabilidade, que nada mais é do que a capacidade de alguém receber pena, ou seja, ser imputada uma sanção para o agente praticante do delito, nesse sentido, conforme Nucci, "Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude"[14].

Culpabilidade por tanto diz respeito não somente a capacidade do agente receber pena, mas também de um juízo de reprovação social de sua conduta que no momento de sua ação ou omissão poderia agir de modo distinto para que se evitasse o resultado, mas por algum motivo esse resolveu agir contrariamente ao que a lei exige, assim já dizia Rogério Greco, "Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente"[15].

Vencido o entendimento sobre a culpabilidade, chega-se no segundo ponto da árvore do crime, fato antijurídico ou também conhecido como ilícito. Quando se traz aqui o nome árvore do crime, deve-se ter em mente que esta tem sua parte vertical e horizontal, e dentro de cada ponto este se subdivide em outros vários. Aqui se tratando da parte vertical, onde cada ponto é escrito um abaixo do outro, e a parte horizontal vai se ramificando ao lado de um destes três pontos verticais.

Quando se trata da Ilicitude, ou antijuridicidade, deve ser interpretada como a conduta do agente efetivando uma lesão ao bem jurídico tutelado, Nucci traz em seu manual o conceito de ilicitude, diz, "É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito)"[16].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto essa conduta ilegal deve ser cometida após ter sido incluída no ordenamento jurídico como sendo crime. A carta Magna assim prevê em um dos artigos mais importantes, qual seja, o artigo 5°, inciso XXXIX que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"[17].

Esse artigo dada sua importância pouco difere daquele que está no próprio Código Penal em seu artigo primeiro tratando do Princípio da Reserva Legal, "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal"[18].

Interpretando esse artigo fica clara a ideia de que se uma conduta não está claramente tida como crime no ordenamento jurídico, o agente, em tese, não poderá ser punido caso efetive essa tal conduta.

Por mais que um determinado comportamento seja tipificado como crime, existem algumas situações que permitem ao agente praticá-los e não ser punido por isso, são as chamadas excludentes de ilicitude. Essas excludentes encontram amparo no próprio Código Penal em seu artigo 23 "Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito"[19].

Seguindo a leitura no Código Penal têm-se a definição de estado de necessidade no art. 24 "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio"[20]. E a definição de legítima defesa se encontra no texto do art. 25 "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem"[21].

Após essa leitura fica evidente que, por mais que a conduta seja considerada crime estando ela em alguma dessas hipóteses afasta-se um dos elementos da árvore do crime, logo não existirá a pretensão punitiva do Estado contra o agente do fato, conforme também o entendimento de Nucci, "Se presente uma das causas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

relacionadas no art. 23 do Código Penal, está-se afastando um dos elementos do crime, que é a contrariedade da conduta ao direito"[22].

Posterior a esse estudo do segundo elemento, deve-se partir agora para o último deles, aquele que fica no topo da árvore do crime, o fato típico, conforme já falado no texto a cima, para a existência de um delito é imprescindível que ele esteja tipificado no ordenamento antes do cometimento da conduta, conforme Bitencourt "A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena signe praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal "[23].

O fato típico tem suas divisões internas, é em uma delas que é aplicado o Princípio da Insignificância, as duas principais divisões são, fato típico formal e fato típico material, ver-se-á o que significa cada um e como esse princípio vai ser utilizado.

Quando se fala em tipicidade formal se deve ter a adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, ou seja, a lei descreve o tipo e se a conduta do agente se enquadrar perfeitamente no que está descrito como crime, então têm-se o tipo formal, já dizia Greco "A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico"[24].

Evidencia-se que a apreciação da tipicidade não está apenas na parte formal já explicada acima, mas também deve-se verificar se a conduta descrita como ilícita efetivamente atinge um bem jurídico tutelado, e nesse bem deve haver um real dano ou ofensa ao patrimônio da vítima, esse bem jurídico deve poder ser valorado, devido a isso é mister trazer as palavras de Manas "deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo"[25].

Analisando esse aspecto, pode se ver que se a conduta tipicamente descrita como delito não trouxer um prejuízo significativo para a vítima, ou seja, se esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dano não puder ser valorado, mensurado de maneira a realmente atingir seu patrimônio, aplica-se então o Princípio da Insignificância, pois o dano causado é tão pequeno que o direito penal não deve se preocupa com tais bagatelas, assim diz Nucci "Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *última ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas"[26].

O direito penal no ordenamento jurídico, funciona como *última ratio*, como escrito acima, isso significa que só existirá uma real intervenção se caso for realmente necessário, quando uma conduta produz graves danos ao direito tutelado, caso isso não ocorra não se fará *jus* a incidência de punição, como disse Bitencourt "sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado"[27].

O princípio da insignificância não possui previsão legal expressa, apenas existem entendimentos jurisprudenciais, é uma criação doutrinária utilizada pelos magistrados para que se dê a aplicação do direito penal como última saída para solucionar determinada conduta aplicando a ela uma pena. Por não haver essa previsão expressa, foram criados alguns requisitos para a aplicação desse princípio, como por exemplo o reincidente, ou o delinquente habitual, aquele que faz de pequenos delitos seu meio de vida, Nucci nos diz isso "O reincidente, que tornou a furtar, por exemplo, ainda que tenha subtraído algo que, pelo valor, possa espelhar insignificância, deve ter a sua conduta mais severamente apurada"[28].

Conforme pode-se compreender onde o Princípio da Insignificância se encontra na árvore do crime e as situações que ensejam tal aplicação, se pode partir para a análise da aplicação deste no crime de Apropriação indébita previdenciária, conforme entendimentos dos nossos desembargadores do TRF4.

3 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRF4 PARA VERIFICAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentro do contexto de aplicação do princípio da Insignificância a Suprema Corte tem entendido que pode ser aplicado desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles "a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada"[29].

Pesquisa realizada no TRF4, utilizando os termos de busca insignificância, apropriação indébita previdenciária, bagatela, foram encontrados mais de 3.000 (três mil) registros, sendo que a escolha foi feita nos julgados que tratavam diretamente sobre o Princípio da Insignificância e a Apropriação Indébita Previdenciária, sendo desconsiderados aqueles que apresentavam em seu conteúdo outros crimes. Ao julgados deste trabalho foram escolhidas porque apresentam visivelmente em seu texto o tema do presente artigo.

Após a análise de alguns Julgados do TRF4, pode se verificar a aplicação de tal princípio, desde que preenchidos os requisitos citados acima e um último trazido agora, qual seja, o art. 2° da Portaria n° 75 do Ministério da, "O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais)"[30].

Conforme descrito na Apelação Criminal n° 5003193-10.2015.4.04.7001/PR, foi aplicado o Princípio da Insignificância, segue o relatado "Aplicabilidade do preceito destipificante ao ilícito do art. 168-A do CP se o valor total do débito consolidado não ultrapassar R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Hipótese em que se reconhece a atipicidade material da conduta quanto aos fatos remanescentes."[31]. Visto tal entendimento pode-se verificar que nesse caso foi configurado o crime previsto no art. 168-A do Código Penal e o valor não superior ao da Portaria do Ministério da fazenda, pôde ser sim aplicar tal Princípio.

Seguindo a análise da Apelação Criminal n° 5003579-76.2016.4.04.7204/SC, o valor deixado de recolher foi de R$13.143,36 (treze mil cento e quarenta e três reais e trinta e seis centavos), visto que esse quantum é menor do que o previsto na Portaria supra citada, pôde-se também nesse caso concreto aplicar o Princípio

da Bagatela, foi reconhecido a insignificância da conduta, segue parte do voto "Ante o exposto, voto no sentido de solver a questão de ordem formulada para, dando cumprimento ao quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecer a atipicidade material da conduta por insignificância penal e absolver o réu."[32].

Seguindo na análise de mais uma situação, conforme Apelação Criminal n° 5004014-07.2017.4.04.7207/SC, o valor do débito após a apuração corresponde a R$ 10.497,33 (dez mil quatrocentos e noventa e sete e trinta e três centavos) sendo esse valor incluindo juros e multa é inferior ao estabelecido pela Portaria do Ministério da Fazenda, mas nesse caso específico não foi aplicado o Princípio da Insignificância pois existem mais débitos decorrentes de outros crimes denunciados na referida ação penal, segue parte do texto "Ocorre que, havendo outros débitos tributários de crimes conexos denunciados na mesma ação penal, o valor das contribuições devidas supera o patamar de R$ 20.000,00 estabelecido pela Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda."[33].

Outro fato que influenciou a não aplicação do Princípio da Insignificância foi o de que o réu já possuía outra ação penal pelo mesmo crime, Apropriação Indébita Previdenciária, de empresa diversa não tornando assim recomendável a aplicação do mesmo.

Diante do exposto, percebe-se, mesmo sem previsão legal, o TRF 4 tem aplicado a portaria número 75 do Ministério da Fazenda que trata sobre a requisição do Procurador da Fazenda Nacional para que se dê o arquivamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional desde que o valor seja igual ou inferior a R$20.000,00 (vinte mil reais).

CONCLUSÃO

O presente trabalho propiciou ao leitor, ao longo de seu desenvolvimento, ter uma ideia do significado do Princípio da Insignificância e de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, bem como um breve resumo dos crimes de Apropriação Indébita e Apropriação Indébita Previdenciária tipificados no código Penal Brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em face das considerações feitas acima, conclui-se que a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela é uma ferramenta indispensável em certos fatos trazidos ao Judiciário, para que se possa com sua utilização fazer certas condutas serem descriminalizadas pois essas não causam um efetivo prejuízo a um bem jurídico.

Verificou-se ao analisar alguns julgados que tal princípio pode, sem sombra de dúvidas, ser aplicado no crime de Apropriação Indébita Previdenciária, desde que preenchidos os requisitos exigidos, podendo assim configurar as condutas como insignificantes ratificando assim a premissa de que o Direito Penal não deve se preocupar com condutas de pouca relevância.

Por fim, é mister salientar que o presente trabalho não teve como objetivo o exaurimento do estudo e conhecimento do tema supra, pelo contrário, esse teve o escopo de proporcionar um estudo de elementos para que se possa ter uma reflexão do tema e consequentemente verificar como se posicionam os Desembargadores perante essa questão.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Lei 10.406/02. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Portaria n° 75/2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da união e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.412**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n° 5003193-10.2015.4.04.7001/PR**, Relatora: Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene, Sétima Turma, julgado em 04/12/2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n° 5003579-76.2016.4.04.7204/SC**, Relator: Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Oitava Turma, julgado em 08/05/2019. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n°5004014-07.2017.4.04.7207/SC**, Relatora: Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, Sétima Turma, julgado em 16/10/2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte especial. V. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GOMES, Luis Flávio. **Crimes Previdenciários**: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. VI. 2: Parte Especial, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Apropriação Indébita**, v 8, 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

VICCO MANAS, Carlos. **Princípio da Insignificância:** Excludente da Tipicidade ou da ilicitude? Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOTAS:

[1] Aluno do oitavo semestre do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade. E-mail: janner@bm.rs.gov.br

[2] Aluno do décimo semestre do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade. E-mail: diogozg@hotmail.com

[3] Aluna do oitavo semestre do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade. E-mail: vic.fantinel@yahoo.com.br

[4] Aluna do Oitavo semestre do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade. E-mail: geisianepereiradarosabenetti@hotmail.com

[5] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.

[6] SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Apropriação Indébita. P.13.

[7] BRASIL. Lei 10.406/02. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.

[8] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.

[9] GOMES, Luis Flávio. Crimes Previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. P.27.

[10] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. VI. 2: Parte Especial, arts. 121 a 249. 8°. P.188.

[11] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte especial. P. 476.

[12] FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir. P.87.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.137.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.236.

[15] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. P.169.

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.201.

[17] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[18] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[19] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[20] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[21] BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[22] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.202.
[23] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte Geral.P.131.
[24] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. P.288.
[25] VICCO MANAS, Carlos. Princípio da Insignificância: Excludente da Tipicidade ou da ilicitude?. P.149.
[26] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.181.
[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte Geral.P.82.
[28] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. P.182.
[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.412, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[30] BRASIL. Portaria n° 75/2012. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[31] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n° 5003193-10.2015.4.04.7001/PR, Relatora: Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene, Sétima Turma, julgado em 04/12/2018. Disponível em: http://www.trf4.jus.br. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[32] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n° 5003579-76.2016.4.04.7204/SC, Relator: Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Oitava Turma, julgado em 08/05/2019. Disponível em: http://www.trf4.jus.br. Acesso em: 17 Jun. 2019.
[33] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4° Região. Apelação Criminal n°5004014-07.2017.4.04.7207/SC, Relatora: Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, Sétima Turma, julgado em 16/10/2018. Disponível em: http://www.trf4.jus.br. Acesso em: 17 Jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MARKETING ELEITORAL: O FACEBOOK COMO INSTRUMENTO DE DIFUSÃO E CAPTAÇÃO ELEITORAL.

HUMBERTO AUGUSTO VASCONCELOS DOS SANTOS: Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de apontar como o marketing eleitoral no facebook pode ser um instrumento de captação eleitoral. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. O marketing político visa mostrar ao público-alvo o alcance e concretização desses anseios na captação e prospecção de possíveis eleitores que podem encontrar no candidato seus anseios em relação admitirem como seu representante. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo destarte são as premências do homem, e a aplicação do marketing político interligar essas exigências ao mercado, formando uma conexão estreita e direta entre política e individuo. As pessoas têm uma variedade incrível de necessidades que não podem ser satisfeitas todas ao mesmo tempo. Por exemplo: nós temos sempre necessidade de nos alimentarmos para satisfazer a fome, mas não se pode comer constantemente. O marketing político é uma ferramenta com a qual o candidato estabelece comunicação com o eleitorado com vistas a apresentar suas propostas e conquistar votos fazendo a captação através de uma rede social específica. Dessa forma, o candidato tem que estar sintonizado com as congruências de seus eleitores. o Facebook, por ser a maior rede social do mundo e possuir uma grande quantidade de usuários no Brasil, torna-se uma rede social indispensável para o candidato propagar sua candidatura. Ele produz um canal de relacionamento com seus clientes, proporcionando maior visibilidade e interação.

Palavras-chave: captação; difusão; eleitoral; facebook; instrumento; marketing.

ABSTRACT: This article aims to point out how electoral marketing on facebook can be an instrument of electoral recruitment. It was elaborated according to the method of inductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. Political marketing aims to show the target audience the reach and fulfillment of these aspirations in the capture and prospection of possible voters who can find in the candidate their wishes in relation to admit as their representative. For this purpose, jurisprudence, precedents, statements and understandings of recurrent cases have been used which have been a parameter to

solve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains to be sure. These are the pretensions of man, and the application of political marketing interconnects these demands to the market, forming a close and direct connection between politics and the individual. People have an incredible variety of needs that can not be met all at the same time. For example, we always need to feed ourselves to satisfy hunger, but we can not eat constantly. Political marketing is a tool with which the candidate establishes communication with the electorate in order to present their proposals and win votes by capturing them through a specific social network. In this way, the candidate has to be in tune with the congruence of their constituents. Facebook, being the largest social network in the world and owning a large number of users in Brazil, becomes an indispensable social network for the candidate to propagate his candidacy. It produces a channel of relationship with its clients, providing greater visibility and interaction.

Keywords: abstraction; diffusion; electoral; Facebook; instrument; marketing.

INTRODUÇÃO

Ante a relevância do tema que é Marketing eleitoral qual foi proposto no projeto de artigo ficou delimitado seu aspecto de abrangência e estudo da seguinte forma Marketing Eleitoral: O facebook como instrumento de difusão e captação eleitoral.

Já na hipótese ficou estabelecido "O marketing eleitoral é decisivo na eleição de candidatos através de captação de votos no facebook". É uma proposta que visa mostrar de propositiva a importância das redes sociais seu impacto da mídia eletrônica.

Desta forma justificando de forma enfática que o facebook agrega e congrega uma diversidade de pessoas com interesses prurimos uns fazem comércio, amizades, as empresas se aproximam dos consumidores, e são palanque para reivindicações e mais recentemente foi decisivo nas eleições políticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E se tornou um novo nicho para os políticos se aproximarem dos seus eleitores. Este trabalho de pesquisa visa mostrar como o facebook pode e deve ser usado como instrumento de captação e prospecção política nos pleitos eleitorais.

Como instrumento de difusão, exposição das suas propostas e intenções para com seus públicos alvos e buscar novas adesões, como projetos de campanhas e fechando com plano político.

Tendo como objetivos no tanque a parte geral apontar como o marketing eleitoral no facebook pode ser um instrumento de captação eleitoral. E no seu aspecto específico:

- Estabelecer os meios para propaganda eleitoral no facebook;

- Apresentar os mecanismos para difusão no facebook através da propaganda eleitoral;

- Mostrar a prospecção do candidato no facebook junto ao eleitorado como forma de ser uma alternativa baixo custo para sua eleição.

Desta forma este artigo busca expor as várias faces que o candidato se utiliza para divulgar suas intenções ao pretenso eleitos e carrear com isso candidatura rumo pleito que ele consiga obter votos para sua aprovação e com isso representar o povo dentro do que estabelece a Lei Eleitoral sobre o tema proposto.

Neste sentido antes de tudo nos remete como a sociedade busca experiências despertam o bem-estar. Neste ínterim o marketing é uma ferramenta essencial para alavanca todo o processo e concretizar estratégias que coloquem uma comunicação que importa com valor e gerando satisfação as necessidades dos consumidores.

Algum tempo atrás, os candidatos a cargos políticos submetiam ao uso de santinhos, que tinham a foto e informações divulgando seus objetivos políticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com avanço tecnológico, e dinâmica da comunicação em massa se diminuiu esse espaço e foi estreitado para se atingir com mais facilidade seu público e de mais rápida além do que facilitou a coleta dos dados e interação com sugestões dos eleitores.

Na rede social Facebook um dos métodos mais disponíveis e a rápida proliferação de conteúdos, facilitando sua difusão e compartilhamento de informações diárias tendo com feedback por parte população em tempo real.

Em função o marketing político, adaptou-se fazendo com que propaganda política sejam usadas através das mídias sociais, captando, através de estreitamento da conversa moderna e eficiente o caminho do eleitor até o candidato com informações relevantes.

1 REDE SOCIAL

De acordo com Lopes (2014) a rede social é constituída por pessoas e devemos fazer a analogia que pessoas são os nós da rede, desenvolvendo laços sociais por meio das conexões; aumentando a capacidade de interação proporcionando capital social. Quando se fala em redes sociais na internet, estamos falando de redes que geram laços mediados por computador facilitando a interação humana.

> A rede social *online* como uma tentativa de explicar os agrupamentos sociais surgidos no ciberespaço. Trata-se de uma forma de tentar entender a mudança da sociabilidade, caracterizada pela existência de um grupo social que interage através da comunicação mediada pelo computador. Assim como nas teorias de redes sociais clássicas também existe divergências na definição de redes sociais virtuais, entendemos redes virtuais como agrupamentos complexos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> constituídos por interações sociais apoiados por tecnologia digitais de comunicação. Quando uma rede de computadores conecta uma rede de pessoas e organizações, é uma rede social. Redes sociais na internet não conectam somente máquinas, computadores e sim conectam pessoas que estão por trás desses computadores, as mobilizam e circulam informação. O baixo custo de exposição e econômico leva a interação e consequentemente a participação. A conversação sobre política não é habitual para varias pessoas, e essas preferem não debater assuntos políticos face-a-face, um ambiente como a internet com pouca exposição direta ocasiona segurança para as pessoas se articularem sem medo de parecer não entender do assunto ou se indisporem com terceiros. (MARIN; WELLMAN, 2010).

A rede social na internet tem como paradoxo o fato de a interação mediada por computador fazer com que as pessoas tenham uma maior capacidade de revelar intimidade. Colocamos que esse fato pode levar a uma maior facilidade de interação e exposição velada numa aparente invisibilidade ocasionando uma necessidade exacerbada de exposição. (WELLMAN, 2003).

Fazendo com que as pessoas conectadas possam se apresentar de varias formas em rede, tanto de forma relevante como apenas em exposição pessoal ou como acima em uma relação ambígua político/celebridade. São construções plurais sujeitos, representando múltiplas facetas de sua identidade. Essas construções representam os nós / nodos da rede em questão. Assim mesmo sem alto grau de conhecimento, as pessoas tentam analisar debates, pesquisas, se expondo nessas análises, marcando pessoalidade, nesse sentido o F*acebook* se constitui um espaço importante devido ser a rede social mais acessada atualmente. (LOPES, 2014, p. 30).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2 MAKETING POLÍTICO

Segundo Ribeiro (2015) o marketing político visa mostrar ao público-alvo o alcance e concretização desses anseios na captação e prospecção de possíveis eleitores que podem encontrar no candidato seus anseios em relação admitirem como seu representante.

Destarte são as premências do homem, e a aplicação do marketing político interligar essas exigências ao mercado, formando uma conexão estreita e direta entre política e individuo. A hierarquia de necessidades de Maslow identificou cinco instâncias básicas e comuns a todo tipo de cidadão, quais sejam: necessidades fisiológicas, necessidade de segurança; de amor, afeição e estima; necessidade de ego e necessidade de auto-realização. Para tanto enfocamos as necessidades humanas como ponto de partida.

> As pessoas têm uma variedade incrível de necessidades que não podem ser satisfeitas todas ao mesmo tempo. Por exemplo: nós temos sempre necessidade de nos alimentarmos para satisfazer a fome, mas não se pode comer constantemente. (COBRA, 1997, p.41).

De acordo Figueiredo (1994, p.10) o marketing político é uma ferramenta com a qual o candidato estabelece comunicação com o eleitorado com vistas a apresentar suas propostas e conquistar votos fazendo a captação através de uma rede social específica. Dessa forma, o candidato tem que estar sintonizado com as congruências de seus eleitores. Os aspectos conceituais do marketing reúnem um conjunto de técnicas: "O marketing político é um conjunto de técnicas e procedimentos que têm como objetivos adequar um (a) candidato (a) ao seu eleitorado potencial, procurando fazê-lo, num primeiro momento, conhecido do

maior número de eleitores possível e, em seguida, mostrando-o diferente de seus adversários, obviamente melhor do que eles".

Coaduna neste sentido Manhanelli (1988, p.70), sobre essência e mostra: "O marketing político tem como essência destacar as qualidades do candidato, direcionando estratégias no sentido de alcançar o eleitorado que mais se identifique com essas qualidades e, por outro lado, amenizar as deficiências que o candidato possua".

Corrobora Rego (1985, p.74) com o marketing político com a seguinte definição: [...] "conjunto das atividades planejadas para trabalhar o candidato enquanto produto. Entre elas, destacam-se a pesquisa do mercado eleitoral, o planejamento do conceito do candidato, a determinação das estratégias, o planejamento de mídia, o esquema promocional e a organização geral da campanha".

Conforme Figueiredo (1994, p.32), "quem fala em marketing político deve pensar, imediatamente, em pesquisa. Para balizar corretamente as estratégias de seu/sua candidato(a), você vai lançar mão de, basicamente, quatro tipos de pesquisas [...]".

Ainda segundo o Figueiredo (1994), considera que as pesquisas são feitas para otimizar a utilização de estratégias de comunicação aplicadas à campanha eleitoral. O quadro geral tem como objetivo disponibilizar uma visão panorâmica do quadro político, sociológico e econômico do país ou da localidade. A vida profissional dos adversários em questão também se encaixa nos quesitos de pesquisa. Conhecer o seu oponente é um diferencial para que as fraquezas desse tornem-se pontos positivos e agregadores. Figueiredo dizendo (1994, p.38), "numa campanha, metade do trabalho você faz no seu quintal. E a outra metade no quintal do adversário".

3 MARKETING ELEITORAL E A LEGISLAÇÃO ELEITORAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Manhanelli (1992) o marketing eleitoral é o processo desenvolvido por meio das ferramentas de comunicação disponíveis, utilizando-se das informações obtidas pelas pesquisas e análises de dados, que irão definir os métodos do mesmo e a comunicação necessária a ser usada pelo político na sua campanha.

Teleologia do marketing eleitoral é montar a imagem do candidato em um período considerado curto, mas não deixando de ser um trabalho contínuo, com o intuito de atingir seus eleitores de uma forma consistente onde o objetivo é ficar na lembrança do eleitor, e fazer com que o número de votos e simpatizantes cresça.

> O objetivo do marketing eleitoral consiste em implantar técnicas de marketing político e comunicação social integrados, de forma a conquistar a aprovação e simpatia da sociedade, construindo uma imagem do candidato que seja solida e consiga transmitir confiabilidade e segurança á população elevando o seu conceito em nível de opinião pública. (MANHANELLI, 1992, p.22).

Ao analisar O crescente número de simpatizantes e, conseqüentemente, de votos a seu favor, depende da forma de comunicação do candidato com os seus potenciais eleitores e com o próprio partido ao qual é filiado. Iten e Kobayashi (2002, p.91) destaque que: "A consolidação de seu relacionamento e a amplitude de contatos e geração de um prestígio cada vez mais destacado são garantia de ampliação de seu espaço político e de consolidação de suas novas forças, ação que fortalece e conquista de seus objetivos e que inibe a aparição de novas forças concorrentes, dentro e fora de seu partido político".

O TSE (2018) editou uma cartilha que visa orientar partidos, candidatos e profissionais da área de comunicação digital, no que se refere à propaganda eleitoral na Internet. Entre as alterações promovidas pela Lei nº 13.488, de 6 de

outubro de 2017, na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas eleitorais, há uma que modifica radicalmente o marketing político na Internet, em especial nas redes sociais.

Ao longo da última década Iten e Kobayashi (2002), a Internet vem ganhando cada vez mais importância nas campanhas eleitorais. A cada eleição, a Justiça Eleitoral amplia as possibilidades de uso das plataformas on-line para divulgação de candidatos, partidos e campanhas.

Com o fim das doações de pessoas jurídicas a candidatos, definido por decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4650) – ratificada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 – e com a crescente popularização das mídias sociais, as campanhas on-line tendem a ser cada vez mais decisivas. (BRASIL, 2015).

Além do art. 36 da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) – que regula a propaganda eleitoral em geral, o art. 22 da Resolução - TSE nº 23.457, de 15 de dezembro de 2015, e a Lei nº 13.488/2017 dispõem que a propaganda eleitoral na Internet pode ser feita por meio de. (Brasil, 1997, 2015 [TSE] e 2017):

> - Plataformas on-line;
>
> - Site do candidato, do partido ou da coligação, sendo o endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado em provedor de Internet localizado no Brasil;
>
> - Mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, desde que ofereça a opção de cancelar o cadastramento do destinatário (no prazo máximo de 48 horas);
>
> - Blogs, redes sociais e sites de mensagens instantâneas com conteúdo produzido ou editado pelo candidato, pelo partido ou pela coligação. (BRASIL, 1997 e 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda de acordo com a Resolução - TSE nº 23.457/2015, é proibido:

- Propaganda eleitoral, mesmo que gratuita, em sites de pessoas jurídicas;

- Propaganda eleitoral em sites oficiais ou hospedados por órgãos da administração pública (da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios);

- Venda de cadastro de endereços eletrônicos;

- Propaganda por meio de telemarketing, em qualquer horário;

- Atribuição indevida de autoria de propaganda a outros candidatos, partidos ou coligações. (BRASIL, 1997, 2015 [TSE] e 2017).

Dentre as alterações relativas à propaganda eleitoral na internet promovidas na lei das eleições destacam-se. (Brasil/TSE, 2018):

- Impulsionamento de conteúdo em mídias sociais e em outras plataformas;

- Controle de gastos nas campanhas feitas pela Internet; proibição do uso de perfis falsos e robôs; responsabilização pela remoção de conteúdo;

- Direito de resposta pelo mesmo meio utilizado para divulgar o conteúdo infringente.

Neste sentido com a nova redação dada ao art. 57-C da Lei nº 9.504/1997, a propaganda eleitoral na Internet passa a ser permitida durante o período eleitoral quando for utilizada com o único objetivo de impulsionar o alcance de publicações, como no Facebook e no Instagram. Esse impulsionamento deve ser contratado diretamente por meio das plataformas de mídias sociais. (BRASIL, 1997).

> Outra novidade: além das formas tradicionais de impulsionamento de conteúdos nas mídias sociais, a Lei das Eleições estabelece, no § 2º do art. 26, que é considerado impulsionamento a contratação de ferramentas de busca para ter prioridade nos resultados. Assim, a compra de palavras-chave nos buscadores passa a ser permitida durante a campanha eleitoral, desde que respeitados os demais dispositivos legais. Desse modo, fica liberado o uso de mídia paga para impulsionar essas publicações em mídias sociais e também para garantir posições de destaque nas páginas de respostas dos grandes buscadores, como o Google, por meio de anúncios contratados no Google AdWords. Ainda em relação às opções de propaganda eleitoral na Internet, o § 5º do art. 39 inclui, entre os crimes eleitorais, a publicidade on-line inserida ou o seu impulsionamento na data da eleição. A lei, entretanto, estabelece que podem permanecer on-line os impulsionamentos e os conteúdos já contratados antes dessa data. (BRASIL/TSE, 2018, p.3).

O TSE estabelece que:

> A fim de promover o efetivo controle sobre as contas de campanha, principalmente aquela veiculada no ambiente on-line, a possibilidade de impulsionamento de conteúdo eleitoral ficará restrita às campanhas oficiais. Além disso, o uso desse recurso deve ficar claro para o eleitor, como já acontece, quando as plataformas de mídias sociais acrescentam à publicação a palavra Patrocinado. Por outro lado, a nova redação da Lei das Eleições inclui os custos contratados com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> impulsionamento de conteúdos entre os gastos eleitorais sujeitos a registro e limites legais. Assim, será obrigatório declarar também à Justiça Eleitoral, na prestação de contas de campanha, quais ferramentas receberam recursos para impulsionamento de campanhas eleitorais na Internet, da mesma forma como se exige de outros canais e modalidades de marketing. Ademais, a contratação do serviço de impulsionamento deve ser realizada exclusivamente por partidos, coligações, candidatos ou seus representantes e diretamente por meio da ferramenta responsável pelo serviço, cujo provedor deve ter sede e foro no Brasil, ou com filial, sucursal, escritório, estabelecimento ou representante legalmente estabelecido no país, como em outros casos referentes a marketing político on-line. (BRASIL/TSE, 2018, p.5).

4 FACEBOOK COMO PLATAFORMA ELEITORAL

O Facebook é uma rede social amplamente usada no Brasil, sendo que o país é o segundo em número de acessos a esta plataforma, sendo o que mais cresce. Muitos desses brasileiros usam essa rede de forma personalizada, o que faz da rede uma grande vitrine. (LOPES, 2014).

Segundo Valle (2019) dentre todas as mídias sociais, acredito que o marketing político no Facebook será a grande vedete das campanhas eleitorais online de 2016. Não é para menos.

O Facebook é a rede com maior número de usuários no Brasil e segundo dados do site Social Bakers, site de referência no que diz respeito a estatísticas e

dados sobre o Facebook, estamos em terceiro lugar no mundo em número de usuários da rede de Mark Zuckerberg.

O Brasil é o terceiro país em numero de usuários do Facebook e o segundo em participação, são 67 milhões de usuários segundo página oficial do site. O que chama atenção na rede Facebook é que apesar das mudanças constantes do cenário digital, desde sua criação esta rede tem se expandido de forma considerável, especialmente em nosso país. (LOPES, 2014, p.17).

É natural que o marketing político no Facebook se destaque entre as outras redes sociais como Twitter, YouTube e outras mídias sociais disponíveis. São mais de 86 milhões de usuários, praticamente 45% da população brasileira, e mais importante ainda é que 67,2% destes usuários estão concentrados na faixa etária que vai de 16 a 60 anos, ou seja, eleitores em potencial. Ignorar um público desse tamanho é simplesmente um suicídio político. (VALLE, 2019, p.1)

O que chama atenção na rede *Facebook* é que apesar das mudanças constantes do cenário digital desde sua criação esta rede tem se expandido de forma considerável especialmente em nosso país. O *Facebook* por dois anos consecutivos é a rede social mais visitada no Brasil de acordo com dados da *Hitwise*, ferramenta líder global de inteligência em *marketing* digital da Serasa *Experian10*, que monitora as redes sociais com objetivo de utilizar os dados conseguidos em *marketing* comercial para empresas, podemos relativizar a importância dessa rede para a visibilidade politica das campanhas eleitorais. (LOPES, 2014, p.31).

Em termos de distribuição por gêneros temos uma ligeira predominância do público feminino, característica quase que mundial dessa rede social, o que a torna ainda mais convidativa. Sinceramente, em uma situação de orçamento apertado e escolha entre os diversos canais, eu apostaria minhas fichas no Facebook nas eleições de 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

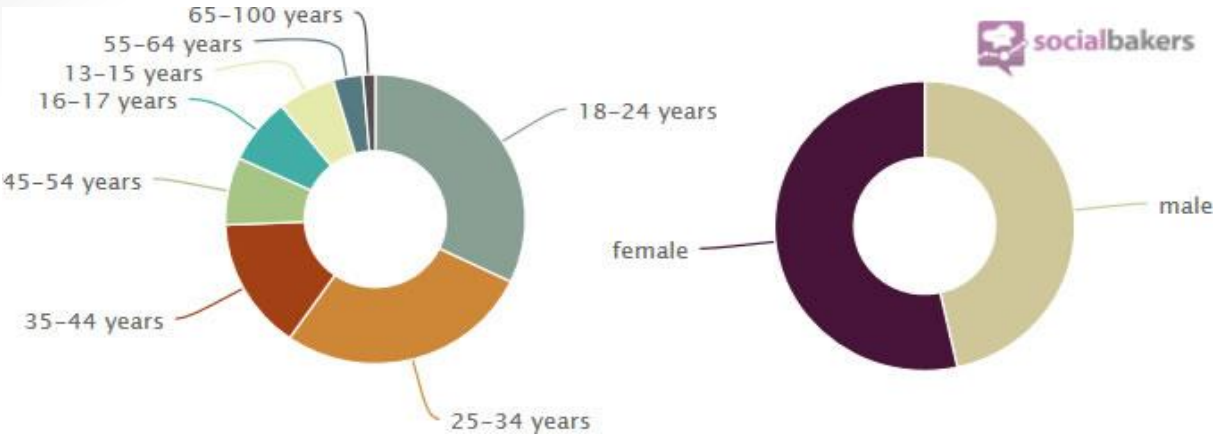


Figura 1: Marketing Político no Facebook. Distribuição do eleitorado por faixa etária.
Fonte: Academia do Marketing, 2019

Assim, o facebook vem fortificando as comunidades virtuais, tornando-se um novo instrumento capaz de propiciar grande interação e laços entre os usuários do mundo online.

No Brasil, as pesquisas apontam que o *Facebook* é o site mais visitado (BRASIL, 2015), no entanto não encontramos pesquisas que revele o perfil dos seus usuários, nos EUA segundo *Pew Research Center's Internet & American Life Project*, dois terços dos adultos *online* 67% são frequentadores do *facebook* e demonstram familiaridade e intimidade no uso dessa plataforma, inclusive tirando férias da plataforma, 61% dos que a utilizam admitiram ter dado uma pausa de algumas semanas em seu uso; 20% dos que não tem um perfil admitem já terem usado o *Facebook* e 8% que não utilizam pretendem passar a usar.

O que as pessoas fazem em um dia normal no *Facebook*:

15% dos usuários do *Facebook* atualizam seu próprio status.

22% comentam no *post* ou *status* de outros.

20% comentam em fotos de outro usuário.

26% "*Like*" (dão curtir) no conteúdo de outro usuário.

10% enviam a outro usuário uma mensagem privada (LOPES, 2014).

> Mais de um em cada cinco usuários do Facebook deixaram algum comentário em posts de outros, pelo menos uma vez por dia. Cabe aos políticos fazerem com que as pessoas comentem sobre suas ações de forma positiva. Usuários mais jovens do Facebook são mais propensos a comentar pelo menos uma vez por dia. O Facebook tem atraído personalidades políticas brasileiras, não apenas em época de campanha, mas como um canal de comunicação constante, ainda que com tendências a reprodução do marketing off-line, mas profissionalizando cada vez mais a sua utilização pelos políticos brasileiros. Nesta pesquisa, percebeu-se que as páginas/*fanpages* utilizadas por políticos produziam por partes destes uma interatividade como subproduto, uma vez que não estava centrada no uso da tecnologia em si, e sim no resultado que esta tecnologia agrega a campanha, a personalidade ou às ações políticas. Em contrapartida, os indivíduos que não fazem parte dessa elite política, utilizam os canais proporcionados pela tecnologia para efetuar comunicação, que pelos meios tradicionais seriam mais custosas e poucos acessíveis. Também utilizam as páginas/*fanpages* como canal de proximidade com as elites. Esta proximidade é relativa uma vez que as redes sociais, no caso brasileiro, tem pouca influência direta em mudanças de rumo de campanha ou de estratégia de governo. Em contrapartida, os indivíduos que não fazem parte dessa elite política, utilizam os canais proporcionados pela tecnologia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para efetuar comunicação, que pelos meios tradicionais seriam mais custosas e poucos acessíveis. Também utilizam as páginas/*fanpages* como canal de proximidade com as elites. Esta proximidade é relativa uma vez que as redes sociais, no caso brasileiro, tem pouca influencia direta em mudanças de rumo de campanha ou de estratégia de governo. As eleições, no Brasil, acontecem de dois em dois anos; meses antes começamos a perceber a movimentação dos partidos e políticos em estratégias de campanha. Quando falamos em campanha política comumente pensamos em marketing, tanto que o termo marqueteiro políticoll se popularizou na sociedade em referencia ao profissional que orquestra a campanha político partidária. As campanhas eleitorais tornaram-se mais racionais e planejadas com a entrada das pesquisas de opinião. A escolha de determinadas palavras de ordem com base na paixão ideológica, cedem lugar a slogans com conceito e estratégia racionais adequadas a processos de persuasão. As campanhas eleitorais se profissionalizaram. Comparando com campanhas de produtos e serviços: de um lado está o produto/serviço/política; do outro, o mercado consumidor/cidadãos/eleitores. Este cenário passa novamente por transformações importantes com a crescente importância do espaço digital, especialmente com o surgimento da tecnologia de web 2.0, descrevendo o surgimento de conteúdo político mais autoral. Não entrando no mérito da qualidade destes conteúdos - que na maioria das vezes está relacionada ao mundo privado/individual; com o compartilhamento de fotos, exposição da vida privada

> cotidiana e de opiniões não profundas sobre os mais diversos temas-; o que dá novo valor a web 2.0 não é necessariamente o conteúdo, e sim o formato da campanha política. Justificando assim o interesse político em fazer campanhas na internet, especialmente nas redes sociais, a mesma pesquisa revela que os sites mais lembrados espontaneamente são de redes sociais, sendo o mais acessado o facebook dentre todos os sites, redes sociais ou não. (LOPES, 2014, pp. 17-18).

Dentre outros aspectos Rheingold (1996, p.18) enfatiza que as: "comunidades virtuais são entendidas como agregados sociais surgidos na rede, quando os intervenientes de um debate o levam por diante em número e sentimento suficientes para formarem teias de relações sociais no ciberespaço".

Conforme Camargo (2014) o Facebook, por ser a maior rede social do mundo e possuir uma grande quantidade de usuários no Brasil, torna-se uma rede social indispensável para o candidato propagar sua candidatura. Ele produz um canal de relacionamento com seus clientes, proporcionando maior visibilidade e interação.

> Com mais de um bilhão de usuários em todo o mundo e com aproximadamente 90 milhões de brasileiros cadastrados, o Facebook ocupa um espaço muito importante na estratégia de comunicação e marketing de empresas de todos os portes. Do profissional liberal a uma multinacional, esse volume de pessoas reunidas em um único ambiente abre uma enorme janela de oportunidades para todos os tipos de empreendimento. (CAMARGO, 2014, p.51).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda Camargo (2014) o candidato deve criar uma página no Facebook, ao invés de um perfil, pois uma página proporcionará maior poder de gerência e acessibilidade. As principais diferenças entre uma página e um perfil são:

a) capacidade de angariar um número ilimitado de fãs;

b) possibilidade de se obter dados e informações sobre o desempenho da página;

c) proporciona a utilização de aplicativos, integração com outros sites e várias pessoas.

> As páginas no Facebook são indicadas para empresas, organizações, artistas ou marcas, que desejam utilizar como uma ferramenta de Marketing. Por serem direcionadas à fins comerciais, as elas possuem recursos e funcionalidades específicas para tal, como destaque ao número ilimitado de pessoas que podem Curtir essa pagina. (CAMARGO, 2014, p.39).

De acordo com Ribeiro (2015) citando Camargo (2014) o usuário candidato que disponibiliza uma página no Facebook interage com o seu público por meio de mensagens compartilhadas, vídeos e fotos. Para o candidato se relacionar com seu público-alvo em sua campanha, essas possibilidades são fundamentais para manter o eleitor atualizado sobre o trabalho desenvolvido.

Neste aspecto Torres (2014), ressalta que o facebook permite criar álbuns de fotos, armazenar vídeos, indicar links interessantes e escrever notas, como uma espécie de blog pessoal. Além disso, você pode criar grupos ou participar deles. Os grupos são comunidades onde os membros podem criar tópicos de discussão, escrever em um mural e compartilhar fotos, vídeos e links.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Note que a plataforma digital do Facebook é o meio que o candidato pode expor:

> Desta maneira, o candidato que utiliza essa plataforma necessita de uma equipe de profissionais capacitados para poder gerir sua página no *Facebook*. Ao utilizar essa ferramenta, ele estará lidando com os seus eleitores, portanto, tem de ter uma equipe que possa dialogar com eles, pois se houver alguma informação negativa de algum eleitor para o candidato, ele deve responder rapidamente para tirar as dúvidas e logo retirar a impressão incorreta. (RIBEIRO, 2015. p.29).

Abrindo novos caminhos para a campanha eleitoral, é necessário compreender a relação e as diferenças de redes sociais no mundo *offline* e *online* e a complexidade das conexões construídas, o *facebook* é a rede mais utilizada no Brasil alcançando cada vez mais pessoas, cabendo aos que fazem a campanha eleitoral se apropriarem dessas redes. Construindo assim laços sociais fracos/fortes que ultrapassam as campanhas eleitorais e permeiam a comunicação política e a construção da imagem do político. (LOPES, 2014, p.20).

Ribeiro (2015) citando Camargo (2014) mostra que com profissionalização e os meios digitais visam promover os fatos que é concorrer um pleito eleitoral exitoso com a coroação de uma eleição com baixo custo.

> Ao contratar profissionais para a gestão de uma página no Facebook também é necessário investir. È muito importante contar com profissionais capacitados para a gestão da presença de uma empresa nas mídias sociais. Hoje elas desempenham um papel muito mais estratégico do que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> apenas relacionamento de negócios. Contar com o máximo de profissionalismo é muito importante para o melhor aproveitamento possível dessas ferramentas. (CAMARGO, 2014, p.52).

Assim entendemos as *fanpages* (*fanpages* se refere a páginas de empresa, empreendimento ou personalidades que alcancem um número superior de seguidores que o permitido em perfis. Perfil se refere a páginas de caráter pessoal e permitem o número máximo de 5.000 amigos), de políticos na rede social *facebook,* como coletivas por agregar grande número de *friends* ou seguidores (Termo utilizado para identificar pessoas que curtem páginas nas redes sociais), em linha horizontal sem intermediários institucionais como partidos políticos, com interatividade entre eleitor/candidato, com propósito de auxiliar campanhas eleitorais e fortalecer a imagem política através da aquisição de capital social, no caso, capital social digital que pode ser mensurado pelo número de seguidores. (LOPES, 2014, p.22).

Ribeiro (2015) faz uma leitura que o candidato, ao utilizar o *Facebook* em sua campanha, deve ser o mais claro possível de forma a potencializar as possibilidades de angariar simpatizantes e de propagação de suas idéias. Todavia a concisão em atingir as necessidades dos eleitores e com isso mostrar através da plataforma interesse em criar soluções que possam contribuir para solução dessas prioridades no tripé *educação, saúde e segurança*.

4.1 Planeje a Presença no Facebook

Para Valle (2019) em primeiro lugar é preciso planejar detalhadamente a presença do candidato no Facebook. Qualquer campanha de marketing nas mídias sociais exige um detalhamento prévio de estratégias e recursos envolvidos nas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

diversas ações, para que se possa ter um trabalho fluido e eficiente. No caso do marketing político não é diferente.

Questões como identificação do público-alvo a ser atingido, criação das Personas, recursos técnicos necessários, desenvolvimento de conteúdo e sistemas de interação e monitoramento devem ser minuciosamente detalhadas, antes de qualquer postagem.

4.2 Produza Conteúdo Relevante

Uma campanha de Facebook Marketing de sucesso geralmente é alicerçada sobre dois pilares, o marketing de conteúdo e o uso de ferramentas pagas de divulgação como os Facebook Ads. Como a Lei nº. 9.504, conhecida como aumentar a base de seguidores no Facebook e gerar engajamento é a produção de conteúdo de qualidade e relevância. (VALLE, 2019, p.2).

Ai está o grande desafio de uma campanha de marketing político no Facebook, como produzir conteúdo que realmente empolgue os fãs da página e transforme esses fãs em eleitores, e mais ainda, em militantes digitais sinceros o suficiente para converter mais votos para o candidato.

Pelo lado técnico, a restrição ao uso dos Facebook Ads deixa a questão do Alcance das publicações ainda mais sensível. Para conquistar um universo cada vez maior de pessoas impactadas, é necessário trabalhar bem a questão do EdgeRank para manter o Alcance alto. No caso específico do marketing político no Facebook, essa é a única alternativa que nos resta.

4.3 Definindo um Protocolo de Interação

Em marketing político digital, temos a interação com o eleitor como objetivo principal de campanha. A vitória nas urnas é uma consequência lógica do sucesso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nessa tarefa. Portanto, é preciso estabelecer um protocolo para essas interações de forma a tornar o discurso uniforme e coerente.

Engana-se redondamente quem acha que marketing político no Facebook seja apenas uma questão de criação da Fan Page e uma grande base de fãs. Se o seu problema é número de fãs, você pode até mesmo comprá-los com alguém que venda este tipo de serviço, mas posso garantir de antemão que isso simplesmente será dinheiro jogado fora. Um fã que não interage simplesmente vale exatamente nada em termos de Facebook marketing. (VALLE, 2019, p.3).

Definido o protocolo de interação, que deve abranger inclusive outras ações de marketing político nas redes sociais, devemos então determinar de quem será essa responsabilidade e quais serão as ferramentas utilizadas para essa tarefa. No mercado temos uma grande gama de ferramentas para nos auxiliar nessas tarefas, algumas até gratuitas, mas dependendo do tamanho da campanha é necessário recorrer a sistemas mais sofisticados, com mais recursos e pagos.

Outro ponto importante, no que diz respeito às interações, é a criação de um protocolo para gerenciamento de crises nas redes sociais, muito comuns neste tipo de campanha. Sem um procedimento bem definido nestas situações, a campanhas pode perder o controle da situação e até mesmo transformar um pequeno mal entendido em um verdadeiro desastre eleitoral.

4.4 Preparação de Pessoal

Neste sentido Valle (2019) nos informa que o Marketing político no Facebook não é coisa para se deixar a cargo do Sobrinho que não sai da Internet. Uma campanha profissional exige profissionais capacitados e com uma sólida formação em marketing digital e em especial nas técnicas de Facebook Marketing e Redes Sociais. Não dá para improvisar nesta hora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em uma eleição majoritária os candidatos estarão concorrendo com equipes muito bem estruturadas e tecnicamente capacitadas, que além de empregarem técnicas avançadas de comunicação no Facebook e outras áreas do marketing político digital, também são capazes de identificar candidaturas fracas nestas área, e ai... é um verdadeiro massacre. Uma situação onde se aplica aquela regra: Se não sabe brincar, não desce para o play.

4.5 Os Custos de uma Campanha de Marketing Político no Facebook

Um grande mito sobre redes sociais é o de que tudo é de graça. Pode até ser para a presença individual, a brincadeira com amigos e familiares, mas quando você as usa de forma profissional, existem custos sim. Os custos começam pelo profissional ou profissionais que irão compor a equipe, que sendo realmente capacitados, possuem salários que dependendo do tamanho da campanha poder pesar um pouco no orçamento, mas irão valer cada real investido.

Além disso, temos também o custo das ferramentas mais sofisticadas para Facebook Marketing, como as oferecidas pelo Social Baker na sua versão Pro e outras ferramentas estratégicas. Soma-se a isso a ferramenta de monitoramento de redes sociais, indispensável neste tipo de trabalho. Isso é caro? Não. Em uma eleição, não existe nada caro, caro é perder a eleição. (VALLE, 2019, p.4).

Como você pode ver, o marketing político no Facebook pode funcionar como uma poderosa ferramenta em campanhas eleitorais, mas é necessário planejamento e muita preparação para que gere os resultados desejados. Portanto, não perca tempo, pois as eleições estão logo ali e em termos de marketing político digital, elas já começaram, mas ainda dá tempo.

CONCLUSÃO

Com advento da internet, trouxe uma série de praticidade, a principal é comunicação em tempo real "*full time*" dos usuários que manifestam uso a um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinado assunto e o usuário passou a criar conteúdo e disponibilizar compartilhando.

O facebook como rede social, é uma mídia com popularidade no Brasil, é por ser gratuita e seu acesso intuitivo facilitado, vêm motivando de sobremaneira o estudo e pesquisa com objetivo criar um canal relacionando as pessoas como forma obtenção de informação e conteúdo com relevância social.

Destarte que é possível entender que internet quanto ao Facebook são duas ferramentas se complementam que podem contribuir com determinada proposta desde que haja planejamento e implementação com uma ação coordenada que poderão trazer resultados satisfatórios.

Sobre á temática aqui enfatizada à relação entre a política e as mídias sociais em especial ao Facebook. Com intuito de reconhecer com uma ferramenta de agregação com a difusão manobras para eleição de um determinado candidato levando em consideração estratégias modernas na era digital. De fato, a referida plataforma passou a ser reconhecida após a eleição do presidente norte-americano Barack Obama, em 2008, tornando-se referência para os demais políticos.

Os problemas encontrados no decorrer da levantamento estão relacionados com as informações estratégicas mais comum utilizadas na campanha eleitoral dispensadas no Facebook, e a outra é relação aos doutrinadores que abordam este tema.

Num contexto geral podem se aplicar diversas técnicas para se atingir com mídia social e atrair da mesma forma interagindo com a população com uso do Facebook, com frequência, o engajamento, a identificação do eleitor com o candidato por meio dos tipos de postagens, desta forma atingindo seus objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para eleições. Brasília (DF): Site do Planalto, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 29 mai 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Brasília (DF): Site do Planalto, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em 29 mai 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 13.488, de 6 de outubro de 2017**. Altera as Leis nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm>. Acesso em 29 mai 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.650 Distrito Federal**. Brasília (DF): Plenário do STF, 17/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 29 mai 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação. Coordenadoria de Jurisprudência. **Resolução n.º 23.457, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016. Brasília (DF): STF, 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234572015.html>. Acesso em 29 mai 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação. Coordenadoria de Jurisprudência. **Propaganda Eleitoral na Internet**. Brasília (DF): STJ, 2018. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/propaganda-eleitoral-na-internet>. Acesso em: 10 mar 2019.

CAMARGO, Camila Porto De. **Facebook marketing**: tudo que você precisa saber para gerar negócios na maior rede social do mundo. São Paulo (SP): Novatec, 2014.

COBRA, Marcos. **Marketing básico**: uma abordagem brasileira. 4. ed. São Paulo (SP): Atlas, 1997.

FIGUEIREDO, Rubens. **O que é marketing político**. São Paulo (SP): Brasiliense, 1994.

ITEN, Marco; KOBAYASHI, Sérgio. **Eleição – Vença a sua!**: as boas técnicas do marketing político. Cotia (SP): Ateliê, 2002.

LOPES, Lucivane. **Política online**: campanha eleitoral no Facebook. Univerosdade Federal do Pará. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós Graduação em Ciência Política. Dissertação de Mestrado. Belém (PA): UFP, 2014.

MANHANELLI, Carlos Augusto **Estratégias eleitorais**: marketing político. São Paulo (SP): Summus, 1988.

MANHANELLI, Carlos Augusto. **Eleição é guerra**: marketing para campanhas eleitorais. São Paulo (SP): Summus, 1992.

MARIN, Alexandra; WELLMAN, Barry. **Social Network Analysis**: An Introduction. London: Sage, 2010.

MARTELETO, Regina Maria. **Análise de redes sociais**: aplicação nos estudos de transferência da informação. Brasília (DF): Ciência da Informação, v. 30, n. 1, jan./abr. 2001, p.71-81. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v30n1/a09v30n1.pdf>. Acesso em: 10 mar 2019.

REGO, Francisco Geraldo Torquato. **Marketing político e governamental**. São Paulo (SP): Summus, 1985.

RHEINGOLD, Howard. **A comunidade virtual**. Lisboa: Gradiva, 1996.

RIBEIRO, Diogo Freire. **O uso do Facebook como veículo de uma campanha**: As eleições de 2014 para o Governador Rodrigo Rollemberg do Distrito Federal. Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicadas - FATECS. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília (DF): UNICEUB, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6980/1/20906513.pdf>. Acesso em: 09 mar 2019.

VALLE, Alberto. **Marketing político no Facebook**. Internet: Site Academia do Marketing, 2019. Disponível em: <https://www.academiadomarketing.com.br/marketing-politico-no-facebook/>. Acesso em: 14 ago 2019.

WELLMAN, B. et al. The Social Affordances of Internet for Networked Individualism. In: **Journal of computer Mediated Communication**, vol. 8 n. 3, 2003. Disponível em: <http://www.ascusc.org/jcmc/vol8/issue3/wellman.html>. Acesso em: 14 ago 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A EXIGÊNCIA DA CONSTATAÇÃO DO DOLO GENÉRICO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ATENTATÓRIOS AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTIGO 11, DA LEI Nº 8429/92).

THIAGO RABÊLO VIANA DA COSTA: Advogado. Bacharel em Direito (UFPE). Pós-Graduação em Direito Tributário (LFG UNIDERP ANHANGUERA).

RESUMO: A dissertação em epígrafe pretende apresentar um estudo adequado a respeito do elemento subjetivo do tipo de improbidade administrativa, do artigo 11, da lei nº 8429/92. Reside o foco de abordagem na discussão sobre a necessidade de constatação do dolo genérico ou do dolo específico com especial fim de agir, aptos a fundamentar uma imputação de ato ímprobo violador de princípios administrativos. A construção do texto passa pela análise detida sobre o tema da improbidade, com estudos de abordagens de doutrina e jurisprudência sobre a temática. Até mesmo institutos de outros ramos direito serão analisados, com a finalidade de produzir valoroso material compostos de debates jurídicos apropriados.

Palavras-chave. Dolo Genérico. Improbidade Administrativa. Especial Fim de Agir. Princípios Administrativos.

ABSTRACT: The above dissertation intends to present an adequate study about the subjective element of the type of administrative misconduct, of article 11, of law 8429/92. Resides the focus of approach in the discussion about the need to verify the generic intent or specific intent with special able to substantiate an imputation of an improper act that violates administrative principles. The construction of the text goes through the analysis held on the theme of improbity, with studies of approaches to doctrine and jurisprudence on the subject. Even institutes from other branches of law will be analyzed for the purpose of producing valuable material composed of appropriate legal debates.

Keywords: Generic Dolo. Administrative dishonesty. Special Act to End. Administrative Principles

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISMTRATIVA 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO CONSTANTE NOS ATOS ATENTATÓRIOS AOS PRINCÍPIOS

ADMINISTRATIVOS, DO ARTIGO 11, DA LEI 8429/92. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO: A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da moralidade administrativa passou a figurar, de modo expresso, no bojo do artigo 37, *caput*, como um dos princípios regentes da Administração Pública e de toda atuação administrativa.

Portanto, cabe ao servidor público ou a qualquer agente que exerça função pública atuar com honestidade, de acordo com as regras da boa administração, tendo sempre por norte a moral e os bons costumes.

Nos tempos hodiernos, reconhece-se a autonomia do princípio da moralidade, de modo que a sua violação deve acarretar a declaração da invalidade do ato produzido em desconformidade à moral administrativa.

Enquanto norma principiológica, os conceitos de moralidade e probidade administrativa se aproximam, pois que a própria Constituição Federal deles não tratou em separado [1].

No artigo 37, § 4º, o legislador previu o instituto do ato de improbidade administrativa, mencionando quais sanções devem decorrer de sua constatação, *sem prejuízo da ação penal cabível*.

A norma constitucional menciona matéria a ser regulamentada em legislação infraconstitucional, cabendo à lei especificar a forma e a gradação das sanções previstas pelo legislador constituinte originário.

Tratou-se de típico caso de norma constitucional de eficácia limitada, de acordo com a classificação proposta pelo constitucionalista José Afonso da Silva, pois, até a publicação da lei 8.429/92, as modalidades de penas ali previstas, em seu conjunto, não poderiam ser imputadas ao agente ímprobo.

Com o advento da legislação, contudo, restou claro que, na qualidade de atos ilícitos, os conceitos de improbidade administrativa e "imoralidade administrativa" se distanciam sobremaneira, sendo certo que a violação à moralidade

administrativa é apenas uma das modalidades de atos atentatórios aos princípios administrativos, qualificados como atos de improbidade administrativa, e dispostos no artigo 11, da lei nº 8492/92 [2].

Em verdade, a improbidade administrativa é instituto imputável a qualquer atuação do agente público nos moldes preconizados pela mencionada lei.

O ato ímprobo pode importar em ação ou omissão da qual decorra o enriquecimento ilícito do agente público, nos casos previstos pelo artigo 9º, representar um ato que cause, por si só, dano ao erário público, na hipótese do artigo 10º, como também poderá dizer respeito a qualquer ato atentatório aos princípios administrativos, previsão do artigo 11º .

A constatação da improbidade acarreta a cominação de diversas penas, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Nesse sentido, a ação de improbidade veicula um pedido condenatório de natureza cível e política, sem prejuízo da imputação simultânea ao agente público de outras sanções de natureza administrativa e criminal.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO CONSTANTE NOS ATOS DE IMPROBIDADE ATENTATÓRIOS AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, DO ARTIGO 11, DA LEI Nº 8429/92.

A sujeição do agente público às reprimendas específicas da lei nº 8429/92 e a todo o regime jurídico daí decorrente conduziram os juristas a utilizar os parâmetros do Direito Penal para analisar a conduta ímproba.

De fato, tendo por base os termos manejados pelo legislador ordinário na descrição da tipologia dos atos de improbidade, os operadores do direito se viram obrigados a aplicar os conceitos da teoria finalista à análise da ação ou omissão do agente público tuteladas pela lei de improbidade administrativa.

Os próprios *caputs* dos dispositivos em que são descritas as condutas, no curso da lei nº 8429/92, seguem as diretrizes do artigo 18, § Único, do Código Penal, pois os ilícitos são puníveis na forma culposa apenas no caso do artigo 10, no qual consta previsão expressa nesse sentido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, pratica ato de improbidade administrativa o agente público que dirige sua conduta de acordo com os elementos típicos descritos nos artigos 9, 10, e 11, da lei nº 8429/92, sendo simultânea da análise da ação ímproba a constatação da prática do ato na forma dolosa ou culposa.

No caso dos atos do artigo 11, a lei buscou resguardar a mínima observância dos princípios da Administração Pública por parte do agente que atue em nome do Estado.

Mesmo assim, a despeito da natureza jurídica do ato de improbidade contrário aos princípios de atuação do Poder Público, o legislador ordinário não tratou a conduta ímproba como atributo da boa-fé ou má-fe do agente. Senão, veja-se [3]:

> *A improbidade administrativa, embora cuide de responsabilização de natureza civil, necessita da configuração de um elemento subjetivo semelhante àquele do Direito Penal, ou seja, dolo e culpa. Note-se que a Lei 8.429/92, ao tratar do assunto, constou a expressão conduta dolosa ou culposa e, não, agir com dolo ou má-fé, confirmando a premissa ora adotada. Não se trata, pois, de boa-fé subjetiva ou objetiva.*

A probidade administrativa, como visto, é instituto jurídico cujo conteúdo é mais amplo quando comparado ao conceito de moralidade administrativa, pelo que não se pode sujeitar a constatação do ato ímprobo à boa-fé objetiva, ou subjetiva no atuar do agente público. Dispor em contrário tornaria moralidade e improbidade institutos correlatos, de igual teor [4].

Nesse contexto, a constatação do elemento subjetivo presente à conduta do servidor público ímprobo deve ser contemporânea ao instante em que verificada a prática da improbidade; o finalismo penal acabou por retirar a análise do dolo da ação do âmbito da culpabilidade, a ser realizada em momento ulterior.

Nos dizeres de Bittencourt a respeito da possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato [5], um dos elementos da culpabilidade normativa, de acordo com a teoria finalista, " *o dolo passa* para *o injusto como dolo natural (psicológico),*

excluindo, dessa forma, o conhecimento da proibição, que, na teoria causalista, integrava o chamado dolus malus (dolo normativo). "

Por conseguinte, pode-se dizer, em linhas gerais, que, se o agente público dispunha da possibilidade de conhecer o caráter ilícito do ato de improbidade , e mesmo assim, dirigiu sua conduta a atuar em desconformidade à lei, e aos princípios da Administração Pública, não se exigirá especial fim de agir de sua ação, para fins de enquadramento de sua atuação na categoria dos atos ímprobos do artigo 11, da lei nº 8429/92.

A despeito disso, a tendência de muitos dos julgados dos Tribunais Superiores foi sempre de aproximar os conceitos de elemento subjetivo do tipo de improbidade, no caso do artigo 11 da lei nº 8429/92, e má-fé do agente público.

A 1ª Turma do STJ (1ª T., Resp. nº 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 163) assim já se posicionara: "*cediço que a má-fé é premissa do ato* ilegal *e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa,* mais *que um ato ilegal, deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [..]*"

Todavia, tal exegese deve ser superada sob pena de se esvaziar o conteúdo normativo e a proteção da probidade administrativa.

Sendo assim, a Segunda Turma do STJ, em julgamento que gerou diversas polêmicas no meio jurídico, considerou necessária, tão somente, a constatação do dolo genérico, enquanto modalidade de elemento subjetivo do injusto, para fins de caracterização da prática do ato de improbidade do artigo 11. Senão, veja-se:

> *ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESESDO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo. 2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37,§ 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal. 3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min.Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. CastroMeira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008). 4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11,não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador

público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. 6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade. 8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ. 9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário. 10. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 765212 AC

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2005/0108650-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2010)

Nos casos recorrentes em Tribunais Superiores, quando vigia a tese da imprescindibilidade de caracterização da má-fé atrelada ao ilícito de improbidade, as partes a que se imputavam os atos ímprobos procuravam descaracterizar a ilicitude de seu comportamento afirmando terem praticado meras irregularidades administrativas.

Para tanto, argumentavam que o órgão de acusação, ao formular o pedido condenatório no Curso da Ação Civil Pública respectiva, não apontou que o acusado agira com dolo.

Mesmo nos casos de omissão de prestação de contas, do artigo 11, VI, da lei nº 8429/92, a cominação das penas de improbidade era tida por infundada por, supostamente, inexistir a caracterização do elemento subjetivo que motivara a prática do ato.

No entanto, a presença do elemento subjetivo do injusto, nesses casos, é presumida, admitida a produção de prova em contrário.

Tendo por base os apontamentos feitos em relação à teoria da ação, aplicável aos ilícitos de improbidade administrativa, bastaria ao órgão de acusação elencar elementos que indicassem ter o agente público praticado a ilegalidade, com consciência e vontade, nos moldes descritos pela lei nº 8.429/92.

O dolo é presumido, pois que, pelas circunstâncias do caso, é possível inferir se o servidor público, mesmo sabendo dos deveres inerentes ao exercício de seu cargo, incorreu em quaisquer violações da lei de improbidade administrativa.

A atividade do agente público se encontra subordinada à lei, pelo que toda a atuação administrativa deve ocorrer conforme autorizem as respectivas legislações de regência.

Não pode o servidor público alegar o desconhecimento dos deveres institucionais a que estava subordinado, pois é seu *mister* sempre agir de acordo com as diretrizes legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse mesmo sentido, a própria lei de improbidade administrativa (lei nº 8429/92) prevê, em seu artigo 4º, uma exigência imputada aos agentes públicos para que venham a atuar em "estrita *observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.* "

Por conseguinte, indispensável acolher a tese da presunção relativa da prática do ato de improbidade por parte do agente público que age em desconformidade à lei e a seus deveres institucionais, nas hipóteses constantes no artigo 11, da lei nº 8429/92, nos casos em que este vier a agir com dolo genérico, a menos se prova em contrário demonstrar inexistirem tais obrigações, ou a impossibilidade de cumpri-las.

3. CONCLUSÃO

O legislador constituinte originário, ao tratar dos atos de improbidade, conforme conteúdo do artigo 37, §4º, da Consituição Federal, resolveu conferir especial proteção à probidade administrativa, cabendo ao intérprete adequar a aplicação da lei nº 8.429/92 ao novo regime instituído pelo texto constitucional

De fato, a probidade administrativa passou a ser condição mínima de exigência para se atribuir licitude à atuação dos agentes públicos.

A necessidade de comprovação de um elemento subjetivo especial, no caso dos atos enquadrados no artigo 11, da lei nº 8429/92, não apenas contraria o significado dos institutos da teoria da ação, no âmbito criminal, mas também acaba por afrontar o verdadeiro sentido atribuído pelo texto de constitucional de alcance dos atos de improbidade.

Por certo, deve o agente público atuar com observância de seus deveres e obrigações, nos limites do princípio da legalidade. Em verdade, o agente dispõe de "*deveres-poderes*" , pois, apenas se autorizado pelos comandos legais, poderá agir no trato dos assuntos públicos [6].

Imprescindível, portanto, acolher a tese do dolo genérico, enquanto elemento subjetivo necessário à imputação do ato do artigo 11, da lei nº 8429/92.

4. BIBLIOGRAFIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

B) BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

C) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

D) GARCIA, Emerson e ALVES, Rogerio Pacheco. Improbidade Administrativa. 5ª ed. *Lumen Juris*, 2010.

E) SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html>Acesso em: 18 ago. 2014.

NOTAS:

---

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[3] SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa.**Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html>
Acesso em: 10 ago. 2014.

[4] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5ª ed. *Lumen Juris*, 2010.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

[6] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS PERICIAIS DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS

KARINE MATSUI DE OLIVEIRA:
Acadêmica do curso de direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Manaus/AM.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo promover o entendimento do que representa a cadeia de custódia em provas periciais de amostras biológicas, demonstrando desde o seu conceito e princípios norteadores, passando pelo princípio do devido processo legal, até a sua aplicabilidade final nos casos concretos. A finalidade é demonstrar que as amostras biológicas possuem suas peculiaridades e, portanto, devem receber tratamento muito mais cuidadoso em seu manuseio e coleta, para que haja melhor eficácia em sua análise e consequentemente o que acarreta a inobservância desse cuidado. O presente foi elaborado de acordo com o método dedutivo, procedimento descritivo, documentação indireta e levantamento constitucional, legal e bibliográfico. A cadeia de custódia de provas periciais encontra rasa fundamentação legal no Código Processual Penal e na Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual, serão utilizadas a Jurisprudência, Artigos Científicos, Doutrinas Jurídicas, e, por ser tema bastante técnico, a visão dos especialistas em perícia, que corroborarão para a compreensão absoluta da temática em questão.

Palavras-chave: cadeia de custódia; prova pericial; amostras biológicas; devido processo legal; direito processual penal.

ABSTRACT: This article aims to promote the understanding of the chain of custody in expert evidence of biological samples, demonstrating from its concept and guiding principles, focusing on the principle of due process, until its final applicability in concrete cases. The purpose is to demonstrate that biological samples have their peculiarities and therefore should receive much more careful treatment and collection, so that there is a better efficacy in their analysis and consequently that entails the nonobservance of this care. The present was elaborated according to the deductive method, descriptive procedure, indirect documentation and constitutional, legal and bibliographical survey. The chain of custody of forensic evidence is based on a legal basis in the Criminal Procedure Code and in the Federal Constitution of 1988, which is why Jurisprudence, Scientific Articles, Legal Doctrines, and which will corroborate to the absolute understanding of the subject in question.

Keywords: chain of custody; expert proof; biological samples; due process of law; criminal Procedural Law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: 1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. A EVOLUÇÃO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA PERICIAL DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS. 2.2 TIPOS DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS. 3. A CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROVA PERICIAL. 3.1 O PROCEDIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DENTRO DAS PROVAS PERICIAIS DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS. 3.2 CONSEQUENCIAS DA INOBSERVANCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA – NULIDADES ABSOLUTAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O tema abordado foi escolhido com o intuito de trazer à tona a importância da discussão sobre a prova pericial de amostras biológicas e, principalmente, o que decorre quando tais provas não são submetidas à uma cadeia de custódia. Essencial ressaltar que este tema engloba desde os preceitos fundamentais previstos na Carta Magna, como também a parte específica do direito processual penal.

O intuito é demonstrar, através de um olhar mais delicado, como os métodos utilizados desde a coleta até a análise da prova pericial de amostras biológicas, podem ser decisivos para o sucesso da persecução penal, sendo esses métodos, que ocorrem sequencial e padronizadamente, justamente o que se chama de Cadeia de Custódia.

Ao que se refere à cadeia de custódia, esta será o grande foco do presente estudo, sendo necessário passar por conceitos, classificações, metodologias de execução, entre outros, para que se possa alcançar a melhor compreensão de sua importância na aplicabilidade dos casos criminais e, em contrapartida, quais as consequências de sua inobservância, ou seja, o que ocorre quando a cadeia de custódia não é realizada minuciosamente como deve ser.

Além disso, quanto à problemática que são os questionamentos: "qual a necessidade das amostras biológicas serem submetidas a uma cadeia de custódia com maior rigor cinetífico?"; "quais as consequências que a quebra da cadeia de custódia das provas periciais, especificamente das amostras biológicas trazem para a persecução penal?"; e, por último "o desrespeito a cadeia de custódia das provas periciais no decorrer da persecução penal geram nulidades relativas ou absolutas?",

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

salienta-se que servirão de base norteadora com as devidas respostas no decorrer deste trabalho.

O objetivo geral é demonstrar a necessária preservação da cadeia de custódia das provas periciais para parte do andamento do processo penal e a consequência que aquebra dessa cadeia acarretaria ao processo e os objetivos específicos são três: Discorrer sobre o conceito e entendimentos da Cadeia de Custódia de provas periciais, especificamente das amostras biológicas, e a sua importância para resguardar o andamento do processo penal; Verificar quais os princípios processuais são violados com a quebra da cadeia de custódia das provas periciais; Asseverar a necessidade das amostras biológicas serem submetidas a uma cadeia de custódia com maior rigor científico.

Durante a abordagem, que se dividirá em três capítulos, será tratado como é a realização de todo o procedimento da perícia de amostras biológicas, quais as recomendações para o perfeito manuseio, quais são as situações mais propensas a necessitar de tal produção probatória, bem como o que a inobservância dessas regras causa efetivamente para o delinear do processo.

O primeiro capítulo "Do Devido Processo Legal", tem a finalidade de explicar ao leitor, como este princípio, tão famoso no ramo do Direito, aplica-se ao tema em tela, e o quão importante é a sua observância, já que tem o condão de dar legitimidade a todos os atos processuais, inclusive ao que se refere a execução da prova pericial.

O segundo Capítulo "A Evolução da Prova Pericial no Ordenamento Jurídico" traz as primeiras noções sobre os conceitos dados pela doutrina e pela legislação quanto à prova pericial. Estes conceitos são importantes para que se faça possível compreender todo o caráter técnico que se consubstancia a realização da perícia criminal.

Sobre isso, o terceiro Capítulo, finalmente, discorre sobre "A Cadeia de Custódia em Prova Pericial", trazendo à tona a essência do presente artigo, toda a explicação sobre o que de fato é a cadeia de custódia, como é realizada em prova pericial de amostras biológicas o que gera a sua inobservância para os casos concretos.

> Este artigo trará pontos relevantes, para amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando a compreensão pelo leitor, através de exemplos, definições claras e objetivas, levando em consideração o que dizem os especialistas no tema, sendo utilizado para a construção das ideias o método

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de abordagem dedutivo, procedimento descritivo, documentação indireta e levantamento bibliográfico.

1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O termo *princípio* nos leva à ideia de ser uma base norteadora de determinado tema, aquilo que traz, em sua essência, a razão de ser e de existir, sem a qual seria impossível compreendermos profundamente qualquer que seja o assunto. O Direito baseia-se completamente em princípios e no presente trabalho, mister se faz a observância cuidadosa do Princípio do Devido Processo Legal e sua aplicação ao tema deste artigo.

O Princípio do Devido Processo Legal deriva da expressão inglesa "*due process of law*", é cláusula inspirada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana, e está expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

Desta previsão constitucional podemos retirar o entendimento de o Devido Processo legal ser princípio indispensável à todos os indivíduos que se encontrem utilizando o poder judiciário ou qualquer medida que afete a sua liberdade e de seus bens. Necessário se faz compreender mais a fundo o conceito deste princípio.

Em simples palavras, o Devido processo legal é a pontual observância de todas as garantias processuais que os indivíduos possuem, tais como contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo, proporcionalidade da pena e outros. Todos estes mencionados, vale ressaltar, são também princípios, caracterizados como derivados do Princípio do Devido Processo Legal. Temos então que o Devido Processo Legal é gênero que abarca vários sub-gêneros, para a composição de seu conceito.

Neste sentido, Távora e Rodrigues Alencar discorrem:

> O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (procedural due process); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (substantive due processo of law)." (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 90)

A doutrina majoritária toma como base a aplicação do devido processo legal formal, como supracitado às palavras de Távora e Alencar, é o que compreende eminentemente a parte procedimental, que irradia e assegura o direito de livre acesso à justiça.

Desta forma, na lição de Tucci, tem-se, de um lado, a segurança jurídica, traduzida pelas garantias:

> a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e motivação das decisões jurisdicionais; e, de outro lado, a efetividade do processo, que se manifesta pela; f) prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável. Todas essas garantias formariam, portanto, o devido processo legal". (TUCCI, 2016, p. 101).

Passadas as primeiras noções e trazendo à baila o encontro de tal princípio com o tema deste artigo, podemos notar a íntima ligação da obediência ao devido processo legal com o êxito na realização das provas periciais de amostras biológicas e o porquê a cadeia de custódia, neste sentido, tem um peso maior.

Em relação a essas "outras garantias", podemos citar a questão de que mesmo a prova pericial de amostras biológicas possuir elevado grau de confiabilidade, às partes é permitido, no curso do processo, questionar quanto à sua legalidade, pedindo esclarecimentos à peritos e assistentes técnicos, que devem dar seus pareceres através de laudos oficiais. Observa-se nisto, que o devido processo legal não se atém a simplesmente garantir que a prova pericial ocorra de forma legítima e legal, mas também garante que todas as partes do processo, possam exercer seu direito de defesa quando observarem circunstâncias que coloquem em dubiedade a autenticidade da prova.

Ressalta-se, em relação à figura do assistente técnico, como efetiva maneira de garantir a idoneidade da prova pericial, uma vez que, diferente dos peritos, que são nomeados pela justiça, os assistentes técnicos são indicados pelas partes, e tem justamente a função de elaborar quesitos aos peritos, acompanhar os procedimentos e examinar as provas, para, ao final, apresentar laudo sobre o que observou e, caso esse laudo seja divergente ao laudo do perito, deverá analisar primeiramente a cadeia de custódia, pois qualquer falha enfraquecerá o laudo oficial. A figura do assistente técnico fora introduzida em 2008 no nosso ordenamento jurídico processual penal, ficando evidente, mais uma vez, a preocupação do legislador em proporcionar a garantia ao devido processo legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como pudemos notar, inexorável é a importância da observação e do cumprimento de tal princípio, pois garante o alcance à plena realidade dos fatos e, consequentemente, da justiça. O legislador e aplicador das normas colaborou consideravelmente para tanto na elaboração do texto constitucional e legal, no entanto, faz-se imprescindível lembrar que a prova pericial é executada pelo homem, portanto propensa a erros, o que nos leva a reforçar cada vez mais a ideia de rigorosidade na cadeia de custódia, jamais deixando que nosso direito ao regular processamento do feito seja lesado.

2. A EVOLUÇÃO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prova pericial, como todos os outros tipos de prova, está inserida no estudo do Direito Processual Penal. Logo, deve-se ter em mente que:

> "O Direito Processual Penal é ramo do saber jurídico estruturado teórico-conceitualmente como um conjunto de técnicas de controle racional das práticas e procedimentos persecutórios do Estado. Assim, a sua função precípua é funcionar como dique de contenção do poder punitivo, filtrando somente as práticas e procedimentos persecutórios que sejam estritamente constitucionais, convencionais, legais e racionais." (DIOGO MALAN, p. 215).

Conceitualmente, a doutrina majoritária entende que, a perícia é um meio de prova que, para determinadas circuntâncias, é indispensável para o deslinde dos fatos. Nos ensinamentos de Nery Junior (2010, p. 675) "o objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que necessitam de perícia para sua integral demonstração."

A perícia pode ocorrer na forma de vistoria, avaliação e/ou exame. Todas essas formas podem ser aplicadas à área criminal. Neste Sentido, Dias Filho discorre, em sua doutrina acerca da perícia criminal:

> "A perícia criminal é formada por um conjunto de procedimentos que estão diretamente relacionados com o esclarecimento de um delito, sendo assim, ela depende de uma série de cuidados a serem tomados, desde a requisição do exame pericial, até a elaboração do laudo pericial, porém, a atenção especial será dirigida a um conceito de qualidade aplicado a Criminalística, chamado de cadeia de custódia, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não está prevista na legislação brasileira de forma objetiva, tampouco normatizada". (DIAS FILHO, 2009).

Assim, através da doutrina, há a construção do conceito de prova pericial, que se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, que em linhas gerais, trata a questão da prova como essencial para o desenrolar de todo o processo. Para isso, a reforma do Código de Processo Penal em 2008 foi indispensável, pois com o advento da Lei 11.690/2008, houve grandes modificações quanto ao sistema probatório em geral, assim como sobre a prova pericial.

O título VII, Capítulo I, artigos 155 a 157 do Código de Processo Penal, trazem as previsões relativas as disposições gerais sobre a Prova. Neles estão contidas informações quanto à legalidade, momento, natureza jurídica, conceitos, aplicabilidade, legitimidade e considerações gerais do gênero Prova.

O Capítulo II, do mesmo livro supramencionado, inicia a abordagem sobre o objeto deste artigo: a prova pericial. Do artigo 158 ao artigo 184 do Código de Processo Penal, houve, por parte do legislador, uma preocupação mais delineada em não só definir a prova pericial, mas em demonstrar que esta deve obedecer fielmente a requisitos de validade (ser imprescindível a realização de perícia quando houver vestígios, ser realizada por perito com nível superior, elaboração de quesitos, etc) para que possa efetivamente ter eficácia no decorrer da persecução penal.

Os artigos supracitados demonstram quanto ao cabimento, legitimidade para a execução e protocolos, respectivamente. A partir dos artigos seguintes (161 a 184) é possível notar que tratam de previsões mais técnicas, trazendo os procedimentos em si da cadeia de custódia, que será objeto do Capítulo III do presente artigo.

São espécies de perícia: o exame, a vistoria e a avaliação. No que concerne ao tema deste artigo, a espécie em questão é o 'exame', mais especificamente o de amostras biológicas. Em relação a este fragmento, houve uma crescente na discussão de como promover melhoras em sua execução, justamente por se tratar de material tão sensível e delicado. Logo, o legislador elaborou a Lei 12.654/2012 que alterou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984) e a Lei de Identificação Criminal do civilmente identificado (Lei 10.037/2009) trazendo informações mais técnicas e precisas, afim de garantir a eficiência das investigações.

A Prova Pericial, além do disposto do ordenamento jurídico e na doutrina, obedece à preceitos formulados por especialistas, quanto à maneira de sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

execução. Os peritos e estudiosos teóricos são responsáveis pela elaboração de procedimentos, sem que estes tornem-se ilegais e/ou inconstitucionais, mas aplicáveis ao dia-a-dia das investigações e plenamente possíveis de serem executados pelos profissionais responsáveis. Estes preceitos, devido à constante evolução da sociedade e aparecimento de novos tipos penais e situações fáticas imprevisíveis, sofrem mudanças constantemente. Isso explica o porquê da adoção de novas técnicas e coloca a prova pericial como tema de constante atualização, pelos motivos já apresentados.

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA PERICIAL DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS

A Prova Pericial de Amostras biológicas é um conjunto de procedimentos realizados por especialistas com o intuito de elucidar crimes através dos vestígios encontrados nas circunstâncias factuais. Tudo desenvolve-se a partir da evolução da tecnologia forense na área da genética aliado aos cuidados da inesvtigação policial, donde emergiram modernas técnicas de biologia molecular, sendo possível chegar-se a conclusões mais precisas.

Desde 2012 o Brasil está entre as nações que possuem um Banco nacional de Perfis Genéticos. O Perfil Genético dos materiais biológicos obtidos na vítima ou no local de crime com amostras de um suspeito pode identificar a autoria ou inocentar o suspeito. O crescimento deste banco tem permitido à perícia fornecer informações importantíssimas às diversas investigações policiais para identificar criminosos (ou inocentar acusados) e pessoas desaparecidas.

Em outras palavras, através das técnicas adotadas na análise de vestígios biológicos, faz-se possível identificar o autor do crime com mais certeza. Por exemplo, com a análise das impressões digitais é possível saber quem tocou na arma utilizada em um crime, assim como, em crimes sexuais, analisa-se o DNA presente no corpo da vítima, para chegar ao responsável pela prática criminosa. Por isso diz-se que a tecnologia forense na área genética é grande aliada da justiça para esclarecer a verdade, seja para identificar um indivíduo ou provar culpa e a inocência e precisa ser realizada de acordo com métodos científicos de forma padronizada e universal.

As amostras biológicas são verdadeiros instrumentos de demonstração da verdade dos fatos, devido ao seu alto grau de confiabilidade de resultados. Por isso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

deve receber a devida importância, pois, uma vez que tenha sido realizada dentro de todo o procedimento padrão pode ser utilizada para sucesso e o fracasso de uma condenação. Como exemplo, o famoso julgamento de O.J. Simpson, que ocorrera nos Estados Unidos, em que a defesa do réu questionou o modo de coleta e produção da prova incriminatória e persuadiu o júri demonstrando que havia dúvidas sobre a autoria de O.J. Simpson, apesar de o perfil genético dele ter coincidido com o da prova coletada no local do crime.

2.2 TIPOS DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS

Os principais materiais biológicos são:

- Sangue – Total, soro e plasma;
- Urina;
- Fezes;
- Líquidos corporais – espinhal, pleural, amniótico, etc;
- Tecidos – biópsias, raspagens, etc;
- Secreções corporais – escarro, esperma, vaginal, uretral, etc.

Como notável, todos esses materiais biológicos constituem o que chamamos de DNA, que carrega toda a informação genética de um organismo. Por isso, com a sua análise é possível obter dupla finalidade, identificando os verdadeiros agentes da circunstância criminal, bem como afastando indivíduos que não possuem nenhuma relação com o fato típico.

Através da coleta e análise desses materiais é possível a identificação do agente criminoso, tendo cada um deles, métodos especificados de procedimentos adotados para sua execução, que são exatamente o que constituem a cadeia de custódia, que será objeto do Capítulo III, onde será apresentado minuciosamente todos os procedimentos e peculiaridades do assunto.

3. A CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROVA PERICIAL

A prova pericial, como mencionado, é repleta de peculiaridades, que a tornam muitíssimo sensível, sendo necessário que se aplique certos procedimentos especializados, ordenados, padronizados e minuciosos. Estes procedimentos, são chamados de Cadeia de Custódia.

A Cadeia de Custódia em Prova Pericial, em termos mais técnicos, é um processo pelo qual as provas passam por procedimentos padronizados, desde a sua **coleta, transporte, recebimento, análise e armazenamento**, sendo toda essa sequência acompanhada por responsável, (o perito e caso haja, o assistente pericial) que deve documentar e garantir que nenhum vestígio se perca, afim de que a persecução penal não seja prejudicada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A simples apresentação da prova pericial à justiça não garante a sua aceitabilidade ou validade jurídica. Para garantir a validade dos exames periciais, os peritos devem respeitar a cadeia de custódia, que é a documentação que o laboratório possui com a finalidade essencial de rastrear todas as operações realizadas com cada vestígio, desde a coleta no local do crime até a completa destruição.

Importante frisar que todo esse processo começa muito antes da ação penal, pois geralmente é a polícia, ao se dirigir ao local do crime apurar as circunstâncias, que tem o primeiro contato com a prova em si, e sua maior responsabilidade é garantir a inalterabilidade do estado e da conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais, que procederão com toda a parte técnica da execução da prova.

Especificamente se tratando da falta de preservação do local do crime, o Código de Processo Penal, no art. 169, registra expressamente que cabe à autoridade policial a sua preservação e ao *expert* consignar em seu laudo as eventuais alterações e como elas afetam os exames realizados, especialmente quanto as suas conclusões.

Pode-se compreender a cadeia de custódia como um histórico cronológico, atestado, testemunhado e inviolado de quem teve a posse de um vestígio, desde sua coleta até o momento de sua apresentação processual (VAN DER WALT, 2010).

Na área forense, todas as amostras são recebidas como evidências. São analisadas e o seu resultado é apresentado na forma de laudo para ser utilizado na persecução penal. As amostras devem ser manuseadas de forma cautelosa, para tentar evitar futuras alegações de adulteração ou má conduta que possam comprometer as decisões relacionadas ao caso em questão. O detalhamento dos procedimentos deve ser minucioso, para tornar o procedimento robusto e confiável, deixando o laudo técnico produzido, com teor irrefutável. A sequência dos fatos é essencial: quem manuseou, como manuseou, onde o vestígio foi obtido, como armazenou-se, por que manuseou-se.

Por isso, diz-se que "A cadeia de custódia contribui para manter e documentar a história cronológica da evidência, para rastrear a posse e o manuseio da amostra a partir do preparo do recipiente coletor, da coleta, do transporte, do recebimento, da análise e do armazenamento. Inclui toda a sequência de posse." (SMITH et al, 1990, p. 13).

A cadeia de custódia, na Lei, inicia-se logo após o conhecimento do fato criminoso. O Código de Processo Penal, no artigo 6º, dispõe sobre as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> primeiras condutas que devem ocorrer dentro da Cadeia de Custódia, que, em resumo diz que logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá se dirigir ao local, garantindo que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, bem como apreender objetos ligados ao fato depois que forem liberados pelos peritos e, por fim, colher as provas necessárias.

O Código de Processo Penal cita que a autoridade policial deve garantir a conservação da cena do crime, manipular indícios do local do fato, portanto a garantia da robustez da investigação se inicia neste momento. Todos os elementos que darão origem às provas periciais ou documentais requerem cuidados para resguardar a sua idoneidade ao longo de todo o processo de investigação e trâmite judicial.

O artigo 170 do Código de Processo Penal cita que "nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas". O fato de a Lei exigir a guarda de amostra do material analisado garante ao investigado a possibilidade de contestação e defesa.

Para garantir ainda mais a plenitude da defesa e a garantia do devido processo legal, o advento da Lei nº 11.690, de 2008, que alterou o Código de Processo Penal, trouxe a figura do assistente técnico se tornou em um típico fiscalizador das partes. A função é de acompanhar a perícia oficial, apresentar sugestões, opinar sobre o laudo do perito nomeado, apresentar as hipóteses possíveis, desde que técnica e juridicamente plausíveis.

O perito assistente, ao elaborar laudo divergente do apresentado pelo perito oficial, analisará primeiramente a cadeia de custódia, pois qualquer falha apresentada enfraquecerá o laudo oficial.

ESPÍNDULA (2009, p. 87) explica que a prática de alguns advogados de questionar o manuseio de evidências ganha força com a figura do assistente técnico no processo penal e esse procedimento será enormemente explorado como argumento de defesa.

Quanto à formulação de quesitos, a presença do assistente técnico é necessária para assessorar o advogado na formulação dos quesitos aos peritos. É

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

público e notório que os advogados não dominam a área técnica fora de sua área de formação e a assessoria do perito assistente acrescenta qualidade à defesa do acusado.

A figura do assistente técnico, por ter um caráter naturalmente questionador dos procedimentos que levaram à confecção do laudo pericial, acrescenta à persecução penal outro controle de qualidade e exige dos peritos criminais maior esforço para garantir a idoneidade de seu trabalho.

A Cadeia de Custódia, como verdadeira garantia da preservação de todos os vestígios, tem como uma de suas principais finalidades o alcance de evidências, que são o que de fato dão andamento aos processos, afinal, um mero vestígio, sem a constatação técnica de sua aplicabilidade, não tem validade alguma na persecução criminal.

Luiz Eduardo Carvalho Dorea, em sua obra, discorre acerca da fragilidade dos vestígios:

> "Frequentemente, inúmeros fatores são responsáveis pelas alterações nas características dos vestígios do crime, como a contaminação, as mudanças químicas, a adição de características estranhas, entre outras formas. As causas que mais ganham destaque são as causas naturais, geradas pela ação da natureza, por ação do decurso do tempo, como as chuvas ou até mesmo as altas temperaturas. DOREA, 2010).

Por isso, compreende-se que uma maior quantidade de dados e vestígios coletados na cena do crime, que não sofreram nenhum tipo de contaminação, terá por consequência uma perícia mais precisa, com uma investigação criminal mais eficiente, munida de provas mais confiáveis, pois terá havido, portanto, o respeito aos procedimentos necessários da Cadeia de Custódia da Prova Pericial.

3.1 O PROCEDIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DENTRO DAS PROVAS PERICIAIS DE AMOSTRAS BIOLÓGICAS

Conforme explicado no capítulo anterior, a cadeia de custódia é o conjunto de procedimentos padronizados, sequenciais e obrigatórios, que garantem a confiabilidade do resultado que se espera, neste caso, da prova pericial de amostras biológicas. Esses procedimentos surgem a partir dos vestígios encontrados nas circunstâncias delituosas e são exatamente: preservação do cenário, coleta,

transporte, recebimento, análise, armazenamento e o possível descarte. Tudo isso devidamente acompanhado e monitorado por profissional especializado.

Viu-se também que, amostras biológicas são todo material pertencente ao DNA humano, tais como, secreções, fluidos, sangue, fezes, urina e tecidos. Logo, a análise desses elementos é algo muito mais delicado, que deve receber mais cuidados e atenção, para que nenhum detalhe se perca ou seja violado.

No Brasil a responsabilidade de apurar, apoiar e viabilizar a Cadeia de Custódia da Provas Pericial de Amostras Biológicas é o INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, que possui uma divisão específica para apoiar a qualidade dos laboratórios e exames forenses, segundo informações colhidas no site do Ministério da Justiça.

A Acreditação de Laboratórios é realizada pela Divisão de Acreditação de Laboratórios (DICLA), a qual realiza várias atividades relacionadas ao acesso e manutenção de acreditação, aplicáveis em laboratórios de calibração e ensaio, bem como laboratórios de análises clínicas, onde são realizados análises em materiais biológicos, microbiológicos, entre outros exames em materiais provenientes do corpo humano e tem a finalidade de oferecer informações para o diagnóstico, bem como serviço de consultoria e acompanhamento da interpretação dos resultados.

A metrologia engloba todos os aspectos teóricos e práticos da medição, qualquer que seja a incerteza de medição e o campo de aplicação. No que concerne à área forense, já existem em diversos estabelecimentos acadêmicos, o curso de Metrologia Forense e Qualidade, que qualifica profissionais em perícia criminal a se especializarem nos quesitos confiabilidade, credibilidade e qualidade são indispensáveis nos processo judiciais, que recorrem às análises laboratoriais para a fundamentação das provas.

Sobre a Metrologia, Fermino Junior ensina que:

> "A metrologia fornece elementos que possibilitam uma maior precisão do processo de análise do material e a tem a diminuição do índice de incerteza, contribuindo assim, para a qualidade do produto final, que no caso da perícia é a conclusão do laudo, portanto a prova pericial. A confiabilidade metrológica é caracterizada pelo controle dos processos, bem como das especificações corretas dos instrumentos de medição, treinamento, conscientização dos envolvidos, etc."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A certificação é também uma ferramenta legítima de gestão, tanto em áreas públicas quanto privadas, a qual confere significado de excelência administrativa e institucional para as organizações que podem ostentar seus títulos. É o caso das Certificações ISO (International Organization for Standarization).

Especificamente para laboratórios de perícias, segundo os ensinamentos de Fermino Junior, entende-se que a norma ISO 17025 fornece um sistema de gestão que tem como objetivo operar as atividades periciais com qualidade e competência técnica para realizar os serviços de análises. Já para perícias de local de crime existe a ISO 17020, destinada aos serviços de inspeção. A acreditação é a certificação formal relativa à aplicação das normas, trazendo confiabilidade nos resultados, reconhecimento da comunidade e de seus pares. Ademais, evita erros e repetições do trabalho, permite a organização das atividades, comunicação entre os dados obtidos e assim surge um trabalho mais eficiente, com controle dos processos e investimento em capacitação

Atualmente no Brasil, não há nenhuma obrigatoriedade de certificação nos laboratórios de perícia criminal dentro dos órgãos oficiais. Nessa área, uma política pública visando maior qualificação das perícias certamente traria inúmeros benefícios para a investigação de crimes5 e ainda abriria grandes campos de pesquisa e desenvolvimento para inovação tecnológica. Certamente esses frutos seriam colhidos se a legislação processual penal passasse a abordar o tema de maneira objetiva e os órgãos oficiais (federais e estaduais) fossem submetidos a adequação de suas práticas e instalações.

Interligando o tema às questões judiciais, vale frisar que existe, desde 2012, o "Programa Brasil mais Seguro", de iniciativa do Ministério da Justiça, que realiza diversas ações, dentre elas o Programa de Redução de Criminalidade que tem como objetivo induzir e promover a atuação qualificada e eficiente dos órgãos de segurança pública e do sistema de justiça criminal, focado na qualificação dos procedimentos investigativos e na maior cooperação e articulação entre as Instituições de Segurança Pública e o Sistema de Justiça Criminal (Poder Judiciário e Ministério Público).

A SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça) percebe que uma perícia bem realizada, com equipamentos adequados, profissionais capacitados e, principalmente, um conjunto de procedimentos padronizados são fundamentais para a produção de provas técnicas e tem como consequência uma investigação criminal de qualidade.

Sendo assim, a SENASP no ano de 2012 assumiu a responsabilidade de coordenar a tarefa de produzir os *POPs* (procedimentos operacionais padronizados), com o auxílio do Conselho de Dirigentes de Órgãos Periciais, as associações representativas dos profissionais da perícia, à equipe da Força Nacional de Segurança Pública entre outros especialistas da área. Foram concluídos assim os primeiros 24 (vinte e quatro) procedimentos, avaliados e tesados pelos órgãos periciais dos Estados e do Distrito Federal.

Ademais, muitas periciais se fazem valer das normas publicadas pela ASTM International (Sociedade Americana de Testes e Materiais), que é outro órgão de padronização, sendo um líder mundialmente conhecido no desenvolvimento de padrões, tendo mais de doze mil normas, em diversos segmentos. Tal liderança em padronização internacional é produzido em forma de contribuições de mais de trezentos mil técnicos especializados do mundo, empenhados em desenvolver técnicas usando métodos, especificações, classificações, sempre elaboradas com ferramentas avançadas para gerar o melhor desenvolvimento de padrões mundiais.

Quanto à parte mais prática dos procedimentos da Cadeia de Custódia em Provas Periciais de Amostras Biológicas, destaca-se a Técnica de Manuseio de Amostras Biológicas em Laboratório.

O processo de realização de exames clínicos laboratoriais inicia-se com o pedido do médico e termina somente com a interpretação dos resultados obtidos nos exames. Nesse entremeio, contudo, tem-se a atuação da figura do auxiliar de laboratório, no que concerne à coleta das amostras de material biológico a serem analisadas, o preparo das amostras (fase pré-analítica), a realização dos testes e exames (fase analítica), a análise dos resultados obtidos nos testes e exames, a liberação destes resultados e a preparação dos laudos (fase pós-analítica).

A coleta de material microbiológico objetiva a identificação de agentes infecciosos e o perfil de sensibilidade a antimicrobianos. A coleta deve ser realizada em um sítio ou local do corpo representativo do processo infeccioso a ser investigado. Assim, é recomendável, por exemplo, a remoção de crostas de feridas, já que as melhores amostras microbiológicas se encontram abaixo da mesma.

No que se refere às fontes de obtenção e métodos de análises desses materiais biológicos com fins de investigação microbiológica, tem-se, a partir da doutrina de Dutra (DUTRA, 2002) as seguintes recomendações:

- Hemocultura: Coleta de Sangue, em que são utilizados frascos com meio de cultura com aspiração à vácuo; útil para hemocultura de leveduras, fungos ou bactérias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Secreção de ferida cutânea ou cirúrgica, abscesso ou fístula: O material deve ser coletado, preferencialmente, após lavagem da lesão com soro fisiológico; a coleta pode ser feita por aspiração da secreção ali presente ou do líquido não drenado (por meio de seringa e agulha estéreis) ou ainda com swab.
- Fragmento de tecido: Em se tratando de feridas ou lesões cutâneas é recomendado o cultivo de pequeno fragmento do tecido (biópsia), mas ainda poderá ser utilizado o swab.
- Urocultura: A urina na bexiga é estéril; entretanto, dependendo do modo de coleta, pode ocorrer sua contaminação com a microbiota uretral. Para tentar minimizar essa contaminação, o modo mais recomendado de se realizar a coleta é por meio da coleta de urina de jato médio.
- Líquor: A punção para obtenção do líquor é feito na coluna lombar e exige condições estritas de assepsia: a recomendação é que a coleta já seja realizada no próprio meio de cultura; além disso, o líquor não deve ser armazenado sob refrigeração, uma vez que algumas bactérias não resistem a temperaturas muito baixas.
- Fezes: devem ser coletadas, preferencialmente, no início da fase aguda da doença, quando os agentes infecciosos costumam estar presentes em maior número. Havendo porções mucosas ou sangnolentas nas fezes, deve se dar preferência à coleta das mesmas.

Quanto a realização de investigação através de exames de DNA propriamente dito, no local dos fatos os peritos colhem os materiais biológicos disponíveis na cena do crime, do suspeito e da vítima. Esses vestígios são fundamentais para identificar o autor de um crime ou inocentar um suspeito. Os vestígios biológicos coletados, são encaminhados para um laboratório forense, onde o Perfil de DNA é identificado. Os Perfis Genéticos assim levantados são, então, inseridos nos Bancos de dados de Perfis Genéticos. As identificações realizadas por meio da coincidência de Perfis Genéticos são consignadas pelo Peritos Criminais, sob forma de um Laudo Pericial. E todos esses atos ficam dispostos à apreciação do assistente técnico e da justiça.

3.2 CONSEQUENCIAS DA INOBSERVANCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA – NULIDADES ABSOLUTAS

Quando os procedimentos da Cadeia de Custódia são realizados incorretamente, ou ainda, não realizados, há consequências diretamente ligadas ao processo a que se refere a prova. Isto porquê, como é sabido, a prova pericial serve

justamente para trazer mais veracidade de informações e até mesmo a certeza quanto ao sujeito que está sendo acusado ou investigado.

Um processo norteia-se de vários princípios, fundamentos e procedimentos que devem ser observados, em nome da própria legalidade, para que não se cometa equívocos capazes de provocar injustiças aos envolvidos. Quando qualquer dos procedimentos ou exigências legais não são observadas, diz-se que o processo está com "vícios", ou seja, defeitos por ausência ou presença de elementos que não deveriam ali existir.

Exatamente por isso, quando a Cadeia de Custódia não é respeitada, seja por ausência na execução de algum procedimento, ou pela realização incompleta destes, ou pelo manuseio inábil, negligente ou imprudente de materiais, ou quaisquer atos que gerem a quebra da padronização dos procedimentos, tem-se, como consequência, a Nulidade, na modalidade Absoluta.

Em breves palavras, a Nulidade no Processo Penal pode ser conceituada como um defeito jurídico que torna inválido ou destituído de valor de um ato ou o processo, total ou parcialmente. São, portanto, defeitos ou vícios no decorrer do processo penal, podendo, também, aparecer no inquérito policial. Na nulidade, há uma falta de adequação ao modelo típico que poderá levar ao reconhecimento judicial de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico.

As nulidades podem ser relativas ou absolutas. A nulidade absoluta, em termos gerais, ocorre se a norma em apreço considerada defeituosa, houver sido instituída para resguardar, predominantemente, o interesse público. Já a nulidade relativa aparece se a regra violada servir para amparar, em destaque, o interesse das partes.

Se a regra viciada violar um princípio constitucional, a nulidade deverá ser absoluta, ou até mesmo, inexistente. Verificamos que o processo penal nacional está resguardado, não apenas pela legalidade, mas também, por princípios mais abrangentes, com embasamento constitucional que, em certos pontos, chegam a ser desnecessários. Por isso é que a inobservância da cadeia de custódia na prova pericial de amostras biológicas é considerada uma nulidade absoluta, justamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

porque viola o princípio do devido processo legal, como fora detalhado no capítulo I, e violando este principio, vicia todo o processo.

Tem-se a idéia, também, de que uma prova pericial mal coletada, mal analisada, mal transportada, mal conservada, mal examinada, não pode trazer a confiabilidade que dela se espera, principalmente por tratar-se de vestígios biológicos, ou seja, elementos viscerais pertencentes a um ser humano, onde estão presentes, ali, toda a sua identidade para que sejam postos em análise para o fim de descobrir informações preciosas para a persecução penal. É claro que há de ter excessivo cuidado, pois qualquer falha compromete a finalidade da prova.

No Código de Processo Penal estão dispostas, no artigo 564 algumas situações que geram nulidade. O legislador não se preocupou em classifica-las por relativas ou absolutas e nem em arrolar todas as espécies de nulidades existentes e aceitáveis no ordenamento legal brasileiro. Por isso, a nulidade que trata este Artigo não está explicitamente no Código de Processo Penal, mas é considerada como Nulidade Absoluta, visto seu caráter comprometedor da legalidade do processo.

Trazendo a questão da Nulidade em Provas Periciais, estas acontecem na maioria das vezes por falhas na cadeia de custódia, que tem início no isolamento e na preservação do local de crime, que por ser realizado inadequadamente, dificultando o trabalho investigativo, a resolução de crimes e a produção de provas. Posteriormente, as dificuldades podem se revelar nos exames complementares laboratoriais, através da inobservância de normas e padrões cientificamente aceitos e testados.

Edinger, diz que o direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos (EDINGER, 2016, p. 237).

No entanto, os operadores de Direito brasileiros e até mesmo os da área policial, ainda não possuem largo conhecimento técnico acerca da área criminalística, razão pela qual, como já mencionado, no ano de 2008 o legislador inseriu no Código de Processo Penal a figura do Assistente Técnico, para tentar suprir essa lacuna existente em nosso ordenamento.

Neste sentido, à luz do Artigo de Daniel Buhatem Koch, Marina Frota Tandalo e Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "...ainda se verifica grande resistência dos órgãos periciais para abertura de seus laboratórios, procedimentos e metodologias. Em um primeiro momento, essa grande carência de transparência dificulta os questionamentos sobre os trabalhos realizados, mas o efeito secundário é a perpetuação das *praxis* usual que impede a evolução das instituições periciais e dos próprios peritos, com conseqüências para a persecução penal e a impunidade, gerando um ciclo vicioso." (KOCH, TANDALO e SILVA, 2016, p. 9)

Edinger explica que os peritos devem consignar quais os exames realizados e as metodologias empregadas, citando os equipamentos utilizados, as normas técnicas e os procedimentos, a fim de dar subsídios para que as partes questionem a prova técnica no exercício da ampla defesa e possam ainda repetir a perícia em contraprova (EDINGER, 2016, p. 238).

É dever do Estado, como ente investigador, expor para as partes processuais os elementos probatórios descobertos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº 14, a qual ratifica o direito da parte de acesso aos elementos de prova que dizem respeito ao exercício de defesa do acusado, com as devidas ressalvas aos procedimentos sigilosos.

Vê-se que se não fosse assim, seria praticamente impossível para a defesa saber se há a existência ou não de provas ilegais e ilícitas, logo não haveria maneira de contestá-las em juízo. Antônio Alberto Machado ensina que:

> "Os atos processuais que, em regra, acontecem com os atos jurídicos, têm seus parâmetros estabelecidos em lei e devem ser praticados conforme essas formas. A previsão legal dessas formalidades, que determinam à maneira e o momento que devem ser praticadas as formalidades no processo, é chamada pela doutrina de tipicidade dos atos processuais, bem como o desrespeito a essas tipicidades, podem conduzir à nulidade do ato." (MACHADO, 2012, p. 151).

Por isso, juntamente com o princípio do devido processo legal caminha o princípio da publicidade, que serve justamente para garantir ainda mais o contraditório e ampla defesa em casos de impugnação quanto a alguma prova pericial eivada de vícios. Tudo deve ser claro e transparecido no processo, para facilitar o papel da defesa e também o da acusação no acesso às provas e a sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

arguição, que deve ser feita no decorrer do processo pelas partes ou de ofício pelo juiz, se tratando de nulidade absoluta.

Existem alguns outros princípios que norteiam a questão da nulidade absoluta, por exemplo, o princípio da causalidade ou consequencialidade, presente no artigo 573, § 1° e 2°, do CPP, que verbaliza que a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. Portanto, se um ato é nulo, os demais que dele dependam existência também perecerão.

Existe, pois, a nulidade originária e a derivada. Cabe ao juiz, portanto, ao reconhecer a invalidade de determinado ato processual, verifica se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos. Assim por exemplo, se reconhecida nulidade na sentença, não se anulam os atos anteriores a essa, se não exerceram quaisquer influência na decisão.

A nulidade, por ser a invalidade de um ato falho, quando na modalidade absoluta, referente à prova pericial de amostras biológicas, pode ser arguida mesmo em momento diferente da instrução criminal, justamente por muitas vezes se tratar da identidade do indivíduoo investigado/acusado, ou seja, reflete quanto a própria titularidade do sujeito criminoso. Logo, sempre que houver o reconhecimento da nulidade nestes casos, pode ser levantada seja pela parte ou pelo magistrado.

Os Tribunais Superiores solidificam hodiernamente a questão da nulidade de provas periciais eivadas de erros ou vícios. Vejamos um exemplo da jurisprudência brasileira acerca do tema:

> APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. NULIDADE DO EXAME PERICIAL. COAÇÃO COMPROVADA. A prova carreada nos autos demonstra a ocorrência de coação por parte dos policiais, que não aceitaram a vontade expressa do réu de não realizar o teste do etilômetro. Configurada a nulidade do exame pericial. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. REDAÇÃO ANTERIOR Á LEI 12.760/12 MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. A lei vigente à época do fato tipificava apenas a concentração de álcool por litro de sangue, sendo essencial a prova pericial (etilômetro ou exame de sangue) para comprovar a materialidade do fato delituoso. Nula a prova pericial, a materialidade não restou comprovada.

> Mantida a absolvição. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70056635436, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 13/03/2014)
>
> (TJ-RS - ACR: 70056635436 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 13/03/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2014).

O Supremo Tribunal Federal também disponibiliza posicionamento acerca da importância da perícia de amostras biológicas para o deslinde dos casos concretos, conforme se vê da Pesquisa de Jurisprudência Internacional - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS, realizada pelo STF:

> Reconhecida a existência de repercussão geral na alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação criminal e o armazenamento em bancos de dados de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos mediante extração obrigatória de DNA. Alertou-se que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Entendeu- se como necessário analisar a questão à luz da possível violação dos direitos da personalidade e do princípio da vedação à autoincriminação – art. 1o, III, art. 5o, X, LIV e LXIII, da Constituição Federal. [RE 973.837 RG, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 23- 06-2016, DJE de 11-10-2016, Tema 905].
>
> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de

> vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. [HC 71.373, rel. min. **Francisco Rezek**, red. p/ o acórdão min. **Marco Aurélio**, P, j. 10-11-1994, DJ de 22-11-1996].

Logo, fica nítido a necessidade de classificar como nulidade absoluta a falha da cadeia de custódia em prova pericial de amostras biológicas, uma vez que, por um erro, pode se chegar a uma injusta, desproporcional e/ou desarrazoada condenação, trazendo injustiças e insegurança jurídica, que é o que menos se espera do poder judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente Artigo foi um passeio acerca da grandiosa temática da prova pericial, envolvendo todo o entendimento dessa modalidade probatória, adentrando à temas como a cadeia de custódia inerente a ela, bem como o que a inobservância dessa cadeia de custódia gera para a própria prova pericial, que é a nulidade absoluta.

Sabe-se que a prova pericial é executada pelo homem, logo, é propensa à inevitáveis falhas. Sabendo disso, os operadores do direito e os estudiosos de criminalística forense preocupam-se em garantir o mínimo para que o devido processo legal não se perca, criando diversos dispositivos legais, procedimentos, dentre outros instrumentos para favorecer a segurança e a robustez das provas processuais.

Ainda assim, não há um Código específico que trate e preveja minuciosamente um modelo universal da Cadeia de Custódia para que seja seguido pelos peritos e assistentes técnicos, o que abre margem para que, muitas vezes se aplique procedimentos distintos ou incompletos. Na maior parte dos casos, isto leva à consequência da nulidade processual absoluta, justamente por laudos de peritos divergirem entre si, levando ao judiciário a responsabilidade de dirimir o conflito.

Não pairam dúvidas sobre a relevância da perícia criminal na persecução penal, bem como para se obter uma investigação criminal mais ampla e eficiente, com a produção de provas científicas consistentes na busca da verdade, sendo de fundamental importância a compreensão de como deve se portar todos os profissionais que irão passar pela cena do crime, principalmente o perito criminal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na busca de evidências e seus procedimentos técnicos até a elaboração do laudo pericial.

Por isso, foi demonstrado no primeiro capítulo, a importância ao respeito ao devido processo legal, que é a junção de vários princípios, tais como o contraditório e ampla defesa, a publicidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, que devem ser observados em todas as relações processuais, para que não haja ilegalidades e até mesmo atos inconstitucionais, o que é mais grave.

Já no segundo capítulo abordou-se a evolução da prova pericial no ordenamento jurídico brasileiro, o que trouxe o entendimento do quanto houve mudanças para a melhoria da execução das perícias criminais, explicando os conceitos e tipos de amostras biológicas, deixando evidente o quanto ainda se precisa avançar neste quesito, criando mais Leis e possivelmente um próprio Regulamento de Normas para nortear o trabalho dos peritos na modalidade de amostras biológicas.

E, finalizando, o terceiro capítulo veio para trazer a compreensão da Cadeia de Custódia, o que é, como funciona, quais os procedimentos e a relevância para a ação penal. Extraiu-se que tem papel essencial, pois garante a legalidade da perícia e assim da própria persecução criminal, proporcionando a visão de que há a necessidade de mais critérios, mais rigorosidade, com mais avanços na área Criminalística, tão pouco valorizada no território brasileiro, criando-se de Código específico, o que merece receber a devida supervisão e atenção tanto do Estado quanto dos operadores do Direito.

A questão da nulidade absoluta, quando há a inobservância da Cadeia de Custódia em provas periciais de amostras biológicas é a grande resposta ao tema proposto e realmente coaduna perfeitamente com a exposição dos princípios, conceitos, doutrina, Lei e jurisprudência, uma vez que entende-se o grau de responsabilidade que carrega uma perícia técnica criminal, afinal, dela pode resultar condenações e absolvições, portanto, estando eivada de vícios, deve ser plenamente anulada e se couber, refeita.

O que fica compreendido é que a preocupação com a Cadeia de Custódia é um dos principais requisitos avaliadores da competência e qualidade do serviço pericial, sendo necessária validação, ser critério de aceitação ou desentranhamento da prova processual e item de análise em todos os processos criminais.

Sabe-se que o magistrado não está adstrito ao Laudo Pericial, porém, não há como negar que outros métodos de prova como a testemunhal e a confissão vem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tendo sua eficácia questionada, em razão da prática de torturas e ameaças de organizações criminosas, terceiros ou até mesmo da própria polícia. Com essa visão, a perícia torna-se cada vez mais importante para a conclusão de um crime, visto que cada vez mais, no decorrer do trabalho, requer mais conhecimento técnico, científico e jurídico dos peritos.

Nota-se que a perícia pode ser entendida não apenas como um meio de prova, mas como um instrumento indispensável à Justiça e no combate a impunidade, reforçando o princípio da dignidade humana.

A carência de uma legislação específica que aborde esses temas na esfera penal e processual penal denota ainda uma grande distância das ciências forenses do mundo jurídico que deve ser prontamente encolhida. Também no âmbito da Criminologia, os questionamentos sobre o atual modelo policial, apesar de fartos, não abordam o tema apresentado acima.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas que ações mais efetivas no sentido de profissionalizar, capacitar e normatizar os órgãos de perícia trariam enormes benefícios para a sociedade brasileira, tornando-se uma alternativa para uma realidade tão deplorável de impunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Art. 5º, LIV. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12/07/2019.

BRASIL. **Lei nº 3.689. Código de processo penal.** 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 17/07/2019.

BRASIL. **Lei nº 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em 24/07/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.654/2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 24/07/2019.

BRASIL. **TJ-RS - ACR: 70056635436** RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 13/03/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da

Justiça do dia 17/04/2014. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/ 116669912/apelacao-crime-acr-70056635436-rs.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência internacional. Coleta de Material Genético para fins criminais.** Coordenadoria de Análise de jurisprudência. 2018. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q = cache:LgOoWdwLVHMJ:www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgenticoparafinscriminais.pdf+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br&client=firefoxb-ab.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. Revista dos Tribunais. Vol. 883, 2009.

DOREA, Luiz Eduardo Carvalho, Victor Paulo Stumvoll, Visctor Quintela**. Criminalística**. 4a Ed. Campinas, São Paulo. Millenium Editora. 2010.

DUTRA, J. S. **Gestão de pessoas: modelo, processos, tendências e perspectivas**. São Paulo: Atlas. 2002.

EDINGER, Carlos. **Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 120/2016. 2016.

ESPÍNDULA, Alberi. ***Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia.*** *3a Ed. Campinas, São Paulo. Millenium Editora, 2009.*

FERMINO JUNIOR, Nelson. **Implantação de sistema de gestão da qualidade na coordanadoria- geral de perícias de Mato Grosso**. [2016]. Disponível em: <http://www.escolagov.ms.gov.br> Acesso em: 22 maio 2016.

KOCH, Daniel buhatem, TANDALO, Marina Frota e SILVA, Claúdia Fernanda Souza de Carvalho Becker. **Ponto de Vista Jurídico**. Caçador. v.5, nº 2. p. 102-113. 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7ª ed., São Paulo: RT, 2014.

SMITH, ML; BRONNER; WE; SHIMOMURA, E.T. et al. Quality Assurance in Drug Testing Laboratories. **Clin Lab Med**, [S.l], v. 10, n. 3, p. 503-516, 1990. Disponível em:

<http://www.labcorp.com/datasets/labcorp/html/chapter/mono/fo000700.htm>. Acesso em: 17/07/2019.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 90. Editora JusPodivm. 11ª edição. Salvador-Bahia. 2016.

TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC**. In: ZUFELATO, Camilo *et al*. (Orgs.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016.

VAN DER WALT, Lirieka Meintjes. The chain of custody and formal admissions. **South African Journal of Criminal Justice**. Vol 23. 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PORTE E A POSSE DE ARMA DE FOGO: AS IMPLICAÇÕES NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

AMANDA ARAÚJO CARRIL:
Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM

DORVAL DE ALMEIDA SANTANA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo caracterizar que o porte e a posse de arma de fogo para redução da criminalidade. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. Posse: com o direito à posse, a arma de fogo só pode ser mantida no interior de residência ou em local de trabalho, desde que o dono seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. A legislação brasileira estabelece uma série de requisitos para a aquisição de armas. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo em que o papel do controle de armas e seu efeito sobre a criminalidade é uma das questões mais polêmicas na literatura do crime, talvez comparável somente a questões como os efeitos da legalização do aborto e da pena de morte. Tanto que é possível afirmar que o interesse despertado pelo tema é proporcional à controvérsia observada na literatura. Embora existam muitas afirmações no meio político e de grupos de interesse sugerindo o contrário, o fato é que a maioria das conclusões encontradas na literatura sugerem uma relação positiva entre as variáveis relacionadas à disponibilidade de armas e crimes violentos. Todavia, é justo que se destaque a falta de consenso entre os autores, que ocorre, não pela discordância a respeito de argumentos, mas pelos problemas de endogeneidade que sofrem os modelos empíricos que se propõem a estudar esta relação.

Palavras-chave: arma de fogo; criminalidade; porte; porte; redução.

ABSTRACT: This article aims to characterize the possession and possession of firearms to reduce crime. It was elaborated according to the method of inductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. Possession: With the right to possession, the firearm can only be kept inside the residence or in the workplace, as long as the owner is the owner or legal guardian of the

establishment or company. Brazilian legislation establishes a series of requirements for the acquisition of weapons. For this purpose, jurisprudence, precedents, statements and understandings of recurrent cases have been used which have been a parameter to solve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains to be seen that the role of arms control and its effect on crime is one of the most controversial issues in crime literature, perhaps comparable only to issues such as the legalization of abortion and the death penalty. So much that it is possible to affirm that the interest aroused by the subject is proportional to the controversy observed in the literature. Although there are many statements in the political and interest groups suggesting the opposite, the fact is that most of the conclusions found in the literature suggest a positive relation between the variables related to the availability of weapons and violent crimes. However, it is only fair to point out the lack of consensus among authors, which occurs not because of disagreement about arguments but because of the problems of endogeneity that the empirical models that attempt to study this relationship suffer.

Keywords: firearm; crime; bearing; bearing; reduction.

INTRODUÇÃO

O Referendo de 2005 veio em contra o Estatuto do Desarmamento, colocando contra posição o cidadão de que quer comércio de armas de fogo e munição nosso País.

A população tem o direito de pratica autodefesa e autotutela no sentido de protege sua vida, de terceiros e a patrimonial. Apesar de que o Estado atribui para si essa atividade de segurança pública para atribuir uma sensação de segurança ora almejada mais até o momento não percebido pela população.

A Constituição Brasileira preconiza "que é dever de todos a segurança publica" disto isto o desejo da população brasileira já explicitada deve ser respeitada.

Com o decorrer da pesquisa será exposto de que forma a criminalidade poderá ter seus índices diminuídos por temor na prática de ilícitos contra a vida e o patrimônio sob esse aspecto o assaltante quando pratica um roubo vem aterrorizando a vítima, impondo desespero, pois, estão portando arma de fogo.

Será que ao perceber que os cidadãos estando armados os assaltantes teriam o mesmo ímpeto, podendo ser alvejados ou dominados pela suposta vítima.

Mais ao invés disso os ladrões sabendo que cidadãos estão possuindo armas de fogo e com essa certeza fossem atrás das mesmas e utilizassem essas

armas de fogo contra os mesmos sabendo que estão despreparados e com vários elementos que podem ser usados contra o possuidor como a vulnerabilidade da família, pontos fracos na entrada e saída da residência, falta de habilidade no manuseio prático da arma de fogo.

Será que vale a pena o risco por uma possibilidade de contribuir para segurança pública e própria de seus entes queridos ou ainda na mão de pessoas exaltadas e sob efeitos de bebidas alcoólicas ou entorpecentes numa discussão podem sacar arma de fogo atirar um contra outro nesta conjectura poderá com certeza haver aumento de violência gratuita além de vitimas colateral como crianças, transeuntes.

Este trabalho visa mostra uma perspectiva de que a posse e porte de arma de fogo pelo cidadão comum poderão diminuir os índices de criminalidade ou não. tendo como problemática o seguinte questionamento: De que forma o porte e a posse de arma de fogo pode influenciar na redução da criminalidade?

O objetivo geral é caracterizar que o porte e a posse de arma de fogo para redução da criminalidade. E os objetivos específicos são:

- Diferenciar o que posse e porte de arma de fogo;
- Apontar a Legislação sobre o tema;
- Apresentar quais as repercussões previstas em Lei para o porte e posse da arma de fogo pelo cidadão comum e os resultados na diminuição da criminalidade.

Quanto a metodologia a pesquisa é ditada pelo método indutivo que possibilita a o enquadramento a possível diminuição dos índices de criminalidade dando ao cidadão comum a posse e porte de arma de fogo para que possam prática autodefesa e autotutela no intuito de participar da manutenção da segurança pública e com técnica revisão bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1 PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO

O porte de armas é um assunto da mais alta importância, que deve ser submetido de forma centralizada pela União. Fato observado hoje há uma tendência no sentido de ampliar cada vez mais o rol de pessoas que podem portar armas, caminhoneiros, taxistas, isso me parece altamente contraproducente e, segundo as estatísticas nacionais e internacionais, só tende a aumentar a taxa de homicídios e acidentes com armas de fogo.

Quanto este aspecto foi definido a diferença entre porte e posse de arma de fogo mostrando de forma subscrita como segue:

Para abordamos a temática é mister definirmos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Posse: com o direito à posse, a arma de fogo só pode ser mantida no interior de residência ou em local de trabalho, desde que o dono seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. A legislação brasileira estabelece uma série de requisitos para a aquisição de armas. Nos casos dos cidadãos comuns, é necessário ter, no mínimo, 25 anos. Além disso, é preciso apresentar documento comprobatório de ocupação lícita; declaração escrita da efetiva necessidade, expondo fatos e circunstâncias que justifiquem o pedido; declaração de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal; comprovação de idoneidade, de aptidão psicológica e de capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo, entre outros documentos. Uma das novidades trazidas pelo decreto é a inclusão da residência em áreas urbanas com elevados índices de violência como uma das justificativas para efetiva necessidade do uso da arma de fogo. Os locais considerados violentos são aqueles situados em unidades federativas com índices anuais superiores a dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, segundo os dados do Atlas da Violência 2018. A pena para a posse irregular de armamento de fogo é de detenção de um a três anos, além de multa.

Porte: Já o porte de arma de fogo consiste em transitar com a arma de fogo, mantendo-a em um ambiente que não seja a residência ou local de trabalho do dono do armamento. A Lei nº. 10.826, de dezembro de 2003, proíbe o porte em todo o território nacional, salvo em casos específicos. Também é permitido quando o cargo ou função exige o uso desse tipo de equipamento. O porte funcional se aplica a diversos profissionais da área de segurança pública, tais como policiais militares e civis, integrantes da Força Nacional de Segurança Pública, agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência, integrantes das Forças Armadas, empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, entre outros. (BRASIL, 2003).

O nível de criminalidade de determinado local depende, assim, de uma combinação de fatores convergentes, tais como número de ofensores motivados,

grau de controle social e fatores de oportunidade. O nível de criminalidade maior (nos crimes contra o patrimônio) dos países mais ricos é um exemplo da influência destes fatores de oportunidade, conforme argumenta recente relatório da Heuni sobre a criminalidade no continente europeu:

Abundância tem um impacto duplo sobre os níveis de criminalidade. Há uma menor demanda por crime nos países mais afluentes.

Fatores motivacionais importantes, tais como desigualdade de renda, insatisfação com rendimentos e desemprego, por exemplo, tendem a ser menores nos países mais afluentes. Se o nível de abundância cresce – e se a nova riqueza adquirida não é tão mal distribuída – o conjunto de ofensores motivados numa dada sociedade diminui. Esta tendência irá contribuir para a redução do nível de criminalidade. Ao mesmo tempo, abundância cresce junto com a propriedade de bens que podem ser roubados com relativa facilidade, e também com um estilo devida menos "caseiro" que expõe as pessoas a um maior risco de vitimização por desconhecidos.

Elevada prosperidade irá convidar a elevados níveis de crimes oportunísticos. Abundância, então, atua tanto como um importante fator inibidor de certas formas de crime quanto como um catalisador para outros. (DIJK, 2012).

1.1 Violência que Motiva o uso de Armas de Fogo

Por volta dos anos 90 Santos (1999) falava que, a violência humana não deveria ser vista, como simples objeto de estudos descompromissados, ao nível de nivelador de agressor e agredido, uma vez que a forma de se interpretar o fenômeno teria consequências reais na sociedade violenta.

A crua realidade da violência em nossas cidades faz com que o estudioso do problema tenha reais chances de ter um revólver apontado para a sua cabeça já ao sair do campus universitário e ser colocado por criminosos dentro do porta-malas de seu carro, tendo uma experiência concreta do que seja o conceito.

Um fato importante sobre a violência na região norte, onde durante anos não era comum homicídios ou tentativa ou até mesmo agressões, com o uso de arma de fogo.

Logo, Kahn (2013) diz que, a violência, a criminalidade e insegurança, vêm crescendo mais intensamente no Norte e Nordeste do país na última década e sendo correta a suposição de que mais crimes e insegurança levam ao aumento de armas em circulação, é possível especular que, neste período, houve aumento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

armas em circulação naquelas regiões, o que explicaria em parte o intenso crescimento dos homicídios.

> Cerca de um milhão de brasileiros perderam a vida, vitimados por disparos entre 1980 e 2017, o número seria ainda maior não fosse à aprovação do Estatuto do Desarmamento, em 2003. Há 14 anos, desde a promulgação da lei do Estatuto do Desarmamento, a taxa média de crescimento anual de mortes por armas é de 0,85%, queda brusca em relação aos 14 anos anteriores à lei que era de 5,44%. Há a indicação de que o Estatuto quebrou uma tendência, e que poderia ter sido acompanhado por outros fatores de cunho macroeconômico ou demográfico. (SACONI; GUERRA, 2019, p.3).

1.2 Armas de Fogo quando Permitido

Alguns autores argumentam que a violência é fenômeno complexo e sua causa não pode ser encontrada apenas na disponibilidade de armas de fogo. A natureza humana compete interesses individuais contraditórios, expressos na sociedade civil.

Em contrapartida, o Estado detentor da violência legítima parece pairar acima da sociedade, assumindo uma dupla feição. Por sua distância de cada interesse singular, seria o garantidor do interesse de todos (a razão do Estado). Pela mesma razão, não deveria imiscuir-se nos interesses privados da sociedade civil.

Os seres humanos têm apenas duas maneiras de lidar uns com os outros: por meio da razão e por meio da força. Se você quer que eu faça algo por você, há duas opções: ou você me convence por meio de um argumento racional ou você recorre à ameaça de violência. Toda e qualquer interação humana necessariamente recai em uma dessas duas categorias.

Em uma sociedade genuinamente moral e civilizada, as pessoas interagem exclusivamente por meio da persuasão. A força não é um método válido de interação social. Sendo assim, e por mais paradoxal que isso possa parecer para alguns, a única ferramenta que pode remover a força dessa lista de opções é uma arma de fogo pessoal.

Moreira (2006) salienta que, as armas de fogo de uso permitido são as armas convencionais, de uso comum. Serão de uso permitido todas as armas que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estiverem incluídas no conceito de arma de fogo de uso proibido. Portanto, a definição de seu conceito é alcançada pelo critério de exclusão.

Franco (2004) ressalta o artigo 3º, LXXIX c.c. artigo 17 do Decreto nº. 3.665, de 20 de novembro de 2000 (decreto deu nova redação ao Regulamento 105 ou R-105 – Decreto 55.649/65), as armas de uso permitido são aquelas cuja utilização é deferida a pessoas físicas e jurídicas, de acordo com legislação normativa do Exército.

> Com a entrada em vigor da nova Lei nº. 10.826/03 - Estatuto do Desarmamento - este Regulamento deveria ser substituído por ato do Chefe do Poder Executivo, previsto no artigo 23 da Lei, porém, o Decreto nº. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei nº. 10.826/03, dispondo sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes, se contentou em definir, em seu artigo 10, como sendo arma de fogo de uso permitido "aquela cuja utilização e autorização a pessoas físicas, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército e nas condições previstas na Lei nº. 10.826/03". (BRASIL, 2003).

1.3 Armas de Fogo quando Restrito

Em uma portaria publicada no Diário Oficial da União, o Comando do Exército apresenta a lista de armas de fogo e munições que são consideradas de uso permitido a um grupo de categorias além das já previstas no Estatuto do Desarmamento e as que são restritas aos agentes de segurança. Os decretos do presidente Jair Bolsonaro sobre a ampliação do porte e de posse de armas que caberia ao Exército fazer a classificação técnica.

O uso restrito de armas de fogo do projeto de Bolsonaro está em tramitação no Congresso e deve ser votado na semana que vem na Câmara dos Deputados. A versão enviada pelo governo revogou parte dos decretos anteriores sobre o tema editados pelo próprio presidente.

O texto permite a concessão, por decreto presidencial, de porte de armas de fogo para novas categorias. A votação da urgência foi acordada, entre os líderes partidários, e aprovada na Câmara, em votação simbólica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Faustino (2004) as armas de fogo de uso restrito são aquelas que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança. E por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com a legislação específica – artigo 3º, LXXXI c.c. artigo 16 do Decreto nº. 3.665/00.

Barbagalo (2004) cita que, o Decreto nº. 5.123/04, em seu artigo 11, repetiu o conceito do Decreto anterior (R-105), redefinindo arma de fogo de uso restrito como sendo "aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica".

1.4 Armas Próprias

Embora seja maçante a definição de uma arma de fogo no que tange as armas próprias, inclusive para sustentação de teses defensivas para o uso das armas, isso mostra a noção do que é uma arma própria e o que a diferencia de uma arma de fogo obsoleta ou de uma arma branca, que são conceitos também trazidos pelo Decreto nº. 3.665/2000. Além disso, é sufocante nossa carência em entender os tipos e características desses objetos.

Quanto ao crime de roubo, a mais importante modificação foi à revogação do inciso I do parágrafo segundo do art. 157 do Código Penal (se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma). Sempre se entendeu que o termo arma abrangia tanto as armas próprias (instrumentos feitos para funcionar como: revólver; punhal e outras). Como as impróprias (instrumentos utilizados eventualmente como armas: martelo; faca de cozinha; facão de roça entre outras).

Para Gomes (2004) as armas próprias são aquelas manufaturadas a servirem, desde o início, como instrumento de ataque ou defesa. São fabricadas com a finalidade precípua de matar ou ferir. São os revólveres, baionetas, espadas, as armas de fogo, os punhos.

1.5 Armas Impróprias

A constatação de existência de qualquer tipo de arma permiti o aumento de um terço até a metade da violência. Na atualidade, não mais, está abolida a causa de aumento quanto às armas diversas das que sejam de fogo.

Segundo Nucci (2018) houve uma "*novatio legis in mellius*" (lei nova favorável ao réu) e deve ser aplicada, de imediato, retroativamente a todos os réus (processos em andamento) e aos condenados (o juiz da execução precisa recalcular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a pena daqueles que foram condenados com o referido aumento por exercer a ameaça ou a violência com arma que não seja de fogo).

Faustino (2004) alega que, são consideradas armas impróprias todas as coisas que, porventura, na ocasião, possam ser usadas com a mesma finalidade, sem a construção e característica genuínas.

De acordo com Oliveira; Silva (2018) armas impróprias são, os objetos que podem ferir ou matar, mas que não foram fabricados com esta finalidade, embora guardem potencialidade lesiva, como facas, tesouras, machados, estiletes, um pedaço de ferro, ou pedra.

Para Silva (2004) ao apresentar os aspectos técnicos sobre armas e seu reflexo na violência no país, cabe ressaltar a importância de se iniciar um estudo das leis que se fizeram presentes no Brasil e que trataram do porte de arma de fogo, analisando suas variações, modernizações e eficácia.

2 LEGISLAÇÃO SOBRE O DESARMAMENTO, REFERENDO E DECRETO PRESIDENCIAL FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE E PORTE ARMA DE FOGO

Quanto à legislação que trata sobre o desarmamento temos o referendo e o Decreto que mostra o desejo da população em possuir sua arma de fogo no intuito de segurança pessoal para manter sua incolumidade e integridade física contra uma injusta agressão em legitima defesa.

Nas palavras de Kahn (2013) a criminologia já estabeleceu que o nível de criminalidade de determinada região guarda relação não só com a procura (quantidade de criminosos), mas também com a oferta, isto é, com a quantidade de bens disponíveis para serem furtados ou roubados. Em outras palavras, a abundância, se por um lado diminui os motivos para o cometimento de crimes entre os criminosos, por outro, aumenta o número de ocasiões e oportunidades de ganhos com o crime. Além disso, a abundância faz freqüentemente com que aumentem as diferenças relativas entre as classes sociais, mesmo que todas estejam em patamares mais elevados de riqueza, despertando frustração e cobiça – em contraste com os locais onde a pobreza é comum a todos.

Oliveira; Rostirolla (2007) percebem que o papel do controle de armas e seu efeito sobre a criminalidade é uma das questões mais polêmicas na literatura do crime, talvez comparável somente a questões como os efeitos da legalização do aborto e da pena de morte. Tanto que é possível afirmar que o interesse despertado pelo tema é proporcional à controvérsia observada na literatura. Embora existam muitas afirmações no meio político e de grupos de interesse sugerindo o contrário, o fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é que a maioria das conclusões encontradas na literatura sugerem uma relação positiva entre as variáveis relacionadas a disponibilidade de armas e crimes violentos. Todavia, é justo que se destaque a falta de consenso entre os autores, que ocorre, não pela discordância a respeito de argumentos, mas pelos problemas de endogeneidade que sofrem os modelos empíricos que se propõem a estudar esta relação. Estes surgem pela omissão de variáveis relevantes, erros de medida nas variáveis independentes e simultaneidade.

A onda de temor diante de situações ameaçadoras tem gerado problemas e discussões nas esferas social, econômica e política, diante da incapacidade da sociedade em responder adequadamente a questões relativas à violência. Segundo Carvalho; Espíndula (2016), a disparidade entre a magnitude do fenômeno e sua baixa resolutividade contribui para que a violência se configure como um problema de difícil prevenção ou controle.

O nível de criminalidade de determinado local depende, assim, de uma combinação de fatores convergentes, tais como número de ofensores motivados, grau de controle social e fatores de oportunidade. O nível de criminalidade maior (nos crimes contra o patrimônio) dos países mais ricos é um exemplo da influência destes fatores de oportunidade, conforme argumenta recente relatório da Heuni sobre a criminalidade no continente europeu:

> Abundância tem um impacto duplo sobre os níveis de criminalidade. Há uma menor demanda por crime nos países mais afluentes. Fatores motivacionais importantes, tais como desigualdade de renda, insatisfação com rendimentos e desemprego, por exemplo, tendem a ser menores nos países mais afluentes. Se o nível de abundância cresce – e se a nova riqueza adquirida não é tão mal distribuída – o conjunto de ofensores motivados numa dada sociedade diminui. Esta tendência irá contribuir para a redução do nível de criminalidade. Ao mesmo tempo, abundância cresce junto com a propriedade de bens que podem ser roubados com relativa facilidade, e também com um estilo de vida menos "caseiro" que expõe as pessoas a um maior risco de vitimização por desconhecidos. Elevada prosperidade irá convidar a elevados níveis de crimes oportunísticos. Abundância, então, atua tanto como um importante fator

> inibidor de certas formas de crime quanto como um catalisador para outros. (KAHN, 2013, p.153).

Neste interstício afirmam Oliveira; Rostirolla (2007), do ponto de vista teórico os argumentos estão bem estabelecidos. Existe um grupo de autores que afirmam que a disponibilidade de armas de fogo é capaz de aumentar o número de mortes e de crimes violentos praticados. O principal argumento destes autores é que o aumento da disponibilidade de armas de fogo aumenta a freqüência do seu uso na resolução de conflitos interpessoais e em suicídios. Além disso, o aumento da disponibilidade devido à uma redução dos custos legais de se obter uma arma de fogo também reduziria os custos de se obter uma arma de fogo no mercado ilegal, desta maneira, aumentaria a disponibilidade para potenciais criminosos. Como estas são utilizadas tanto por vítimas quanto por criminosos, o encontro entre indivíduos armados tende a resultar em um número maior de mortes, por exemplo, argumenta que os criminosos irão reagir a um aumento na oferta de armas, pois a percepção por parte destes de que a probabilidade de uma vítima portar uma arma aumentou estimulará os criminosos a portarem e utilizarem armas também e, isto aumentaria a violência dos crimes praticados.

As temáticas da violência em geral e da criminalidade em específico têm merecido crescente atenção de pesquisadores nos últimos anos. Para Carvalho; Espíndula (2016), o entendimento do universo complexo das determinações dos diversos fenômenos abrangidos pelo rótulo da violência tem sido um desafio para as ciências sociais nas últimas décadas.

Argumenta Kahn analisou a literatura e os dados da ONU sobre a relação entre desenvolvimento e criminalidade, que, não obstante diversos estudos tenham analisado o tema, não há uma conclusão clara sobre as conseqüências do crescimento socioeconômico sobre o crime:

> Enquanto uma crença tradicional sugere que o progresso tecnológico e uma distribuição mais equânime da riqueza reduzirá os conflitos sociais, outras teorias propõem que crescimento socioeconômico e modernização necessariamente envolverão um aumento nas taxas de criminalidade, particularmente nos crimes contra a propriedade. Essa teoria está sustentada pela observação de que países desenvolvidos geralmente apresentam mais altas taxas de furto e mais baixas taxas de homicídio do que os países em desenvolvimento (KAHN, 2013, p.153).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Faustino (2004), A violência urbana vem ganhando dimensão inquietante. Nas cidades grandes, mercê da superpopulação, do enfraquecimento da eficácia da polícia preventiva, os crimes ganham cada vez mais espaço.

Ratifica Kahn (2013) de modo geral, os crimes violentos contra a pessoa são *"poverty driven"* e diminuem com a redução da pobreza, enquanto os crimes contra a propriedade são em grande parte *"opportunity driven"* e aumentam com o decréscimo da pobreza.

O discurso do medo e da insegurança está presente na vida dos moradores em vários espaços sociais, e não apenas nos grandes centros urbanos, ecoando também em regiões mais afastadas das capitais e nas zonas rurais. Um levantamento realizado por Para Carvalho; Espíndula (2016) apontou para um aumento de 387% no número de mortes por armas de fogo no Brasil entre 1980 e 2012. Em dados absolutos, nesse período 880.386 pessoas morreram por disparo de arma de fogo no país, e, desse total, 747.760 foram assassinadas. Os dados para 2012 (42.416 óbitos) mostram ainda que os jovens na faixa de 15 a 29 anos foram as maiores vítimas (24.882 ou 59% dos casos), representando uma taxa de mortalidade de 47,6 jovens para cada 100 mil habitantes.

> Levando-se em consideração as regiões do Brasil, durante o período de 2002 a 2012, quase todas apresentaram aumento nos índices de mortalidade por causas externas vinculadas a armas de fogo: Norte (+135,7%), Nordeste (+89,1%), Sul (+34,6%) e Centro-Oeste (+44,9%). Apenas a região Sudeste apresentou uma queda de 39,8%, protagonizada pelos estados de São Paulo (–58,6%) e Rio de Janeiro (–50,3%). Ainda segundo Waiselfisz (2015), em 2012 Alagoas configurou-se como o estado com maior taxa de mortos por armas de fogo (55 óbitos para cada 100 mil habitantes), enquanto Roraima foi o estado com a menor taxa: 7,5 para cada 100 mil. (CARVALHO; ESPÍNDULA, 2016, p.446).

Baseado nas palavras de Kahn (2013) neste pressuposto, pode-se dizer que a criminalidade brasileira recente, principalmente a observada no Norte e Nordeste na última década, é fruto não apenas da miséria, mas também do desenvolvimento, ou melhor, de certo tipo de desenvolvimento que se fez rápida e desordenadamente, inchando as periferias dos centros urbanos. Este desenvolvimento trouxe melhorias econômicas e sociais – diminuição do analfabetismo e da mortalidade infantil e aumento da renda média. Mas a reboque,

este processo de crescimento e desenvolvimento aglutinou, no entorno dos grandes centros, uma massa de população urbana que convive com riqueza e abundância, beneficia-se parcialmente dela, mas que não se integrou nem tem meios de se integrar aos mercados sofisticados de produção e consumo dos pólos desenvolvidos destas cidades.

> As razões para tal condição estão na somatória destes inúmeros fatores, cujos efeitos perversos foram intensificados pela aceleração da urbanidade a partir da metade do século XX. Pobreza, baixa escolaridade, desemprego, falta de perspectiva e de oportunidades, exclusão social, são pontuados como os responsáveis pela desestruturação familiar, pelo fato de existirem menores nas ruas, pelo tráfico, jogo, prostituição e outros determinantes da geração do comportamento violento. Outro grave problema é a impunidade. É sabido que o país apresenta baixos índices de condenação por homicídios ou atentados contra a vida, o que é visto como incentivo à prática criminosa. Tal prática só pode ser eficientemente contida com a certeza de punição, a convicção de que o agente será submetido aos rigores do processo penal e, sendo condenado, será subjugado ao cumprimento da pena que lhe foi imposta. (FAUSTINO, 2004, p.12).

Para Caneda (2009) no Brasil, desde a edição do Estatuto do Desarmamento (2003), o controle de armas tornou a posse e especialmente o porte de armas mais restrito. A partir desse momento o porte seria outorgado aos policiais, militares, responsáveis pela segurança e casos funcionais previstos em legislação específica. O porte de armas tornou-se em regra proibido. A posse, em residência ou local de trabalho, passou a exigir avaliação psicológica, idade superior a 25 anos e, principalmente, declarar a motivação para ter uma arma.

Para Oliveira; Silva (2018) a Lei nº. 10.826 de 2003 trouxe ao cenário Brasileiro mudanças drásticas regulamentando firmemente a posse de arma de fogo e tornando o porte de arma para o cidadão quase impossível. Com uma campanha assentada na redução dos crimes passionais e na redução dos acidentes com arma de fogo o Estatuto do Desarmamento foi aprovado, mas não pela população que votou contra a proibição do comércio de armas e munição no território brasileiro, dessa forma não entregando ao Estado o seu direito de autodefesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A privação do Estado ao cidadão de praticar a autodefesa atenta contra alguns fundamentos básicos presentes na nossa constituição como direito a vida, liberdade, segurança e patrimônio. Como o Estado não consegue estar em todos os lugares e tem como objetivo prestar segurança pública e não privada, a qual é feita de forma individualizada, aquele cidadão que julgar necessário defender-se e sentir-se capacitado a fazê-lo deveria ter acesso aos meios necessários. Após 14 anos em vigor o Estatuto do Desarmamento desarmou o cidadão, que ao confiar no Estado que estaria mais seguro sem sua arma de fogo a entregou, entretanto devido ao estado de insegurança vivido em todo o país a sua eficácia é posta em xeque, pois não é raro nos noticiários reportagens de criminosos com arsenais de guerra armas que muitas vezes nem a polícia tem acesso e homicídios, roubos e latrocínios são cada vez mais freqüentes mesmo a luz do dia. O cidadão brasileiro hoje passa por um processo de encarceramento com os muros das casas cada vez maiores e aparatos de segurança cada vez mais sofisticados montando um verdadeiro *bunker*. O cidadão armado não deve ser visto como um risco principalmente para a polícia, pois quem compra uma arma lícita não à compra com intuito de praticar um crime. Além disso, o direito de autodefesa deve ser garantido a aqueles que querem exercê-lo o Estado concordando ou não. O Estatuto do Desarmamento tirou do cidadão essa escolha o privando desse direito. (OLIVEIRA; SILVA, 2018, p.2).

Ratificam neste sentido Cerqueira; Mello (2012), a oportunidade para identificar o efeito causal pretendido surge com a implantação de uma lei nacional, o Estatuto do Desarmamento (ED), que: *i)* restringiu substancialmente a possibilidade de o cidadão ter acesso a arma de fogo; *ii)* aumentou o custo de aquisição e registro da arma fogo;5 e *iii)* aumentou substantivamente o custo esperado pelo individuo para circular em vias publicas portando uma arma de fogo em situação irregular. A instituição do ED funcionou, portanto, como uma variação exógena na demanda por armas no Brasil e constitui a pedra angular da estratégia de identificação aqui formulada.

3 PESPECTIVA SOBRE A DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE COM USO DE ARMAS FOGOS PELO CIDADÃO COMUM

A intenção em arma o cidadão comum com arma de fogo mostra que executivo que fazer uma plataforma de campanha e não fazer valer o art. 144 da CF/88 isto mostra a distância deixando a cargo do cidadão comum a segurança pública e que violência não iria aumentar, pois, a partir de agora cidadão irá resolver tudo na bala. Note que por displicência ou mesmo ingenuidade o então presidente mostra uma faceta que ao armar a população estará protegendo o cidadão mais a há muito mais envolvido nisso, lobby das empresas de armas que doaram dinheiro para campanha, a própria plataforma da mídias sociais e apelo a violência pela violência que só resolver com mais violência do ponto de vista do Sr Jair Bolsonaro.

Note que os índices da criminalidade têm seus aspectos abordados com uso da arma de fogo pelo cidadão, neste caso poderá contribuir com a segurança pública com preceitua o artigo 144 da Constituição Federal de 1988 *in verbis* " 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: (EC nº. 19/98 e EC nº. 82/2014)".

Em contraste Oliveira; Rostirolla (2007), há quem afirme que armas de fogo são capazes de reduzir os crimes. O argumento central é que estas funcionariam como um instrumento de autodefesa e, por conseguinte, aumentariam os custos de cometer crimes. Comparada a outras formas de reação direta, ou seja, que envolve o confronto entre vítimas e criminosos, a arma de fogo pode ser considerada um instrumento poderoso de coerção. Pois, armas matam de forma rápida e fácil e exigem pouca força ou habilidade de quem a manuseia. Ademais, a sua utilização em um confronto reduz as chances de reação por parte do oponente, portanto, armas são poderosos instrumentos de autodefesa. E como tal, são capazes de aumentar os custos do crime de forma a gerar efeitos dissuasórios capazes de inibir a prática de crimes.

Em 2012, apesar de as capitais apresentarem índices de morte por armas de fogo maiores que outros espaços urbanos, nas grandes capitais esses índices vêm diminuindo, e aumentando nas demais cidades, o que demonstra o deslocamento da violência para outros espaços geográficos nos estados. Para Carvalho; Espíndula (2016) mostram que grandes capitais como São Paulo, Rio de Janeiro ou Recife, que na virada de século XX apresentavam elevadas taxas de violência, conseguiram reduzir esses índices, e outras capitais menores, relativamente tranqüilas, sofreram grande aumento nesses índices, como João Pessoa, Fortaleza ou Natal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONCLUSÃO

Note as mudanças na sociedade trás novas perspectivas e necessidades fatores endógenos e exógenos e causas multifatoriais levam a sociedade busca proteção contra a violência.

Deste modo busca-se os meios que se dispõe neste a população preteriu em função de um referendo arma-se um direito que foi tolhido pelo Estatuto do desarmamento.

Mesmo com clamor da população dizer quer ter o seu direito em possuir arma a burocracia estatal espantosamente não seu deu conta desse clamor popular e desarmou a população deixando os criminosos armados pois, ao dificultar o acesso privilegiou bandidagem que compra dos próprios agentes da Lei armas para praticarem toda as formas criminosas contra a população impotente.

O Estado não tem como policiar todas as esquinas por falta contingente e a população como preceitua a Constituição não é respeitada no direito de preservar sua incolumidade e integridade física.

Note que população fica desassistida e desvalida quanto este quesito, além do que não foi respeitado e muito menos visto desejo da população possuir uma arma de fogo, pois, o ladrão souber que população está armada irá pensar duas vezes antes ir roubar e praticar latrocínio contra o cidadão deverá passar por curso de tiros e supõe-se que ficará habilitada para responder de forma adequada a uma injusta agressão.

Este trabalho não defender o armamento da população mais sim o direito da população ter acesso de forma legal sem muita burocracia e tenha seu direito respeitado e não tutelado e deixado de lado por causar de políticos que em momento algum pensam na população e mostram interesses escusos comprovadamente através de vários envolvimentos com bandos e outras maracutaias que envolvem esse câncer chamado Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 03 abr 2019.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Da inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória do Estatuto do Desarmamento (artigo 21 da Lei n. 10.826/2003). **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**. São Paulo, mar. 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em 19 jul. 2019.

BIDERMAN, Iara. Cultura do medo, gerada pela violência, determina vida do cidadão. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, mar. 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u3272.shtml>. Acesso em: 19 jul 2019.

CANEDA, Cristiana Rezende Gonçalves. **Desenvolvimento e Propriedades Psicométricas da Escala Motivacional para o Porte de Arma (EMPA)**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Nível Mestrado. Dissertação. São Leopoldo (RS): Unisinos e Site Repositório Jesuíta, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4654/34d.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 06 abr 2019.

CARVALHO, Lauriston de Araújo; ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira. **Discussões em torno do referendo sobre o comércio de armas de fogo e munição na Folha de S. Paulo**. Artigo. Campinas (SP): Opinião Pública, v.22, n.2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8647284/14243>. Acesso em: 06 abr 2016.

CERQUEIRA Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manoel Pinho de. **Menos Armas, Menos Crimes**. 1721 texto para discussão. Artigo Acadêmico para Revista Especializada. Brasília (DF): IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf>. Acesso em: 06 abr 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FAUSTINO, Eloise Cristina. **A Insegurança Legislativa no Tratamento do Porte de Arma de Fogo**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Trabalho de Conclusão de Curso. Presidente Prudente (SP): Toledo Prudente Centro Universitário e Site Intermas, 2004. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/218/218>. Acesso em: 07 abr 2019.

KAHN, Túlio. **Crescimento Econômico e Criminalidade**: uma interpretação da queda dos crimes no Sudeste e aumento no Norte/Nordeste. Artigo. São Paulo (SP): Revista Brasileira de Segurança Pública, v.7, n.1, Fev/Mar, 2013. pp.152-164. Disponível em: <http://www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/209>. Acesso em: 04 abr 2019.

OLIVEIRA, Cristiano Aguiar de; ROSTIROLLA, Caio César. **Mais armas de fogo, mais homicídios? Uma evidência empírica para a Região Metropolitana de Porto Alegre a partir de dados em painel**. Programa de Pós-Graduação em Economia Aplicada da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Dissertação. Pelotas (RS): UFPEL e Site researchgate.net, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Cristiano_Oliveira10/publication/317846746_Mais_armas_de_fogo_mais_homicidios_Uma_evidencia_empirica_para_a_Regiao_Metropolitana_de_Porto_Alegre_a_partir_de_dados_em_painel/links/594e5591aca27248ae385311/Mais-armas-de-fogo-mais-homicidios-Uma-evidencia-empirica-para-a-Regiao-Metropolitana-de-Porto-Alegre-a-partir-de-dados-em-painel.pdf>. Acesso em: 6 abr 2019.

_____, Gabriel Lima de; SILVA, Vinícius dos Santos. **Ineficácia do Estatuto do Desarmamento como Medida de Segurança**. Curso de Praças, Turma I, 5ª Companhia Goiânia, do Comando da Academia de Polícia de Goiás – CAPM. Artigo de Conclusão de Curso. Goiânia (GO): Biblioteca Digital de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1229/1/Gabriel%20Lima%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

RABELO, Rafael Crocetta. **O Direito de Possuir e Portar Armas de Fogo: Uma Leitura Constitucional**. Universidade Federal De Santa Catarina Centro De Ciências Jurídicas Departamento De Direito Curso De Direito. Florianópolis, 2011.

NOTA:

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/7277941499486199

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O STF, O MODISMO DA MÁ CONSCIÊNCIA JURÍDICA E A TIRANIA DA VONTADE

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

Quando se faz uma análise mais contemporânea dos temas do Direito, passa-se a encontrar fenômenos como o da *pós-repressão* ou do *engajamento em múltiplas causas emancipatórias* e o da *tirania da vontade*, mas, como sempre aconteceu com quem lida com muitas *formulações proclamatórias*, negligencia-se o uso dos critérios jurídicos de cuja exatidão dependem os *julgamentos justos*, e eles são abandonados em favor de conclusões cada vez mais deformadas.

Para bem entender como o fim se prende ao começo

O escritor austríaco Stefan Zweig deixou um registro importante sobre as noções de fim e de regresso ao começo que envolvem dois outros importantes autores russos. Em 1883, mesmo ano do falecimento de Karl Marx, Ivan Turgueniev padecia de um mal incurável e, em seu leito de morte, escreveu para Leon Tolstoi seu último apelo: *"Regresse à literatura! Ela é o seu verdadeiro campo de atividade. Grande poeta da terra russa, escute o meu pedido!".* (Fonte: Stefan Zweig, Obras Completas, "A Marcha do Tempo", capítulo "Tolstoi – religioso e sociólogo")

Zweig anotou que "Tolstoi não deu resposta imediata e, quando, enfim, resolveu responder, já era tarde demais." De todo modo, o apelo não foi atendido. O autor de "Guerra e Paz", então no auge da sua maturidade aos 55 anos, estava em '*guerra*' consigo mesmo desde os anos 1870, quando enveredou por crenças místicas ligadas ao cristianismo primitivo, ao pacifismo (que indicou como *caminho* para Mahatma Gandhi, com que se correspondia) e à autenticidade que via no espírito camponês, inspirações estas que associou ao anarquismo e à defesa da propriedade coletiva da terra.

Tolstoi deixou sua literatura em segundo plano, dedicando-se a expor a doutrina eclética que adotou, amparada em prescrições do Evangelho, de Schopenhauer, de Proudhon e de um tal de Henry George, economista americano criador do *georgismo*, uma teoria hoje irrelevante sobre o imposto único sobre a exploração da terra. Com esse ecletismo excessivo, Tolstoi não encontrou a '*paz*'. Em 1901 foi excomungado da Igreja Ortodoxa Russa. Seu desprendimento dos bens materiais levou-o a conflitos familiares. Após sua morte em 1910, sua viúva teve de empreender ações judiciais para recuperar as propriedades doadas e os direitos autorais, o que só veio a ser reconhecido já perto da Revolução de 1917.

Lenin escreveu ensaios sobre Tolstoi, admitindo que ele introduziu o camponês na literatura russa, deu-lhe presença social e, embora não tenha reconhecido no proletariado o agente da transformação, fez o suficiente para estigmatizar a sociedade de classes e o grande infortúnio que era o sistema político na Rússia.

Zweig está de acordo: para ele, Tolstoi foi o grande agente moral da recusa ao modo de vida sob os czares, que associava uma aristocracia fútil e autoritária à exploração da massa de deserdados da terra, de tal modo que os bolcheviques se concentraram na ação política para depor uma ordem que, sob um sistema de valores, já estava condenada – e condenada a um impositivo fim.

Mesmo assim, talvez repercutindo o apelo de Turgueniev, Tolstoi ainda produziu algumas obras literárias, entre elas aquela que é considerada a novela-modelo universal, "A Morte de Ivan Ilitch", que trata da última consciência de um juiz: ao se despedir da vida, diante de uma doença de progressão irremediável, ele vê seus colegas especularem sobre sua vaga no tribunal e seus familiares sobre os bens e a pensão que a viúva irá receber do Tesouro. De tal modo que o juiz, que tivera uma existência e uma atuação funcional terrivelmente medíocres, desperta para as ilusões dessa existência e, no seu leito de morte, iluminado pela consciência de seu fim, sente sincera pena dos seus circundantes, que continuam irremediavelmente presos a elas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Então, em novembro de 1910, dias antes de iniciar oficialmente o rigoroso inverno russo, Tolstoi resolveu morrer. Aos 82 ano, fugiu de casa de madrugada, tomou um trem sem calefação na direção da Geórgia. Viajou durante um dia inteiro. Ao fim, na estação ferroviária da pequena localidade de Astapovo, expirou em consequência de uma pneumonia.

Há um relato intenso sobre os dias finais do grande russo no filme "A Última Estação", dirigido por Michael Hoffman, com uma interpretação exuberante de Christopher Plummer, que, rodado em 2008, estreou no circuito comercial exatamente quando a morte do escritor completou cem anos, em 2010.

O destino de Tolstoi como ficcionista e como místico já foi muito estudado. É objeto de ensaios e trabalhos acadêmicos. Não sem motivo, pois é difícil entender como aquele que reúne o consenso de ser o maior escritor russo tomou esses caminhos, o do misticismo e o de Astapovo. Talvez nem mesmo o indiano que então advogava na África do Sul e que viu seu nome Mohandas ser depois substituído por Mahatma (Grande Alma), tendo assimilado de Tolstoi o espírito de resistência fundado exatamente na alma solidária, rebelde e pacífica, pudesse entender porque o velho conde fugiu de sua propriedade em Yasnaya Polyana, ao invés de ao menos tentar - como Gandhi o fez exitosamente na Índia colonizada, embora acabasse tendo logo a vida ceifada em um atentado -, a Satyagraha, a revolução pela resistência pacífica.

Mas o idoso Liev Nikoláievitch Tolstoi estava cansado da literatura, da instrumentação de sua doutrina, da família e da própria Rússia irremediável. Talvez, como seu personagem Ivan Ilitch, tivesse sincera pena de seus circundantes. Talvez ainda soubesse que Satyagraha não é uma palavra mágica. Ela comporta muitas inspirações e exige a existência de condições externas para dar certo. Exatamente um século depois da morte de Tolstoi, em um país que ele não conheceu, uma "Operação Satyagraha", que se destinava a extirpar judicialmente uma formidável rede de crimes econômicos praticados por operadores financeiros de colarinho branco, soçobrou nas mãos de juízes tão medíocres quais Ivan Ilitch e seus colegas, que a anularam como autoproteção das elites. Entre essas duas datas, a morte do

conde russo em 1910 e a anulação do processo pelo Superior Tribunal de Justiça da Satyagraha brasileira em 2011, a velha Rússia experimentou todas as provações políticas que a espécie humana pode conceber, de tal modo que não serão novos ensaios ou estudos acadêmicos que irão esclarecer sobre as errâncias de Tolstoi, mas elas foram muito bem compreendidas aqui por Mário Quintana, com o lirismo que nos resta e nos enleva, colocando sob o seu singular sentimento poético uma análise digna de Freud:

"Poema da Gare de Astapovo"

"O velho Leon Tolstoi fugiu de casa aos oitenta anos
E foi morrer na gare de Astapovo!
Com certeza sentou-se a um velho banco,
Um desses velhos bancos lustrosos pelo uso
Que existem em todas as estaçõezinhas pobres do mundo
Contra uma parede nua...
Sentou-se ... e sorriu amargamente
Pensando que
Em toda a sua vida
Apenas restava de seu a Glória,
Esse irrisório chocalho cheio de guizos e fitinhas
Coloridas
Nas mãos esclerosadas de um caduco!
E então a Morte,
Ao vê-lo tão sozinho àquela hora
Na estação deserta,
Julgou que ele estivesse ali a sua espera,
Quando apenas sentara para descansar um pouco!
A morte chegou na sua antiga locomotiva
(Ela sempre chega pontualmente na hora incerta...)
Mas talvez não pensou em nada disso, o grande Velho,
E quem sabe se até não morreu feliz: ele fugiu...
Ele fugiu de casa...

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ele fugiu de casa aos oitenta anos de idade... Não são todos que realizam os velhos sonhos da infância!"

O mal estar no Direito como parte do descontentamento com a civilização

Em 1930, Sigmund Freud publicou um de seus textos mais ambiciosos e que propõe desdobramentos até hoje, pois – passados noventa anos – a trama civilizatória só se tornou mais densa e, portanto, mais pesada. As conquistas obtidas desde então se sofisticaram de um modo que é mais difícil entende-las só pelo uso dos sentidos, pois também ocorreram guerras avassaladoras ou localizadas, umas disputando às outras o volume e a crueldade com suas vítimas, e o tema do descontentamento se tornou permanente, ainda que multiplicado em formas culturais, busca por identificações sexuais diferenciadas, reivindicação de status jurídico e de condição social singular, ou pela confissão mística e religiosa ou ainda de 'militância' com caráter impositivo, em uma variedade que jamais existiu.

Mesmo os postulados mais sofisticados da ciência relacionados, por exemplo, com a mecânica quântica e seus princípios da complementaridade e da incerteza, a antimatéria, os buracos negros, o bóson de Higgs, a matéria escura ou os supercolisores de partículas, suscitam todos – sem qualquer comando dos que os investigam nos laboratórios ou na teoria – novos misticismos. E eles avançam especulando sobre a 'teoria das cordas', o 'desenho perfeito' e os 'buracos de minhoca'.

O mal estar, portanto, tem de ser considerado como uma contingência, além de tudo, mutante. O livro de Freud foi chamado de "O Mal Estar na Cultura", na publicação alemã. Na edição inglesa, recebeu o título de "A Civilização e Seus Descontentes", de modo que é conhecido por ambas as denominações. No que interessa a esta abordagem, o autor diz que *"a primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo."* Essa afirmativa contém uma suposição que se faz necessário registrar: se o homem construiu a ideia de justiça é porque conheceu, antes, a injustiça. A outra suposição, Freud mesmo registra: *"a liberdade do indivíduo não constitui um dom da civilização. Ela foi maior antes da existência de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

qualquer civilização...". É verdade que então essa liberdade não se apresentava como um valor e, assim, não podia ser reivindicada. De qualquer forma, a abordagem do pai da psicanálise mostra algumas das ilusões que consistem em dizer que o sentimento de justiça é inato e que o exercício da liberdade é obra da civilização, quando esta o reconheceu bem tardiamente. (Fonte: Sigmund Freud, Obras Completas, Volume XXI, "O Mal Estar na Civilização").

Contra tais ilusões, Freud adverte que *"não é fácil entender como pode ser possível privar de satisfação um instinto. Não se faz isso impunemente. Se a perda não for economicamente compensada, pode-se ficar certo que sérios distúrbios decorrerão disso"*. Em face do que ele acrescenta: *"Sei apenas que (...) os juízos de valor do homem acompanham diretamente os seus desejos de felicidade, e que, por conseguinte, constituem uma tentativa de apoiar com argumentos as suas ilusões."*

Portanto, o pensamento freudiano sustenta que a construção civilizatória encerra, necessariamente, ilusões. Sem perceber isso, não se consegue entender o mal estar do 'civilizado'. Quer ele reprima sua libido, quer a sublime, quer ainda a abandone diante de circunstâncias da vida ou seja privado da satisfação oriunda do princípio do prazer, quer – por fim – seja compensado por conquistas civilizatórias ou econômicas, a perda da ilusão será sempre uma fonte de descontentamento.

Talvez por isso, Hans Kelsen (um dos três checos com nacionalidade do império autro-húngaro que foram contemporâneos e escreveram em alemão suas obras de alcance universal, na primeira metade do Século XX, os outros foram o próprio Freud e Franz Kafka) haja titulado um de seus livros mais eruditos como "A Ilusão da Justiça". Ali são estudados alguns filósofos pré-socráticos e depois, principalmente, Platão. O sistema das ideias desse grande grego, que se projeta até hoje nos corações e mentes dos fabricantes de ilusões, está baseado na dualidade (bem e mal) e nos valores. Ele nega a elevação pelo instinto e não reconhece o inconsciente (Kelsen atribui isso às paixões de Platão e ao seu desejo percebido por ele como *daimonium*), conforme se vê nesta bela passagem em que expõe o ensinamento de Sócrates sobre o saber filosófico libertador: *"É conhecido dos amantes da sabedoria que sua alma, antes que a filosofia a tomasse sob seus*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cuidados, encontrava-se totalmente acorrentada ao corpo, como que soldada a ele; era obrigada a contemplar as coisas através dele, como que através de um cárcere, e não por seus próprios meios, sendo, pois, compelida a vagar em meio às trevas da mais completa ignorância; somente a filosofia percebeu a terrível pressão exercida por esse encarceramento, qual seja a de que, pelo poder dos desejos, o próprio acorrentado torna-se, de certo modo, carcereiro de si mesmo." (Fonte: Hans Kelsen, "A Ilusão da Justiça")

O entendimento do ser, para Platão, é crescente, em direção ao bem, à ideia, ao valor, de modo que as percepções da verdade através da *doxa* (opinião) sempre serão *"uma espécie de saber incompleto"*, pois os *"tipos ideais lhes têm precedência"* e *"o saber não é um fim em si"*. Kelsen observa então que, no pensamento platônico, *"tal é o 'ser' das ideias, o valor moral hipostasiado numa entidade transcendente, o ser metafísico do dever-ser, ou a ideia como norma".*

Ao abordar a famosa "Alegoria da Caverna" (que já havia sido explorada de um modo diferente por Empédocles), Platão reproduz o pensamento socrático a propósito do que seja a verdadeira justiça, e o faz segundo esta percepção de Kelsen: *"Se a ordem social que se efetiva é uma ordem jurídica, sendo, enquanto tal, de algum modo justa, essa justiça só pode ser relativa – isto é, apenas uma sombra da justiça absoluta, que tem sede no mundo das ideias. Isso é o que, de fato, se deve concluir da alegoria da caverna, na qual Platão apresenta sua metafísica do direito. São as 'sombras da justiça' o que vê quem afasta o olhar da ideia para a realidade social, e são as 'sombras da justiça' aquilo pelo que se luta nos tribunais."*

A 'Alegoria da Caverna' resulta de um diálogo instigante entre Sócrates e seu discípulo Glauco que atravessa os tempos sob interpretações que se mostram surpreendentemente variadas. Kelsen nela enxerga a ocultação da justiça, quando o personagem está na caverna, e o seu desvelamento, quando ele consegue escalar a pequena abertura e encontrar a luz solar, porque considera mais a esfera pública da convivência forçada que ele abandona (aquela que tinha com outros prisioneiros) e a que passa a ter, autêntica, com as figuras reais, de quem a iluminação projetava as sombras na caverna.

Mas a lição de Sócrates também se destina a encontrar a sabedoria na vida pessoal, a partir das escolhas que são feitas. Tanto que há uma fecunda hesitação do personagem liberto quando se questiona sobre retornar à caverna para esclarecer aos demais. *"Ele não pensaria antes, como o herói de Homero, que mais vale 'viver como escravo de um lavrador' e suportar qualquer provação do que voltar à visão ilusória da caverna e viver como se vive lá?"*

Porém, os cativos quereriam mesmo se libertar? Teriam o mesmo encantamento com a luz verdadeira? Ou prefeririam manter os laços com o mundo a que afinal já estavam acostumados, ainda que tivessem que matar o liberto, pois ele queria levá-los ao desconhecido? Tais são as indagações finais que Sócrates lança no ar ao encerrar o seu diálogo.

Estas questões de caráter ontológico foram deixadas de lado na interpretação de Kelsen, que focou mais na ideia da justiça relutante, que tanto quanto é percebida pode ser perdida de novo, que se guia pela luz e pela sombra e por isso guarda o sentido do ilusório. Mas não é exatamente assim na abordagem desse tema por Martin Heidegger, que realizou um seminário inteiro sob o título "Verdade e Liberdade. Uma interpretação da Alegoria da Caverna na *Politeia* de Platão". Heidegger revela que o pensamento de Platão situava na filosofia o papel libertador e não na fugidia justiça, como pareceu a Kelsen, mas concorda com este no papel ilusório da libertação. Isto porque, mesmo com a percepção verdadeira das coisas sob a luz, acessada pelo liberto, *"na presença de todo dia nós estamos entregues às coisas e nos comportamos na pretensão de que, para ver uma coisa, basta apenas abrir os olhos. E, ao fazê-lo, nada sabemos do fato de, em toda experiência de uma coisa, já de antemão termos de saber algo sobre a essência das coisas."* (Fonte: Martin Heidegger, "Ser e Verdade").

Portanto, a ilusão dos sentidos se agrega a uma ilusão maior de que a ideia do justo ou da razão libertadora, do bem ou do valor, padece de uma perda da percepção de que *"o homem é um* 'sendo' *cuja história apresenta e expõe o acontecimento da verdade"*, nas palavras de Heidegger. E se há alguma verdade irredutível a respeito do *acontecimento histórico da verdade* é a de que se trata de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algo conflituoso, que se estabelece ante resistência e seu reconhecimento cobra algum preço, pois se trata de uma *nova imposição*, que exige mudanças.

Por isso, Freud escreveu na obra já citada: *"Chega a hora em que cada um de nós tem de abandonar, como sendo ilusões, as esperanças que, na juventude, depositou em seus semelhantes, e aprende quanta dificuldade e sofrimento foram acrescentados à sua vida pela má vontade deles."* Pouco antes de "A Civilização e seus Descontentes", Freud havia escrito "O Futuro de uma Ilusão", onde propôs-se a fazer uma crítica psicanalítica do fenômeno religioso, que tem relação com os temas relacionados com o resgate e mesmo a redenção que são seguidamente atribuídos à justiça e ao saber. Não há, portanto, como separar novos padrões civilizatórios das ilusões que eles causam e a sofisticação dos processos de conhecimento não é bem o caminho exato para evitar o mal-estar na cultura.

Como se vê, a descoberta da verdade não desvela o contentamento. Quanto mais for elevada a *ideia* do platonismo, eleita como medida do bem, do justo e do valor, mais o conhecimento aperfeiçoado das coisas exigirá a expansão em novos descobrimentos, tensionantes e contraditórios que sejam, de maneira que o *liberto das sombras*, impossibilitado de retornar – porque não pode mais se acostumar com elas ou porque será hostilizados por aqueles que nelas ainda vivem, conformados com o mundo que já conhecem -, será levado agora a descobrir o desconcertante e mais conflitos surgirão com os que resistem. Assim, não é surpreendente que Kelsen sustente que *"são pelas sombras da justiça aquilo pelo que se luta nos tribunais"*.

Tanto a busca do saber filosófico da verdade como a luta nos tribunais são *conduzidas* e esta é a cruz escatológica que leva ao embate do aprendizado e da prática emancipatória, com seus dados inescapáveis que dizem respeito às *necessidades*, às *diferenças* e à *força impositiva* que se revelam no trâmite histórico dessa aprendizagem e dessa emancipação, as quais são buscadas no processo civilizatório. Por isso, Freud acrescenta com crueza: *"o comportamento dos seres humanos apresenta diferenças que a ética, desprezando o fato de que tais diferenças são determinadas, classifica como 'boas' ou 'más'. Enquanto essas inegáveis diferenças não forem removidas, a obediência às elevadas exigências*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

éticas acarreta prejuízos aos objetivos da civilização, por incentivar o ser mau." (...) "O elemento de verdade por trás disso tudo, elemento que as pessoas estão tão dispostas a repudiar, é que os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade". É por isso que, como fecho de seu argumento, Freud cita um de seus autores preferidos, o filósofo e poeta alemão Heinrich Heine, nesta sugestão que lhe pareceu jocosa mas melhor seria classificar como cínica: *"Deve-se, é verdade, perdoar os inimigos – mas não antes de terem sido enforcados."*

A ilusão de que haja uma suprema corte no Brasil ou quando a evolução ruma para o desastre

O Supremo Tribunal Federal é a corte civil mais antiga do país, criado quando a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa de Suplicação do Brasil, em 10/05/1808, por Dom João VI. Pouco antes, em 1º de abril do mesmo ano, havia sido instituído o Conselho Superior Militar, que hoje é o STM.

Mesmo desconsiderados os períodos das Relações de Salvador e do Rio de Janeiro, pouco decisivas para a formação de um judiciário nacional, pois estavam integradas ao sistema colonial português, o Supremo conta hoje com mais de duzentos e dez anos. Atravessou as eras do Reino Unido a Portugal, do Império, as várias fases da República, como diversas ditaduras, a escravidão, guerras externas, revoluções e revoltas armadas, tudo repaginado por oito Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988). Com uma certeza: a vigente não será a última.

Na passagem para o Século XXI o Supremo guardava uma composição que apontava para o equilíbrio de tendências. Nele tinham assento ministros muito conservadores – e até politicamente reacionários, o que era compatível com o longo Regime Militar, que os nomeou - como Moreira Alves, Carlos Velloso, Néri da Silveira e Octávio Gallotti, este último primo do general Walter Pires, ministro do Exército na gestão João Figueiredo e verdadeiro fiador de seu governo, principalmente depois que o presidente da República desinteressou-se por seu mandato, nos últimos anos, especialmente após o atentado terrorista no RioCentro,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em 30 de abril de 1981, cuja investigação foi abafada por uma monumental farsa conduzida pelo coronel Job Lorena de Santana, bem instrumentado pelo seu comandante militar para encobrir o episódio, o que deu causa ao afastamento do estrategista governamental Golbery do Couto e Silva, então Chefe da Casa Civil.

Também compunham o Supremo em 2000 os ministros Sepúlveda Pertence, nomeado já no período da redemocratização, e Sydney Sanches, o último indicado no Regime Militar, mas não por compromisso ideológico com aquele período e sim por ter sido presidente da AMB- Associação dos Magistrados do Brasil, além de ter decisivos relacionamentos com amigos do presidente Figueiredo que, já nessa época, encaminhava a transição para o regime democrático, acabando com o bipartidarismo e propondo a anistia. Sydney Sanches veio a ter depois uma atuação sóbria e marcadamente correta ao presidir o *impeachment* de Fernando Collor. Fato que não se repetiu com Ricardo Lewandowski, que transformou o *impeachment* de Dilma Rousseff em uma grande paródia bufa de uma decisão regular, negociando o resultado das votações de uma forma que comprometeu – para sempre – seu papel de magistrado, quando exatamente deveria ser mais saliente naquele caso por se tratar de um julgamento político. Por tal manobra a "presidenta" acabou tendo preservados seus direitos políticos.

Ainda que houvesse a oportunidade histórica para que o Supremo se transformasse para melhor, na verdade ele entrou muito mal no Século XXI e, durante as décadas transcorridas desde então, o que se viu foi um desastre. O STF deixou de ser uma força estabilizadora no Brasil, mas não porque tenha superado seu perfil conservador desde o restabelecimento da ordem democrática no país (com a eleição de Tancredo Neves, a Constituinte e o retorno do voto direto), e sim porque distorceu a expressão 'ativismo judicial', dando-lhe uma feição idiossincrática incompatível com um sistema de garantias jurídicas e impondo a vontade de maiorias instáveis, despreocupadas em manter uma orientação dos julgamentos justificada e justificável, como em dar seguimento a uma jurisprudência coerente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao contrário do que seria de esperar, o STF seguiu para uma trajetória de longo curso e domínio de realidades novas já como hoje se apresenta: com um naufrágio à vista. A presença institucional do Supremo sofre questionamentos da sociedade civil *pari passu* com as contradições internas da Corte e com o personalismo dos ministros, pois estes confundem o ativismo judicial com uma espécie de *performance* pública-publicitária e reivindicam para si não o respeito geral pelas resoluções que adotam, pelos fundamentos respeitáveis ao encaminhar as graves questões que lhes são postas, mas pela sua presença no cenário nacional como celebridades. A isso se agrega a *volúpia de mandar*, a tirania da vontade.

Há pelo menos sete ministros do STF cujo comportamento público não pode ser tido, sob pena de recusar-se o que é óbvio e acintoso, como menos do que exibicionista. Eles dão declarações que estão fora do alcance de sua competência ou, incluindo-se nela, adiantam juízos que terão posteriormente que formalizar, sem que se considerem suspeitos ou impedidos. Falam também sobre processos submetidos ao julgamento de terceiros, emitindo 'pareceres' impróprios sobre o que cabe aos outros julgar. Opinam abertamente sobre questões que competem exclusivamente ao Executivo ou ao Legislativo, ou ainda interferem no modo operativo legal de agências e departamentos governamentais. Fazem justificações primárias, baseadas no senso comum, na mera opinião e não na verdade (quando, pelo menos desde os antigos gregos, há uma diferença substancial entre *doxa* e *aletheia*).

Esses mesmos ministros concedem liminares temerárias que se perpetuam por um tempo abusivo, interditam serviços, impedem que outros juízes pratiquem atos de jurisdição, cancelam os efeitos de julgamentos regulares, cassam outras medidas provisórias devidamente fundamentadas e relevantes, justificando todos esses atos com posições opiniáticas, submetidas a uma idiossincrasia estritamente pessoal. Também há ministros que incorrem em relações ambíguas e comprometedoras com agentes políticos, ou que favorecem a práticas corporativas, obtendo com isso uma espécie de imunidade, pois nenhum processo de *impeachment* contra eles tem andamento (apesar dos repetidos e bem fundamentados pedidos ao Senado), ou então parentes e amigos seus são nomeados pelo quinto para outros tribunais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou ainda são investidos em altos cargos decisórios em órgão públicos. Esses ministros são Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que formam um grupo insólito e surrealista, pois entre eles há antagonistas figadais e até inimigos declarados, como foi o caso de Marco Aurélio, que manifestou inimizade em despacho ostensivo em relação a Gilmar Mendes. Este último, que é reconhecido empresário no ramo do ensino, contra disposição expressa da LOMAN, já recomendou em sessão pública que Roberto Barroso fechasse seu escritório de advocacia. Ofensas parecidas se repetem e remontam ao tempo de atuação de Joaquim Barbosa, quando o Supremo sofreu sua grande cisão ao julgar o célebre processo do "Mensalão", ocasião em que esse último ministro, sendo o relator, percebeu e denunciou publicamente que se encaminhava uma farsa e as pesadas condenações de agentes públicos comprovadamente corruptos seriam diluídas em medidas paliativas.

Não há nenhum país do mundo que tenha fundado as bases de um Direito estável e de um Judiciário probo, estabelecendo um dos vários modelos constitucionais existentes, que pudesse suportar – dentro de um ordenamento normativo – tamanha sorte de irregularidades. A situação dissolutiva se situa em tal ponto que professores de Direito Constitucional como Conrado Hübner Mendes (USP) e Joaquim Falcão (FGV-RJ) escrevem verdadeiros reptos tanto às decisões contraditórias ou mal fundamentadas do Supremo, como ao comportamento público nada ilibado de seus ministros.

Outros, como Oscar Vilhena Vieira (FGV-SP), preconizam soluções delirantes para tal quadro de desmazelo, como a assunção de um "Poder Moderador" pelo STF. Ora, o Poder Moderador existiu no Império, e apenas nele, em um tempo em que não havia o controle da constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Faz bastante tempo que a República se instalou com três Poderes. Ambições de que o Judiciário, ou o MP, ou a imprensa, ou a internet (de Jules Assange, de Edward Snowden, ou de The Intercept), ou os militares sejam o quarto ou o quinto Poder, não só são heresias em termos de ordenamento positivo como excrescências institucionais que têm tudo para não dar certo e nada – absolutamente nada –

recomenda essa inovação que, aliás, deturpa completamente o sistema de freios e contrapesos que copiamos de outras democracias.

Oscar Vilhena Vieira, já no começo da "Operação Lava-Jato", preconizava o Poder Moderador do Supremo para "controlá-la". Deu no que deu: distorção, intervenção, abuso, "inquérito" secreto no STF gerido sem forma legal pelo ministro Alexandre de Moraes, declarações promovendo o descrédito público de autoridades judiciais e do MP, apesar dos êxitos da referida Operação. Tudo promovido e repetido *ad nauseam* no âmbito do Supremo. E que Poder Moderador seria esse, não previsto no sistema legal republicano e ainda a ser exercido por um coletivo judicial como o STF, que hoje é um órgão completamente dilacerado internamente?

A desmoralização do decanato

No mesmo período já considerado do Século XXI, o Supremo contou com três decanos: o primeiro foi Moreira Alves, cujo longo período de exercício se estendeu de 1975 a 2003, sendo ele o ministro mais antigo por um tempo superior a dez anos. O segundo foi o ministro Sepúlveda Pertence, cujo exercício foi 1989 a 2007, sendo decano depois da aposentadoria de Moreira Alves, por cerca de quatro anos. O terceiro é o ministro Celso de Mello, cuja investidura recua até 1989 e se estende aos dias de hoje, sendo ele o decano a partir da aposentadoria de Sepúlveda Pertence, novamente há mais de dez anos.

Durante seu longo decanato, Moreira Alves ficou reconhecido pelo seu papel-condutor dos julgamentos, com intervenções pontuais nos votos dos outros ministros, fato que é admitido por ele mesmo, assim como a alegação do ministro Xavier de Albuquerque de que contraiu uma úlcera por esse motivo, levando-o a pedir a aposentadoria em virtude da tensão ao proferir seu voto sob o escrutínio do colega mais velho (Fonte: ConJur, 05/09/2012, entrevista com Moreira Alves sob o título "Julgamentos do STF eram mais técnicos na minha época").

Moreira Alves sempre teve reconhecimento como um mestre de Direito, tanto quanto o de um jurista extremamente conservador. Seu domínio nos campos do Direito Romano e Direito Civil, principalmente, embasou uma atuação marcante,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apoiada em conhecimentos técnicos, mas que ao mesmo tempo tinha o 'destino' de assegurar uma ordem de exceção que provinha do regime político em vigor até 1985. Tanto foi assim que, ao instalar a Constituinte em 1987, Moreira Alves proferiu seu discurso de abertura no Congresso Nacional cheio de recomendações, expressas ou veladas, que foram muito mal recebidas, já que o país se abria de um estado de exceção para uma democracia (ainda que essa tenha afinal se mostrado mais desejada do que obtida, pois até hoje ela se equilibra em bases instáveis, cheia de distorcidas garantias corporativas, redutos autoritários, privilégios de elites e disfuncionalidades na administração pública).

Desse decano que conduziu o STF com o espírito de um *"rector"*, a Corte passou a ter um decano do contraponto, que foi Sepúlveda Pertence. Ele restaurou o princípio da independência do voto com o incentivo ao questionamento do modo conservador – isto é, formal, lógico, ordenador e consentâneo com a tradição do tribunal – em favor do saber heurístico e de uma percepção nova dos fenômenos jurídicos que se haviam precipitados desde a Constituição de 1988. Ainda assim, Sepúlveda Pertence sempre agiu para ratificar a Lei da Anistia, que preservou aqueles que cometeram crimes em nome do Estado, isso porque predominou a interpretação do texto daquela lei sobre as disposições constitucionais sobre imprescritibilidade e aquelas dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Possivelmente essa contradição do decano Sepúlveda Pertence se justifique no fato de que ele prestou assessoria ao Congresso durante a tramitação do projeto de anistia e, assim, achava-se na obrigação moral de convalidá-lo. Mas nada, absolutamente nada, justifica que assassinos e torturadores, devidamente identificados e com provas cabais contra eles (ou até mesmo confissões, algumas despudoradas), ficassem livres e sem julgamento, tanto mais a pretexto de um motivo menor, subjetivo e "moral", aqui conjecturado. Isto ficou mais saliente quando os cofres públicos passaram a pagar indenizações e pensões às vítimas dos abusos, cujos autores foram supostamente anistiados. Do ponto de vista histórico, o Brasil afastou-se de outros países do Cone Sul que tiveram ditaduras sanguinárias parecidas e as puniram – Argentina, Chile e Uruguai.

A partir de 2007 e até hoje o decano do STF é Celso de Mello. Ministro reconhecidamente dedicado, probo e também erudito, ele deixou escapar das mãos o papel que é reconhecido ao juiz mais antigo de uma corte, pela experiência, pela concentração dos temas em julgamento, pela identificação pronta das repetições e das situações inéditas, pelo rumo das decisões, pela percepção do dia seguinte (ou seja, pelo reflexo das decisões na vida institucional do país) e pelas implicações várias do julgamento que é feito na consciência jurídica das pessoas do povo. Tudo isso foi por terra durante o longo decanato de Celso de Mello, isto é, aquilo que os pedantes chamam de "princípio da colegialidade" foi despedaçado num ambiente de discórdia, pessoal e técnica, de sucessivos mal-entendidos, de dispersão sistemática, de idiossincrasias e dos – outra expressão que os pedantes cultivaram sempre – "acórdãos escoteiros". A explicação para tamanha balbúrdia obviamente está na composição da Corte – e nisso o decano não tinha como intervir -, mas também está no culto à palavra, no delírio verbal, na ênfase ao acessório, na retórica e mesmo na prosódia dos votos lidos com supina entonação, de modo que Celso de Mello cultuou, e continua a cultuar, a 'catedral de papel', os sublinhados, os itálicos e os negritos que povoam sua redação, e tal é esse modo que, caso seu assunto fosse Filosofia, desapareceria por completo qualquer percepção que pudesse ser sentida na palavra 'significado'. E assim, cultuando uma nova escolástica, nosso decano atual encerrará seus dias.

Um exemplo recente da nenhuma influência do ministro mais antigo se encontra no Inquérito 4701, aberto no âmbito do STF pela Portaria 69/2019, no dia 14/03/2019, pelo presidente do tribunal e tendo o ministro Alexandre de Moraes como relator designado. O inquérito não tem objeto determinado, nem enquadramento na lei; prescinde da atuação do Ministério Público e tramita em segredo de justiça. Está amparado unicamente no Regimento Interno, cuja redação não acoberta a amplitude e a finalidade da iniciativa tomada (art. 43 RI-STF). Ainda no mês de março, o relator impôs censura à revista eletrônica Crusoé, por noticiar fatos tornados públicos pelo relator da Operação Lava-Jato, ministro Édson Fachin, contidos na colaboração premiada de Marcelo Odebrecht. Uma análise bem completa das irregularidades do chamado "inquérito das *fake news"* se encontra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em uma entrevista do ex-procurador-geral da República Roberto Rangel, concedida à Agência BBC (Fonte: BBC/Brasil de 22/04/2019, "Inquérito de Toffoli é *'exercício arbitrário de poder'*, diz ex-procurador-geral República"). Pelo menos três ex-ministros do Supremo, independente da orientação funcional que tiveram e quebrando o hábito de recolhimento (Sydney Sanches, Carlos Ayres Britto e Carlos Velloso) já se manifestaram de forma candente contra o inquérito aberto por Toffoli.

Em abril passado o decano Celso de Mello emitiu uma nota à imprensa condenando a prática da censura, ainda quando determinada pelo Poder Judiciário. (Fonte: Agência Brasil – EBC, "Censura é ilegítima e autocrática, diz Celso e Mello. O decano do STF divulgou nota à imprensa", 18/04/2019). Preferiu, portanto, o caminho da *proclamação*. Não obstante, se ele buscasse uma providência na esfera de sua influência, o que seria sem dúvida bem legítimo, postularia para que o presidente da corte colocasse imediatamente em julgamento duas ações, já liberadas por Édson Fachin, que visam a anular o ato de Toffoli. Ou seja, o decano deveria atuar no âmbito interno do STF, exercendo sua influência, para exigir a regularidade dos processos que tramitam na Corte, tanto na sua instrução como no julgamento, antes do que fazer declarações à imprensa. Estas afinal se tornam anódinas pois até o escândalo ente nós é um acontecimento de rotina e a *proclamação* cai no vazio pois, afora o *strepitus fori*, simplesmente não é eficaz.

Eis como e porque o decanato no Supremo tornou-se algo insignificativo. E essa tendência perdurará pois, por um breve tempo, o próximo decano será Marco Aurélio, o ministro que se salientou pelo voto vencido mas que nunca conseguiu estabelecer uma tendência nova no Tribunal, apenas o dividiu mais, suscitando a inveja ao seu 'estrelismo', ao contrário do que aconteceu com o notável juiz americano Oliver Holmes que, antes de tornar-se presidente da Suprema Corte, quando era *associate justice*, ficou conhecido como "o grande dissidente", mas que afinal reverteu a tendência conservadora de seu colegiado e legitimou o "New Deal".

A destruição da jurisprudência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se o decanato já está desmoralizado no Supremo, a jurisprudência veio sendo sistematicamente destruída. Focando unicamente as súmulas, o histórico é este: elas foram estabelecidas em 12/1963 por sugestão do ministro Victor Nunes Leal, que já vinha monitorando as posições de seus colegas através de fichas manuais e percebeu a frequência de votos incoerentes, para constrangimento dos mais volúveis. Entre aquela data e 10/1984 foram editadas 621 súmulas. Depois disso, o Supremo ficou dezenove anos sem nada sumular, pois a Súmula 622 está datada de 10/2003. Entretanto, esse período histórico foi muito importante, pois nele surgiram a lei da anistia, a nova Constituição, a reafirmação pela escolha plebiscitária do sistema republicano presidencialista, o retorno das eleições gerais e diretas e o fim da censura à imprensa como o do cadastro de antecedentes políticos dos cidadãos. Enfim, foi uma época de grandes transformações, as quais parecem ter coincidido com a retração do Supremo que, com excessiva cautela, tudo indica que não se considerou apto para entendê-la. No período imediatamente seguinte, ocorreu exatamente o inverso e, entre 10/2003 e 12/2003 o STF publicou as últimas súmulas, de 622 a 736, ou seja, mais de cem em dois meses.

Logo se vê que esses impulsos não podem ser chamados de evolução jurisprudencial, pois lhes falta a construção paulatina e a consonância com as transformações históricas, que permitam estabelecer um ritmo de contemporaneidade com os acontecimentos mais marcantes. Não fora isso e o conjunto das súmulas esconde um entulho de enunciados que estão superados pela renovação legislativa ou não foram recebidos pela nova Constituição. Os enunciados então passaram a ser marcados, por iniciativa da burocracia judiciária, como 'cancelado' ou 'modificado', mas não houve um trabalho sistemático de renovação e de descarte do acervo sumulado. A partir de 05/2007 vieram as súmulas vinculantes, que já somaram 56 em 06/2016. Elas se destinavam a criar um controle concentrado da jurisprudência, impedindo a prevalência de entendimentos dissonantes, produzidos em outros juízos ou tribunais, até que fossem julgados os recursos finais, perante o próprio Supremo. O modelo das súmulas vinculantes foi exatamente o mesmo dos antigos prejulgados estabelecidos na CLT para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo trabalhista (art. 902 da redação de 1943), que – ironicamente – foram declarados inconstitucionais pelo Supremo ... e acabaram revogados pela Lei 7033/1982.

As súmulas vinculantes não trouxeram nenhum aperfeiçoamento que lhes seja inquestionavelmente reconhecido. Duas delas, por exemplo, as de números 11 e 13, têm redações confusas a respeito do uso legal das algemas e da vedação ao nepotismo na administração pública. Elas são circunstanciais demais. A das algemas, redigida pelo ministro Marco Aurélio, que é tenaz no uso da frase em sentido inverso e faz mesmo seguidas construções agramaticais demonstrando seu peculiar gosto, chega a mencionar a necessidade de ordem escrita, quando elenca casos (resistência, fuga, agressão) que são dinâmicos e, a mais das vezes, imprevisíveis. Outras digressões foram feitas, como a suposição de que um réu, apresentando-se algemado em julgamento, estabelece uma presunção "visual" de culpa, especialmente entre jurados. Existe avaliação técnica confiável (psicológica e psiquiátrica) disso? Pouco importa. Para quem pensa com base no senso comum, dos provérbios populares, a presunção basta. Os debates entre os ministros para estabelecer as súmulas vinculantes estão cheios de presunções iguais, estabelecidas no mesmo nível das crônicas do quotidiano. Tão válidas como enxergar a descoberta da verdade nos mais prosaicos adágios rústicos. Nada de método científico. Nada de rigor enunciativo na formulação do problema que se quer resolver. Apenas e tão somente digressões elucubrativas.

Atualmente, havendo a intenção já manifestada do presidente da República de nomear seu filho como embaixador em Washington, não sendo ele diplomata, a Súmula Vinculante 13 está sendo intensamente comentada, havendo pareceres nela baseados contra e a favor da nomeação. Isto quer dizer, simplesmente, que a confusa 'ordenação' feita pelo Supremo não resolveu nada. Se o nome vier a ser aprovado pelo Senado, novo *"round"* da disputa jurídica será travado no STF e interpretações discordantes aparecerão: a súmula será aplicada ou "afastada"? Ministros que votaram para aprová-la reafirmarão seu texto? Novas circunstâncias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

serão examinadas? Como diria Fernando Pessoa, essas são "Malhas que o Império tece!".

No mesmo espírito da Súmula Vinculante 13, o Supremo poderia ter estabelecido que os mesmos familiares ali mencionados, que não podem beneficiar-se do nepotismo, também ficariam impedido de advogar perante os tribunais em que seus parentes têm assento. Afinal, um filho advogando no tribunal composto por seu pai conduz à prática da advocacia administrativa, da exploração de prestígio e o tráfico de influência. E, no entanto, a ministra Nancy Andrigui arrolou, quando era Corregedora do CNJ, dez ministros do STJ que têm filhos advogando perante aquela Corte, e também há filhos de outros ministros e ex-ministros do STF que ali advogam. Mas, como o Judiciário não se preocupa em estabelecer uma *minima moralia*, naturalmente tal súmula nunca foi feita.

A grande estratégia concebida pelo ministro Victor Nunes Leal é inegável que malogrou. O Supremo Tribunal Federal não tem uma jurisprudência mais exata, mais rigorosa, mais consequente do que qualquer outra corte do país. O Tribunal, pelo pequeno histórico que a edição das suas súmulas mostra, nunca se dedicou com afinco a estabelecer precedentes estáveis. Eles seriam sobremodo necessários, tendo em vista que o Brasil é regido pela segunda mais extensa Constituição do mundo, com 250 artigos acrescidos de outros 114 de disposições provisórias (sendo que a maioria destas hoje tem eficácia plena e permanente), e sofreu 101 emendas entre 03/1992 e 02/2019.

Só a Constituição da Índia é mais extensa, com 448 artigos e 103 emendas, mas vigora desde 1950. Boa parte do texto indiano, extremamente complexo tendo em vista a história e a diversidade do país, trata da recomposição interna do território, a partir de divisões administrativas tradicionais, desde os governos anteriores à colonização inglesa. No Ocidente, nossa referência mais marcante é a da Constituição dos EUA, com 7 artigos e que vigora desde 1787, tendo recebido 27 emendas, a última em 1992. Os sistemas, no entanto, são bem diferentes, uma vez que o direito americano tem forte inspiração na *'common law'*, que é mesmo determinante, de modo que até a forma de redação dos artigos é bastante diversa da nossa, uma vez que há seções que tanto tratam do mesmo assunto como outras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que abordam temas diferentes. O texto é menos enunciativo-delimitativo que o dos textos legais brasileiros, informados que estes são pelas Ordenações dos reinos português e espanhol. Por isso, certa vez, Afonso Arinos de Melo Franco foi feliz ao declarar algo como: '*a Constituição americana foi feita com sete artigos e pelos mais de trezentos volumes de jurisprudência da Suprema Corte'.* E, de fato, vigora nos EUA o precedente baseado nos '*stare decisis'*, assim nomeados com base na expressão latina '*stare decisis et non quieta movere'* (respeitar o decidido e não movimentar o que ficou assentado).

O Brasil - que não tem a complexidade histórica e cultura da Índia, nem necessita prender-se à diversidade regional, étnica, religiosa, linguística e de costumes ou afinidades com outros povos, tal como ocorre naquele país, e que igualmente não enfrentou como os EUA uma longa e penosa guerra de independência associada com uma revolução republicana - o que direcionou os chamados "pais fundadores" para obter a síntese legislada do que contribuía para unir as antigas Treze Colônias, abrindo o texto à interpretação futura sobre as muitas implicações que ele já tinha ou viria a ter no curso da História -, o Brasil poderia salvar sua ordem constitucional, torná-la mais estável, construir precedentes, obter a aceitação consensual de regras políticas gerais pela sua racionalidade ínsita, mas pouco ou mesmo nada fez nesse caminho. Parcela importante do fracasso cabe aos tribunais e, em especial, ao Supremo, de modo que – se é verdade que ele se considera o guardião da Constituição – é preciso indagar se não é também verdade que o STF inviabiliza e destrói suas regras, pois chega a editar súmulas que são inviáveis de cumprir ou de outras que ele mesmo "afasta" e não cumpre, tornando-se, antes que garantidor da Carta, o seu coveiro.

Desfecho

Este texto tratou de caminhos diferentes, que tiveram inspiração em um grande homem e glorioso escritor, os quais foram concluídos em situações completamente diferentes, na gare russa de Astapovo e na Satyagraha indiana. O presente escrito também tratou de grandes e pequenas ilusões, de que a emancipação humana se realiza por um processo de descoberta, em que o abandono das sombras da mera impressão representa afinal a conquista de uma

visão clara das coisas verdadeiras, o que leva ao engenho e à construção dessa imensa trama a que chamamos civilização.

Mas as coisas verdadeiras também têm aparências que são percebidas de modo diverso e precisam ser desveladas, enquanto as malhas da civilização igualmente trazem o descontentamento e desfazem ilusões, tanto mais quando estas foram edificadas com o sacrifício do princípio do prazer.

As sociedades, assim como avançam, dão guinadas para trás e arrastam aqueles que mais se iludiram, ou seja, os que mais acreditaram no processo civilizatório como valor e como bem superior. Então parece que voltam as escolhas daquele que encarnou a grande alma russa, o conde anarquista e místico Tolstoi: aceitar o inexorável fim, já que tudo termina, e despedir-se do mundo conhecido em alguma pequena estação ferroviária como a de Astapovo, que todos nós carregamos no espírito, já que cada um terá sido então deserdado de todas as promessas de contentamento com a civilização; ou perdoar sinceramente compadecido os circundantes que observam nossa saída de cena, já que eles ainda estão presos às ilusões de uma vida supostamente respeitável, como aconteceu com o personagem Ivan Ilitch, diante da grande lucidez que a agonia lhe trouxe; ou, por último, aceitar que o desfecho venha como veio para o Mahatma, mas não sem antes lutar até o fim e resistir, resistir pela Satyagraha ... tentando tirar da caverna todos aqueles que não puderam se libertar sozinhos e continuam orientados só pela realidade deformada das sombras.

A resposta talvez tenha sido dada por um jovem de aparência imberbe, de 27 anos, que subiu ao cadafalso junto com Maximilien de Robespierre no dia 10 Termidor (28 de julho), quando a república francesa tinha apenas dois anos, em 1794. Cognominado "O Arcanjo da Revolução", Louis Antoine Léon de Saint-Just deixou o registro de uma daquelas frases irretocáveis cujo teor abissal imortaliza: "O pão é o Direito do povo." Esta e muitas outras proclamações da Revolução Francesa já foram absorvidas e não mais se acham carregadas de um suposto radicalismo irruptivo que, na época, as tornava caudatárias do período chamado de "Terror". Atualmente é perfeitamente aceitável e mesmo desejado que "o pão", isto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é, a condição social de sobrevivência digna, seja considerado um direito fundamental e primário (fonte difusora de outros) e, assim, garantido.

Ocorre que a resposta de Saint-Just tem outras implicações. Vivemos hoje no Brasil, especialmente por obra do STF e de seus ministros da composição atual, depois que a democracia foi restaurada a duras penas e ainda muito imperfeitamente, uma espécie de "tirania da vontade" que sustenta o modismo do mal estar na civilização e, portanto, o descontentamento com ela. E não há como afastar esse modismo que afeta profundamente as noções de justiça e de direito que a sociedade tenta compreender e nas quais depositou tanto o seu desejo. Contudo, essa demanda ganhou a mesma dimensão alegórica de um impasse socrático: sempre haverá a tentação de não voltar à caverna, de não libertar os outros cativos, pois eles poderão revoltar-se por não quererem sair do mundo das sombras, o único que conhecem e com o qual estão acostumados. A tentação nos conduziria então a inverter os termos da frase de Saint-Just, levando-nos a acreditar que "O Direito é o pão do povo".

Seria a nossa última e mais irremediável ilusão. E dela simplesmente não haveria mais volta, pois o idealismo teria completado sua obra. Nosso destino então também nos levaria à gare de Astapovo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO FUNDAMENTAL À INVESTIGAÇÃO GENÉTICA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

RAÍSSA DE OLIVEIRA MURTA: Advogada. Bacharel e mestre pela Universidade Federal de Viçosa (UFV)

RESUMO: O presente artigo, por meio de uma abordagem que toma os direitos fundamentais constitucionais como baliza, trata da possibilidade de investigação genética daqueles sujeitos que possuem filiação socioafetiva consolidada. Para este mister, questiona-se se o conhecimento da origem biológica pode ser considerado um direito fundamental. Ainda, analisa-se como solucionar eventual conflito entre o direito ao descobrimento da identidade genética pelo filho e o direito à intimidade, privacidade e integridade física do pai quando este se recusa a realizar o exame de DNA.

Palavras-chave: investigação genética; paternidade socioafetiva; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: **1.** Introdução; **2**. Direitos Fundamentais; **3.** Direito fundamental ao descobrimento da origem genética; **4.** Filiação socioafetiva e descobrimento da origem genética; **5.** Direito ao conhecimento da origem genética do filho em conflito com o direito à integridade física do pai; **6.** Conclusão; **7.** Referências bibliográficas.

---

1) INTRODUÇÃO

A centralidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 fez com que se erigissem direitos tidos como mínimos para uma vida digna. São os direitos fundamentais, que colocam em evidência a figura dos indivíduos, que passam a ser a razão de existir dos Estados.

Dentre esses direitos, há o denominado direito ao descobrimento da origem genética, consistente no conhecimento da ascendência dos indivíduos. Este direito se mostra intimamente vinculado aos direitos da personalidade, ao direito de se saber quem é e de onde se veio, além de poder se relacionar com a própria proteção à saúde desses indivíduos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente artigo visa investigar as bases de sustentáculo da investigação genética enquanto direito fundamental, bem como a possibilidade da sua garantia mesmo naqueles casos em que existente filiação socioafetiva. Para tanto, se analisará, ainda, a existência de conflito entre o direito à integridade física e intimidade do pai frente ao direito de personalidade do filho que almeja descobrir sua ascendência genética.

2) DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, seguindo a chamada "virada kantiana", com o posicionamento dos indivíduos no centro da preocupação dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, estipulou como seu vetor axiológico a garantia e proteção da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa (art. 1º, III). O indivíduo, neste cenário, passa a ser protagonista e destinatário da ação do Estado e do Direito. O Estado passa a existir em razão da pessoa humana, e não o contrário.

Segundo Kant, tudo teria um preço ou uma dignidade. Neste sentido, as coisas que se acham acima de todo o preço e que não admitem substituição, teriam dignidade. A dignidade da pessoa humana seria, portanto, essa qualidade intrínseca do homem, decorrente da sua mera condição humana, e que o torna possuidor de um fim em si mesmo. Segundo Ingo Sarlet (2009, p. 27):

> [...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Direitos fundamentais, por sua vez, para além de serem aqueles previstos na Constituição como tal, são aqueles direitos que têm como eixo central a proteção da dignidade da pessoa humana. Ao erigir a dignidade da pessoa humana como alicerce do sistema constitucional e, por consequência, de todo ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 privilegiou os direitos fundamentais e reconheceu que todos os seres humanos são merecedores de um mínimo de direitos, que devem ser reconhecidos e protegidos.

O diploma constitucional elenca diversos direitos fundamentais a uma existência digna dos indivíduos (tais como o direito à vida, à liberdade, à imagem, à intimidade, à saúde, etc.). Não obstante, além da Carta Magna ter trazido cláusula de abertura (art. 5º, §3º), o próprio fato da dignidade da pessoa humana consistir em fundamento da República (art. 1º, III) possibilita a tutela dos direitos fundamentais (necessários à garantia da dignidade da pessoa humana) ainda não que não nominados expressamente na legislação nacional. Neste sentido é que se torna possível defender a existência de direito fundamental ao conhecimento da origem genética, ainda que a legislação pátria ainda não tenha regulamentado o assunto. Trata-se de direito fundamental da personalidade, conforme se demonstrará no tópico seguinte.

Ademais, há proteção no direito internacional e no direito comparado. Segundo Hammerschmidt (2008, pág. 97):

> O direito a intimidade genética encontra seu fundamento em diversos textos internacionais, a saber: a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (art. 7º); o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 04.04.1997 (art. 10º); e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16.10.2003 (art.14ª), entre outros.

No Direito alemão, o Tribunal Constituicional, em decisão de 1994, reconheceu o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sem efeitos sobre a relação de parentesco: é o chamado "Direito ao conhecimento das Origens".

3) DIREITO FUNDAMENTAL AO DESCOBRIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

A identidade genética, segundo Hammerschmidt (2008, p. 48), corresponde ao genoma de cada ser humano e às bases biológicas de sua identidade, e que decorrem de sua ascendência. Apenas com os avanços científicos e com a descoberta do exame de DNA é que se tornou possível aferir com precisão científica os verdadeiros progenitores de alguém.

O direito ao conhecimento da origem biológica diz respeito ao interesse manifestamente legítimo que todo ser humano possui de saber de onde veio (AULER, 2011). Esse conhecimento pode ter (e geralmente tem) uma enorme importância no desenvolvimento da própria pessoa, pois contribui para a formação da sua identidade. Canotilho e Vital Moreira (2007. p. 462) aduzem que a identidade pessoal se traduz nos elementos que identificam a pessoa como indivíduo, singular e irrepetível, abrangendo, portanto, além do nome, o direito à historicidade pessoal, que abarca o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

Por esta razão, o direito ao conhecimento da origem genética pode ser enquadrado como um direito da personalidade, pois saber da onde se veio e, em última medida, quem se é, se relaciona com a própria realização do indivíduo enquanto pessoa, o que não pode ser dissociado de sua dignidade. De acordo com Petterle (2007, p.111), "o direito à identidade genética é um direito de personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental 'identidade genética', uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade".

Conforme os ensinamentos de Almeida (2004, p. 105) "saber quem gerou o indivíduo, tanto o pai quanto a mãe, integra a existência do ser humano em seu mundo individual e no mundo coletivo, sendo que compõe a natureza da alma". Ademais, o reconhecimento da origem genética também tem importância em casos de doenças somente solucionáveis através de compatibilidade consanguínea.

Ressalte-se que o direito ao conhecimento da origem biológica se difere do direito à filiação. O direito à filiação é o que estabelece um liame jurídico entre o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

filho e quem assume os deveres da paternidade (LÔBO, 2006, p. 797). Da filiação decorrem outros direitos, tais quais direito ao nome e a alimentos, além dos deveres de assistência decorrentes da relação de parentesco. Hoje é assente que a filiação não se funda exclusivamente na origem genética, sendo orientada principalmente pela afetividade nas relações intersubjetivas, pautadas pela convivência familiar.

Assim, o direito de filiação pode decorrer do nascimento, mas pode também decorrer do vínculo de afetividade que motiva a construção das famílias e o consequente registro como filhos de indivíduos que não partilham seu sangue biológico. Portanto, a filiação não se confunde com o direito que cada pessoa tem de conhecer sua origem genética. Tratam-se de direitos com fundamentos, conteúdos e efeitos bastante distintos. Segundo Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p.151-153):

> O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao reconhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. [...] Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). [...]
>
> Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie do direito à vida, pois os dados da ciência apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Não há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética.

Sobre o assunto, há acórdão paradigmático do STJ, de lavra da ministra Nancy Andrighi, a seguir transcrito em suas partes mais relevantes ao presente estudo:

> STJ. Recurso Especial 833.712
>
> (...)
>
> O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.
>
> Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.
>
> Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

Ainda, segundo decisão do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 900521, "não devem ser impostos obstáculos de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética".

4) FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E DESCOBRIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Não há maiores divergências e conflitos na doutrina quanto á definição do que seja relação de parentesco. Maria Helena Diniz (2008, p. 431), por todos, prevê que se trata da "relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo".

Segundo a doutrina, há três critérios para se definir a filiação: o jurídico, o biológico e o afetivo. Na acepção jurídica, filho é aquele que a lei presume como sendo filho do pai e da mãe. A filiação biológica, por sua vez, é aquela que leva em conta a ligação genética existente entre pais e filhos. O critério afetivo, por sua vez, é aquele que "emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade" (LÔBO, 2004). Trata-se de "um parentesco psicológico da filiação afetiva" (DIAS, 2007, p. 333).

Os artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil preveem que o reconhecimento da filiação – ainda que socioafetiva – é irrevogável. Ademais, o art. 1.604, também do CC/02, prevê que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Além destes, há ainda o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que a adoção é irrevogável.

Surge então o questionamento acerca da possibilidade do conhecimento da origem genética naqueles casos em que a criança possui pai socioafetivo reconhecido. E, ainda, acaso possível, se esse descobrimento da origem biológica desconstitui eventual vínculo socioafetivo.

Analisando caso análogo (adoção à brasileira), doutrina e jurisprudência são assentes acerta da irrevogabilidade da paternidade socioafetiva, em decorrência do direito da criança à convivência família (art. 227, CF/88). Segundo Welter (2009, p. 236):

> A irrevogabilidade da filiação afetiva é proclamada como a declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser o pai ou a mãe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável. A exemplo do que ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

Sintetizando o entendimento de diversos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como do Superior Tribunal de Justiça (STJ), colaciona-se um julgado bastante claro, oriundo do TJSC:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica. (50504 SC 2011.005050- 4, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 10/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: 5/6/2011. Apelação Cível n. 2011.005050-4, de Lages).

Realizando-se analogia com o caso ora em questão, a doutrina sustenta que a descoberta da real identidade genética em nada altera a paternidade socioafetiva,

que prossegue válida, posto que irrevogável acaso indene de vícios do consentimento. Isto ocorre porque o direito ao reconhecimento da origem genética se difere da relação de parentesco, já que visa tão somente assegurar a certeza da origem genética. Assim, o descobrimento da identidade biológica não importa em desconstituição de eventual filiação socioafetiva.

Segundo Lôbo (2004), "a origem biológica não é mais fundamental para legitimar a filiação, pois a filiação socioafetiva quando plenamente comprovada, sobrepõe-se à origem genética. Considera-se como direito de personalidade o conhecimento da ascendência genética, pois este direito está relacionado com a pessoa em si.

Nos dizeres de Almeida (2004, p. 107): "Para buscar saber a origem genética, o indivíduo, em algumas vezes, tem apenas objetivo de saber para fins psicológicos ou em casos de doenças, por exemplo, não tendo somente interesse econômico, tendo em vista que hoje a paternidade socioafetiva quando devidamente comprovada, prevalece sobre a paternidade biológica".

Segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 441), em síntese:

> "O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana. No entanto, gerando a adoção vinculo de filiação socioafetiva, a declaração de paternidade não surte efeitos registrais, o que impede benefícios de caráter econômico. De qualquer forma, é possível obter a declaração de paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção".

Portanto, conclui-se que é sim possível intentar o descobrimento da identidade genética ainda quando haja filiação socioafetiva. Isto porque o direito à origem genética, corolário do direito da personalidade, visa tão somente conhecer a verdadeira identidade, não gerando quaisquer efeitos registrais ou civis, acaso já existente a paternidade socioafetiva reconhecida.

5) DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA DO FILHO EM CONFLITO COM O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA DO PAI

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um conflito surge quanto o suposto pai se nega a se submeter ao exame de DNA que ensejaria o conhecimento da identidade genética do filho, opondo-se, de um lado, o direito à integridade física e intimidade do pai e, de outro, o direito do filho ao conhecimento da sua ascendência genética. Como nenhum direito é absoluto, havendo colisão entre direitos fundamentais, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nas ações de investigação de paternidade, que visam tão somente assegurar o estado de filiação, o entendimento dos Tribunais Superiores e da doutrina é no sentido de que em havendo recusa na realização do exame, não seria possível a condução coercitiva do suposto pai, resolvendo-se o impasse com a aplicação da presunção legal de paternidade do pai que se recusa ao exame (Súmula 301, STJ), com todos os efeitos daí decorrentes.

Ocorre que, como já enunciado, as ações de identificação de ascendência genética não se confundem com as ações de investigação de paternidade. Como aquelas visam tão somente o reconhecimento da origem genética, sem vínculo com o estado de filiação, eventual presunção jurídica não lhe interessa. Isto se dá porque a ação de identidade genética visa exatamente a uma obrigação de fazer – realizar o exame de DNA –, e não a constatação de um estado de filiação por meio da presunção. Por esta razão, tem-se que a negativa da realização do exame, ou mesmo a aplicação da presunção, implicaria em sacrifício total do direito do filho à investigação genética, não suportando, portanto, à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim é que a doutrina mais moderna defende a possibilidade de condução coercitiva do pai que se recusa ao exame de DNA, em aplicação à regra geral de que, nas ações de obrigação de fazer, o juiz pode determinar as providências necessárias ao cumprimento da obrigação (art. 461, do Código de Processo Civil). Com efeito:

> A personalidade é direito natural e constitucional, que precede a mera negativa do investigado, pois o direito de ser reconhecido como filho é um destes poucos direitos aos quais se pode aplicar, sem excesso, e sem hipérbole, a qualidade de

> 'sagrado', [...] trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal. Pelo mesmo fundamento, o investigado também tem o direito de humanidade que é o de não ser responsabilizado pela paternidade se de fato não for pai. [...] Seria por demais desumano e vexatório admitir-se que o direito material ou processual – que não são um direito natural e imutável, e sim circunstancial – pudessem impedir a verdadeira paternidade pela insuficiência de provas, justamente devido à negativa do investigado em se submeter à perícia. (WELTER, 2001, p.25).

O direito de conhecer o pai biológico é, como visto, um direito da personalidade intimamente ligado à dignidade pessoal. E a presunção da paternidade ante a recusa em realizar o exame de DNA, se tem relevância para fins de filiação e para fins patrimoniais, não é relevante quando o que se visa tutelar são direitos da personalidade e da dignidade.

A ação de conhecimento de origem genética versa sobre uma obrigação de fazer infungível, que não visa atribuir a paternidade ao genitor biológico, e nem mesmo interferir nas relações de família. Assim, o cerne da prestação a ser efetivada pelo réu é justamente a obrigação de fazer consubstanciada na realização do exame de DNA.

Analisando a partir da perspectiva de conflito entre direitos fundamentais, que se resolve com a utilização da técnica da ponderação dos interesses em jogo, Madaleno (2007, p. 141) ressalta que:

> Os tipos de atos que são necessários à realização dos testes de DNA, incluindo a picada de um dedo para a recolha de sangue, não atinge o núcleo do direito à integridade física; e ainda que se entenda estar perante uma restrição ao mencionado direito, esta é absolutamente proporcionada e adequada, porque implica uma intervenção mínima e visa obter uma decisão judicial sobre filiação que coincida com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

realidade, decisão que, em muitos casos, é exigida pelo interesse superior da criança.

Ante o conflito, deve prevalecer o direito constitucional à personalidade, calcado no princípio da dignidade humana, uma vez que a presunção de paternidade não resolve o problema da identificação dos ascendentes genéticos. Ademais, com a evolução científica, o exame de DNA se tornou extremamente simples, podendo ser realizado através da análise de um fio de cabelo, uma gota de saliva, ou vestígio de sangue, por exemplo, não sendo crível que isto atinja a integridade física ou a dignidade do suposto pai. Desse modo, não se deve caracterizar como constrangimento ilegal a obrigatoriedade de submissão do investigado ao exame de DNA, pois trata-se do único modo de efetivar a tutela do direito.

Assim, tratando-se de obrigação de fazer, a imposição de realização do exame genético deve ser feita através dos mecanismos de indução, que se prestam a "influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele adote a conduta pretendida pela ordem jurídica" (TALAMINI, 2003, p.171). São os meios coercitivos indiretos (artigo 461 do CPC), em que o juiz pode determinar medidas necessárias a fim de ver garantida a tutela da obrigação de fazer, que, nos moldes do §5º do referido artigo incluem desde *astreintes* à utilização de força policial.

6) CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se que o direito à investigação genética se trata de direito da personalidade intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e que deve ser protegido.

Trata-se de direito que não se confunde com o direito à paternidade, posto que aquele não tem efeitos na filiação e demais direitos daí decorrentes (nome, alimentos e direito de assistência, por exemplo). Por esta mesma razão, não há óbice à investigação genética mesmo naqueles casos em que há paternidade socioafetiva regularmente constituída, posto que a origem genética não tem o condão de desconstituir o vínculo socioafetivo.

Por fim, concluiu-se que em eventual conflito com o direito à intimidade e integridade física do ascendente, deve-se privilegiar a proteção da personalidade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dignidade do filho, haja vista que o direito à ascendência genética só se efetiva com a realização do exame do DNA (não se beneficiando de presunções legais), por se tratar de obrigação de fazer, e porque na utilização da técnica da proporcionalidade, a proteção à retirada de um fio de cabelo ou a uma gota de saliva não subsiste frente ao direito de se saber quem se é e da onde se veio.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: Afeto, Ética, Família e o Novo CC. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AULER, Juliana de Alencar. Adoção e direito à verdade sobre a própria origem. Biblioteca de artigos jurídicos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 7 fev. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Revista, atualizada e ampliada. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis, Ed. Diploma Legal, 2000.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Intimidade Genética e Direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2008;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária, 2004. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma

distinção necessária. Revista brasileira de direito de família, n.19, vol.5, p.133-157, ago./set., 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301/STJ. In: Congresso Brasileiro de direito de família: Família e dignidade humana, 5., 2005, Belo Horizonte. Anais... São Paulo: IOB Thmosom, 2006. p. 795-810.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MADALENO, Rolf. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

SARLET. Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 15-43.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão

aos deveres de entrega de coisa. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E QUESTÕES ACERCA DE SUA ALIENAÇÃO

MARCUS VINICIUS BALBINO DE OLIVEIRA: Curso Superior - Cursando Curso de Direito FADAP/FAP - Faculdade de Direito da Alta PaulIsta.

RESUMO: O Estabelecimento Empresarial é o conjunto de bens dispostos de maneira organizada, que dá sustentáculo à atividade econômica desenvolvida pelo empresário, de modo a possibilitar o contato dos clientes com o serviço ou produto oferecido o que, consequentemente, derivará o lucro diante desse contato. O estabelecimento empresarial é elemento indissociável da sociedade empresária. Isso decorre da própria caracterização da figura do empresário que evidencia como requisito necessário o exercício profissional de uma atividade econômica organizada (Código Civil de 2002, art. 966). Ao estabelecimento empresarial é atribuído valor econômico muito superior à soma individual de todos os elementos que o compõem, devido a organização econômica, feita pelo empresário, desses bens. (GONÇALVES, Maria; GONÇALVES, Victor, 2012, pg. 39).

Palavras-chave: Bens. Empresarial. Estabelecimento.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. 2.1 Conceito. 2.2 Trespasse. 2.3 Título do Estabelecimento. 2.4 Ponto Comercial. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

1. Introdução

O presente trabalho visa expor de maneira clara e concisa, baseado no ordenamento jurídico brasileiro, os apontamentos acerca do estabelecimento empresarial, tais como: conceito, elementos, penhora do estabelecimento empresarial, título do estabelecimento, ponto comercial e trespasse. Também importante salientar os desdobramentos decorrentes da importância do estabelecimento empresarial ante a empresa.

Descrito no artigo Código Civil encontra-se a definição de atividade empresária, que é demasiada importante para a compreensão do estabelecimento empresarial. Podemos extrair dessa definição, de forma sucinta, que a atividade empresária é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exercida de maneira profissional por empresário, com a finalidade de promover a circulação de riquezas, visando a obtenção de lucro, que é seu objetivo principal. E para cumprir tal objetivo, é preciso um complexo de bens, arranjados de maneira organizada para possibilitar o objetivo final da empresa. Esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conjunto de bens é denominado estabelecimento empresarial, e os elementos componentes dele são chamados de elementos do estabelecimento empresarial. Esses elementos serão utilizados pelo empresário para alcançar o lucro objetivado. São instrumentos para o empresário realizar sua atividade empresarial.

O surgimento do estabelecimento empresarial como categoria jurídica moderna ocorreu na França, em 1872. O estabelecimento empresarial era cognominado como fundo de comércio no anteriormente, tal conceito encontra-se abarcado elo atual.

Desse modo, o presente trabalho visa explanar o assunto de forma inteligível, auxiliando a compreensão e evitando dúvidas acerca do assunto.

2. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

2.1 Conceito

O estabelecimento empresarial, de acordo com a definição exposta no estatuto civil, é o complexo de bens organizados, corpóreos e incorpóreos, que condicionam ao lucro, exercido pelo empresário ou sociedade empresária, através do exercício da empresa (CC art. 1.142). Tem-se, desse modo, que esse conjunto de bens, dispostos de maneira organizada pelo empresário, é o que possibilitará a exploração da atividade econômica, visto que a organização dos fatores de produção, aliada com o investimento de capital nesse complexo de bens é o que resulta no estabelecimento empresarial. Compreende-se como bens corpóreos, por exemplo, a sede da empresa, terrenos, máquinas, matérias-primas etc. E como bens incorpóreos, por exemplo, o nome empresarial, a marca, a patente etc.

O estabelecimento empresarial tem atribuído um valor econômico mais amplo do que todo o conglomerado de elementos que o compõe, devido a organização desses elementos, que resulta na capacitação do estabelecimento para a atividade empresarial (COELHO, Fábio Ulhoa, 2012). Devido a este fato, o estabelecimento empresarial é suscetível de negociação no mercado empresarial. É portanto, uma universalidade de fato, que pode ser objeto de negócios jurídicos. Os bens do estabelecimento estão ligados ao conjunto, mesmo cada um deles possuindo a sua individualidade.

2.2 Trespasse

Um contrato que vise a alienação arrendamento ou usufruto do estabelecimento é permitida, como se pode ver pelo exposto acima. “Trespasse” é o nome doutrinário atribuído à alienação do estabelecimento empresarial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme dispõe o artigo 1.144 do CC, é necessário que o contrato seja averbado na Junta Comercial juntamente ao registro da empresa, além de ser publicado na imprensa oficial, para que possa gerar efeitos não só entre as partes, mas também perante terceiros.

Destarte, o trespasse resulta na transferência do complexo de bens organizados do alienante para o adquirente, continuando este com a exploração da atividade empresarial, antes exercida por aquele. Por força da atividade desenvolvida, o adquirente arcará com todos os contratos celebrados pelo alienante, pelo fato de ter assumido a posição deste.

Os débitos anteriores à aquisição do estabelecimento empresarial, se regularmente contabilizados, ficam a cargo do adquirente. O alienante, como devedor primitivo, fica solidariamente obrigado com o adquirente pelo prazo de um ano, contando a partir da publicação da transferência do estabelecimento, quanto aos créditos vencidos, e da data de seu vencimento, quanto aos vincendos (CC art. 1.146). Ressalta-se que o adquirente só responde pelas dívidas devidamente registradas e conhecidas, pois há de preponderar os princípios da vedação ao locupletamento ilícito e da boa-fé. (GONÇALVES, Maria; GONÇALVES, Victor, 2012, pg. 40).

Nos débitos de natureza tributária e trabalhista, também há a sucessão do adquirente.

O adquirente também pode ser acionado pelos credores do devedor primitivo, referente às dívidas contabilizadas, devido ao fato de ser sucessor do alienante neste quesito também. A única exceção para tanto é na hipótese de renúncia do credor ante as dívidas.

Salvo estipulação dispondo o contrário, ocorre a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento empresarial, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros contratantes rescindir o contrato em 90 dias, contando a partir da publicação da transferência. Contudo, se ocorrer justa causa, ressalvada, nesse caso, a responsabilidade do alienante (CC art. 1.148).

O estabelecimento é, para os credores da empresa, uma das principais garantias. Os credores poderão executar esse patrimônio, caso haja inadimplência da empresa. Em virtude disso, é vedada a alienação do estabelecimento empresarial sem que a empresa conserve capital suficientemente capaz de cobrir o seu passivo, ou sem que seus credores concordem com o trespasse, de maneira expressa ou tácita, no prazo de 30 dias. De modo contrário, essa garantia dos credores é perdida,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conforme prevê o artigo 1.145 do estatuto civil. A alienação do estabelecimento sem a concordância de todos os credores da empresa, que é a alienação fraudulenta, constitui ato de falência (Lei n. 11.101/2005 art. 94, III, alínea "c").

Ainda dentro das regras do trespasse, é importante citar que o alienante não pode fazer concorrência ao adquirente pelo prazo de 5 anos seguintes à alienação, a não ser haja expressa autorização (CC art. 1.147). Essa é uma cláusula implícita do contrato de trespasse, ou seja, não necessariamente precisa estar contida uma cláusula dentro do contrato para que ela seja suscitada. É importante salientar que o alienante não está impossibilitado de iniciar uma nova atividade empresarial, mas tão somente fazer concorrência frente ao adquirente, o que caracterizaria concorrência desleal, visto que o alienante já domina as técnicas do negócio (GUSMÃO, Monica, 2009 pg. 93).

2.3 Título do Estabelecimento

Considera-se como título do estabelecimento o símbolo ou nome dado ao estabelecimento empresarial para identifica-lo. Ressalte-se, todavia, que o nome empresarial e o título do estabelecimento são coisas distintas. O primeiro é elemento necessário para a identificação do empresário, pois o este, obrigatoriamente, deve ter um nome empresarial; enquanto que o último é um elemento identificador do estabelecimento. A composição do título pode conter alguma expressão do nome empresarial, nome fantasia ou uma insígnia, que represente graficamente o título.

Podemos expor os seguintes exemplos para facilitar a compreensão:

Ex. 1: Nome empresarial -> Costa Açougue Ltda. (firma individual)

Título do Estabelecimento -> Casa de Carnes Costa

Ex. 2: Nome empresarial -> Ruby Joalheria S.A. (denominação)

Título do Estabelecimento -> Joias e Acessórios Ruby

O início da proteção do título do estabelecimento ocorre com o próprio registro da empresa, visto que não há um ato individual para o registro do título (GAGLIANO, 2006).

2.4 Ponto Comercial

Entende-se por ponto comercial o local físico onde o empresário desenvolve a atividade econômica. É um elemento incorpóreo do estabelecimento

O ponto comercial possui valor econômico e tem proteção jurídica. Esse ponto pode ser uma loja física, como por exemplo, uma loja situada na Avenida Tamoios, em Tupã. E também existe o empresário que vende seus serviços e produtos através do meio de comunicação Internet. Nesse último caso, haverá o endereço eletrônico do empresário, que será o seu nome de domínio, sendo a URL.

A chamada locação não residencial é o nome atribuído ao empresário que desenvolve a sua atividade em imóvel alugado, e essa hipótese é amparada em nosso ordenamento jurídico, pela Lei de Locações (Lei n. 8.245/91).

Essa lei dispõe que, caso sejam cumpridos os requisitos estabelecidos no art. 51, esses tipos de locações ensejarão direito à renovação compulsória do contrato, por prazo igual. Desse modo, percebe-se que ao permitir essa renovação compulsória do contrato locatício a lei está protegendo o ponto comercial.

O mandado de despejo será determinado pelo juiz, em hipótese de que não seja renovada a locação. O prazo para retirar-se de modo voluntário do imóvel é de 30 dias (Lei n. 8.245/91, art. 74).

A legitimidade ativa para a propositura de ação renovatória é do locatário do imóvel.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa análise feita sobre esse assunto, fica claro que o estabelecimento empresarial é um instrumento utilizado para a atividade empresária, que auxilia na busca pelo resultado final: o lucro.

A teoria mais aceita e plausível quanto à natureza do estabelecimento empresarial é o que o considera como sendo uma universalidade de fato, em virtude de ser reunida por conta da inteligência humana.

Os elementos do estabelecimento empresarial são classificados como tangíveis e corpóreos, de um lado, e intangíveis e incorpóreos, de outro.

O exposto nesse trabalho foi de grande importância para aclarar os entendimentos acerca desse assunto, e ressaltar a indissociabilidade do estabelecimento empresarial e a atividade empresária. Percebe-se isso pelo fato de que não se pode falar de atividade empresária sem o estabelecimento, ainda que virtual.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Volume 1: Direito de Empresa. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Volume 1: 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Maria Grabriela Venturoti Perrota Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias.** Volume 21: 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GUSMÃO, Monica. **Lições de Direito Empresarial**. 8º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1: 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

JUSTIÇA FIXA TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA EM CASOS DE DESISTÊNCIA DE IMÓVEL

GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA, o autor:
advogado, mestre e doutor em Direito pela

Universidade de São Paulo (USP) e sócio de Meirelles

Milaré Advogados

João Pedro Alves Pinto

(coautor)

Em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, nos casos de desistência da aquisição de imóvel por parte do comprador, os juros de mora incidentes sobre o valor a lhe ser restituído deverão ser contados a partir da data do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, e não a partir da data da citação da construtora ou incorporadora ré no processo.

Embora o relator, ministro Moura Ribeiro, tenha defendido a incidência dos juros de mora desde a data da citação, para evitar a interposição de recursos meramente protelatórios, ou seja, que teriam por objetivo tão somente postergar a restituição ao comprador, prevaleceu o entendimento contrário, defendido pela ministra Isabel Gallotti e seguido pelos demais ministros julgadores.

Não é novidade que o Brasil vem enfrentando uma crise político-econômica que, dentre outros efeitos, acarretou o aumento do número de ações judiciais propostas por compradores de imóveis que não possuem mais condições de arcar com o pagamento das parcelas ou que viram os preços caírem e avaliaram que as aquisições feitas no passado deixaram de valer a pena.

Por outro lado, a nossa crise político-econômica também acarretou sérios prejuízos às construtoras e incorporadoras com respectivas restituições, em especial considerando que tais valores são corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, o que tem impactado o fluxo de caixa dessas empresas, abalado as suas relações com clientes e investidores, bem como comprometido o crescimento do mercado imobiliário no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, nesse cenário, a decisão recente do STJ mostra-se importante porque, ao balizar a questão do momento de incidência dos juros de mora nos casos de desistência da aquisição de imóvel, garante maior razoabilidade e segurança jurídica para ambas as partes.

Por consequência, acredita-se que referida decisão deve assegurar o direito de restituição dos compradores e, ao mesmo tempo, amenizar os prejuízos das construtoras e incorporadoras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS PELA DEFESA E O CASO LULA

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

Conforme notório conhecimento cotidiano, operações policiais e condenações judiciárias tem sido comprometida e exposta à demasiadas críticas perante os meios jornalísticos, boquejando vazamentos de mensagens de textos trocadas pelos integrantes do "jogo processual".

Referimo-nos a apelidada "vaza-jato", alcunha atribuída a operação lava jato, a qual logrou êxito em prender políticos e empresários notáveis no cenário brasileiro e mundial, por imputações de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, fraude a licitações, dentre outros delitos típicos da criminalidade de colarinho branco.

Neste contexto, vazamentos de diálogos perpetrados pelos Procuradores da República integrantes da força-tarefa da mencionada operação com o Magistrado da 13ª Vara Federal de Curitiba tem ocupado as manchetes cotidianas dos últimos meses.

As conversas vazadas entre o polo acusatório e o magistrado responsável por grande parte dos julgamentos advindos das ações penais da lava jato exteriorizam um disforme conluio persecutório entre acusação e juiz, o que em tese colocaria em dúvida a legitimidade das decisões emanadas daquele juízo, o qual estaria, *a priori*, agindo de forma parcial, sugerindo a produção de provas ao órgão acusador, bem como facilitando sua atuação, num excelso juízo persecutório, contrariando princípios como a paridade de armas e a imparcialidade do juízo.

Ante isto, tendo como partida a dúvida levantada ao julgamento promovido por aquele juízo, a defesa do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aduzindo a imparcialidade do Juízo, o conluio entre este e acusação para atacar a defesa técnica, a busca probatória ilegal e, dentre outros, a finalidade política das condutas efetuadas pelo órgão acusatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nestes termos, a defesa requisitou a cópia de todas as mensagens obtidas por meio do aplicativo *Telegram* referentes, direta ou indiretamente, ao Ex-Presidente Lula, que tenham sido apreendidas no curso da Operação *Spoofing*, a qual resultou na prisão de Hackers apontados como responsáveis pelos grampos entre os procuradores da força-tarefa, para que fossem utilizadas como prova compartilhada.

Contudo, a Corte Federal, em 03/09/19, sob relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto, indeferiu o pedido formulado pela defesa, considerando que o conteúdo das interceptações obtidas no curso da operação tratava-se de provas ilícitas, eis que oriundas de interceptações ilegais. Conforme trecho final da decisão proferida:

> Por derradeiro, deve ser assinalado que a sentença, cujas apelações pendem de exame nesta Corte, não foi proferida pelo magistrado cuja imparcialidade se procurar arranhar nas notícias jornalísticas, bem como que o exame que se fará decorre recai sobre os argumentos da partes e sobre as provas que estão encartadas nos autos, e não sobre pretensos diálogos interceptados ilegalmente que em nada contribuem para o deslinde do feito.
>
> Por todo esse conjunto de fatores, *sobretudo pela ilegalidade da obtenção do material e, por isso, sendo impossível o seu aproveitamento pela sua ilicitude,* não há como acolher a pretensão da defesa.

Claro está a pretensão defensiva de utilizar o conteúdo das conversas obtidas referentes ao réu para comprovar a ilegitimidade do julgamento, prospectando-se a anulação deste. Isto é, se a imparcialidade do julgador e os meios probatórios ilícitos ficassem comprovados pelos diálogos extraídos, a anulação das decisões seria inevitável, por motivos de ordem pública.

Entretanto, salta aos olhos a inobservância, por parte da Corte, da possibilidade de utilização de provas ilícitas a favor do acusado, desiderato do Art.5º, inciso LVI da constituição, o qual impera que são inadmissíveis as provas

obtidas por meio ilícitos, admitindo a doutrina e jurisprudência pátria a utilização destas a favor da defesa, se for o único meio de que dispunha para provar sua inocência.

Todavia, apreciando tal posicionamento, a relatoria manifestou-se contrária à respeitabilidade deste, alegando que, para que tal prova fosse admitida em juízo seria necessário que esta fosse "incontestável" e que "por si só, e sem necessidade de interpretação, conduziria a um juízo absolutório".

Segue trecho da manifestação:

> Com a devida vênia, a premissa deve passar por temperamentos.
>
> Isso porque à prova a que se pode atribuir tal qualidade seria aquela, em primeiro lugar, *incontestável* e, em segundo, *que por si só e sem necessidade de interpretação ou integração conduziria a um juízo absolutório*. A exemplo, cite-se a previsão e as integrações jurisprudenciais que autorizam a revisão dos processos findos, "quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena" (art. 621, III do CPP)

Extrai-se da leitura do trecho retro colacionado que o entendimento do magistrado é de que a prova ilícita aceitável em favor da defesa seria aquela mesma que poderia ser permitida nos casos de revisão criminal por superveniência probatória, as quais não demandariam dilação probatória, dispensando meios impugnatórios de validade e conduziriam, necessariamente, à absolvição.

A nosso sentir, a pretensão de entrever um tipo probatório celestial blindado de lástimas a sua forma e legitimidade, e celestialmente prometido para a absolvição, nos parece demasiadamente lúdica, pelos próprios princípios norteadores da instrução processual e do julgamento das pretensões aduzidas pelas partes.

Neste diapasão, apesar do princípio da segurança jurídica determinar o mínimo de previsibilidade das decisões jurídicas, esta não exaure a esfera do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

absurdo, isto é, tal previsibilidade refere-se a negativa de pretensões quiméricas, bem como o assentimento a situações fático-jurídicas que possuam o mínimo de verossimilhança.

Desta forma, não conseguimos vislumbrar, no ordenamento jurídico pátrio, situação em que a prova apresentada, lícita ou ilícita, seja que de espécie for, conduziria precisamente à absolvição do acusado.

Poderíamos vislumbrar, contudo, numa tentativa de encontrar acerto realístico na exigência exposta pela Corte, a hipótese de extinção da punibilidade do agente em decorrência de sua morte, por meio de prova feita pela apresentação de seu óbito documental, situação que geraria, *necessariamente*, a extinção do feito, por perda do direito de punir.

Porém, não se perfaz ainda de hipótese absolutória do agente, eis que não haveria instrução criminal e análise do mérito, gerando tão somente uma sentença extintiva do feito, reconhecendo a extinção da punibilidade do agente.

Noutro lado, a necessidade de a prova ser "incontestável", entendemos ser referência a algo pré-constituído, não necessitando de dilação probatória para comprovar sua validade, algo semelhante a não desnecessidade de uma busca da "verdade real" do fato que se pretende provar por meio da prova ilícita obtida.

Sendo assim, a hipótese em tela nos traz duas tratativas diversas acerca da possibilidade e do risco de admitir a prova requerida.

A uma, porque a prova requerida não passou pelo crivo do contraditório, bem como não foi tecnicamente analisada a fim de comprovar sua legitimidade, seja no que se refere aos sujeitos participantes da interlocução, seja no tocante à realidade das condutas desvendadas.

Em segundo lugar, está o risco de admitir uma prova ilícita no processo penal, pela sensibilidade inerente aos direitos formalizados em seus ritos processuais, permitindo-se que arbitrariedades, e inclusive crimes, fossem admitidos em prol da absolvição, propelindo os limites dos direitos fundamentais garantidos ao acusado.

Noutro giro, importante salientar que não se pode ignorar, no caso em tela, a possibilidade de "acerto" entre acusação e judiciário, buscas ilegais e finalidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticas conduzidas pela acusação, visto que tais atitudes colocam em risco a própria integridade do sistema acusatório, bem como dos cargos personificados pelos atores processuais do caso narrado.

Desta forma, o risco exposto concederia razão ao pedido vislumbrado pela defesa, de suspensão do processo até o julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, mostrando-se razoável ao caso em tela, por preservar as instituições e minimizar os efeitos deletérios das penas impostas, as quais, no atual cenário, mostram-se duvidosas quanto a sua validade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ORIGEM DO PRECONCEITO DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DE BOBBIO

JÉSSICA CAMPOS SAVI: Bacharela em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC Minas. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo refletir acerca da origem do preconceito de gênero, partindo da perspectiva filosófica de Norberto Bobbio. Nesse caminho, busca-se investigar as circunstâncias históricas e sociais que põem a mulher em posições estereotipadas e os aspectos da sociedade patriarcal que incentivam e induzem a discriminação. Por derradeiro, partindo das reflexões do autor, sugere-se a superação do paradigma atual.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Igualdade de gêneros, Direito das Mulheres.

Sumário: 1 Introdução; 2 A perspectiva histórica do preconceito contra a mulher; 3. Discriminação na perspectiva de Norberto Bobbio; 4 A mulher contemporânea e a discriminação; 5 Considerações Finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o de estudar a origem do preconceito, mais especificamente a origem do preconceito contra a mulher, o preconceito de gênero. O estudo tem como base a doutrina de Norberto Bobbio.

Este estudo será dividido em três momentos.

O primeiro destina-se a adentrar na perspectiva histórica do preconceito contra a mulher, com o relato de fatos históricos que deram origem ao estigma e que o sustentam.

No segundo, buscar-se-á investigar a discriminação na perspectiva de Norberto Bobbio, com a exposição de ideias do autor acerca da temática.

Por derradeiro, terceiro trará a temática ao verniz contemporâneo, analisando a discriminação do gênero feminino por meio de um cotejo entre a teoria e a realidade.

2. A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PRECONCEITO CONTRA A MULHER

Desde a metade do século XIX até após a Primeira Guerra Mundial, as mudanças econômicas e culturais brasileiras tiveram forte influência na vida das mulheres, principalmente nos movimentos pela conquista do direito de voto na Inglaterra no final do século XIX e pelas greves industriais, que acarretaram um maior protagonismo da mulher no espaço social e político.

A urbanização e a industrialização fizeram com que as mulheres fossem para rua trabalhar e estudar, iniciando uma desconstrução do estereótipo de fragilidade e inferioridade, em conflito com os costumes patriarcais e o ideário da figura masculina como sinônimo de autoridade e poder.

Com o trabalho remunerado e a educação, as mulheres passaram a ter algum poder econômico e social e começaram a reivindicar por creches para deixar seus filhos, melhores condições de trabalho, além de protestar contra a tirania dos homens no casamento e sua infidelidade.

A partir do século XX, com os movimentos feministas, as mulheres paulatinamente começam a garantir seu espaço e autonomia na sociedade e na política.

Apesar de as mulheres se encontrarem num patamar muito superior em questão de direitos e cidadania em comparação a períodos pretéritos, a violência e a discriminação ainda são uma questão de extrema relevância.

A violência sofrida pelas mulheres, ainda hoje, não se trata apenas de violência doméstica - causada principalmente pelos companheiros -, mas sim pela violência social que consiste em qualquer tipo de discriminação ou exclusão devido o fato de ser mulher. Exemplos são os baixos salários em relação aos dos homens

Ainda há a violência psicológica resultante dos insultos sofridos, com afastamento da família, dos amigos, destruição dos bens da mulher, ameaça aos filhos entre outros tipos.

Vale notar que a mulher está sendo reconhecida como parte fundamental para a formação da família, já que no Brasil, em sua maioria, são elas as responsáveis pelo sustento através seu trabalho, da educação dos filhos e da casa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 DISCRIMINAÇÃO NA PERSPECTIVA DE NORBERTO BOBBIO

O preconceito sempre existiu na convivência dos homens em sociedade. Mesmo antes da própria existência do Estado, com os indivíduos vivendo em pequenos grupos nômades, ocorriam os conflitos tribais, dando azo ao preconceito.

Partindo das considerações de Norberto Bobbio, pode-se observar que o preconceito é extremamente perigoso ao meio social, pois se trata de uma opinião equivocada, errada.

Afirmada a premissa que o preconceito é uma opinião errônea também se atribui a ele uma irracionalidade, porque seu vício não pode ser corrigido no âmbito da razão ou da experiência.

Ensina Bobbio (2002, p. 104):

> Em geral, pode-se dizer que se distinguem daquela opinião errônea em que consiste o preconceito todas as formas que podem ser corrigidas mediante os recursos da razão e da experiência. Precisamente por não ser corrigível ou por ser menos facilmente corrigível, o preconceito é um erro mais tenaz e socialmente mais perigoso.

O preconceito coletivo é aquele preconceito entre grupos, ou seja, um atribui ao outros qualidades pejorativas, gerando a rivalidade. Este julgamento negativo recíproco entre os grupos acende a discriminação.

A discriminação entre os grupos, por sua vez, incita o sentimento de superioridade, ainda mais perigoso, do qual decorre a ideia de que o mais perigoso e, portanto, superior, deve comandar, intimidar ou até mesmo eliminar o grupo inferior.

> Da relação entre superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a

> relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com toda as aberrações dela decorrentes. BOBBIO (2002, p. 109/110)

A discriminação em uma superficial observação seria a mera diferenciação existente entre as pessoas. Contudo, averiguando-a profundamente, vislumbra-se que a primeira é uma injusta e desproporcional forma da segunda.

A diferenciação, ao contrário da discriminação, é por muitas vezes necessária, assim entende MORAES (2010, p. 413):

> Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o céu da terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer aos seus iguais. Não procura não ter chefe; mas só ter como chefe seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão por meio das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que não é: nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor.

A nossa Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5ª o seguinte:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No exposto artigo pode-se observar que a Constituição assegurou que todos são iguais perante a lei, ainda garantindo esta igualdade ao fecho do dispositivo. Ao tratar desigualmente indivíduos considerados iguais, percebe-se a exacerbada discriminação que já nos ensinou BOBBIO (2002, p.107):

> Pode-se dizer que se tem uma discriminação quando aqueles que deveriam ser tratado de modo igual, com base em critérios comumente aceitos nos países civilizados (para deixar mais claro, refiro-me aos critérios fixados no art. 3 da Constituição Italiana), são tratados de modo desigual.

As desigualdades podem ser naturais ou sociais. A natural em regra não pode ser modificada e a social, como é derivada do meio social e da história, são passíveis de alteração.

> Todos podem ver que a diferença entre homem e mulher é natural, ao passo que a diferença lingüística é social ou histórica. Tanto isso é verdade que um homem não pode se transformar em mulher e vice-versa (senão em caso excepcionais), mas um homem pode falar duas ou mais línguas, podendo até mesmo ocorrer que num certo período da vida tenha falado uma língua e num outro período passe a falar uma língua diversa. BOBBIO (2002, p. 112)

Analisando as premissas e conceitos expostos neste capítulo, pode-se ter uma base da natureza do preconceito, para que na próxima etapa haja um aprofundamento quanto ao preconceito direcionado à mulher.

4 A MULHER CONTEMPORÂNEA E A DISCRIMINAÇÃO

As diferenças naturais entre homens e mulheres são evidentes, físicas e biológicas. Porém, essas diferenças entre homens e mulheres acabaram por se transformar em estereótipos que derivam dos costumes, das ideologias de uma

sociedade, ou seja, "uma desigualdade natural foi agravada pela superposição por uma desigualdade criada pela sociedade" (BOBBIO, 2002 p.113).

A mulher, ao longo da história - e ainda hoje - tem que lidar com o estereótipo criado pela sociedade, de que é um ser frágil e inferior aos homens, de que seu dever não passa de cuidar do lar, marido e filhos, mesmo representando, na realidade populacional brasileira, um contingente maior.

Ainda na sociedade atual, nos deparamos com a discriminação disfarçada em estereótipos de beleza, por exemplo, e de símbolos sexuais, como são os que a mídia impõe.

O art.2º da Declaração dos Direitos Humanos, que condena qualquer tipo de descriminação, inclusive o de sexo e raça, propiciou às mulheres a oportunidade de se imaginarem diferentes e de começarem a desenvolver mudanças na sociedade através de suas lutas.

Como ensina BOBBIO (2004, p.51):

> os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

A discriminação em geral e a para com a mulher em particular afronta um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana. Isso porque, se um indivíduo é privado de seus direitos, ou enfrenta em sua vida discriminações que restrinjam até sua liberdade há um claro sinal que os fundamentos, princípios e direitos fundamentais do ordenamento jurídico pátrio estão sendo demasiadamente desrespeitados.

Atualmente tanto nas relações sociais amparadas pelo direito quanto nos processos onde os princípios se fazem cada vez mais presentes é necessário que estes mandados de otimização sejam efetivados e implementados em toda sua extensão.

Exige-se tal atuação para que o Estado cumpra com seus objetivos: igualdade, liberdade, fraternidade, dignidade de toda pessoa humana e também a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

própria democratização e constitucionalização de todos os direitos, relações sociais e esferas de poder.

Considerando essa constante democratização, segundo KELSEN (2003, p.181), o controle constitucional deve ser reforçado. Para isso a jurisdição constitucional é de extrema importância, pois ela "*é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria*", auxiliando na manutenção da prevalência dos preceitos constitucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade em qualquer âmbito é fundamento nescessário para a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de direito. Tal igualdade, contudo, não é absoluta, pois certas diferenciações entre as pessoas devem ser feitas, na medida das desigualdades enfrentadas.

Ensina ÁVILA (2010, p.147):

> A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restriçao ecxessiva de qualquer direito fundamental.'

Pode-se constatar que mesmo com as grandes mudanças realizadas em consequência da luta em relação à condição e o papel da mulher na sociedade, a discriminação ainda é uma constante, não apenas na forma de violência doméstica, mas na exposição midiática de estereótipos de beleza, gerando violência psicológica nas mulheres que porventura não se encaixem no padrão estabelecido.

A sociedade em geral, homens e mulheres, deve ter em mente que as diferenças naturais se mostram cada vez menos importantes num mundo de tecnologia, sendo a esfera de poder transferida da força física para o conhecimento e, neste último aspecto, não há qualquer fragilidade ou desigualdade a distinguir os sexos.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. L'età dei Diritti/Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Elogio dela mitezza e altri scritti morali/Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 11 set. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** comentários aos artigos 1º e 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SÚMULA 381 DO STJ: É POSSÍVEL QUE EXISTA SÚMULA "CONTRA LEGEM" NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

ALEXANDRE PEREIRA SALES: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção. Pós-graduado em Gestão de Polícia Civil pela Universidade Católica de Brasília.

RESUMO: A súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça determina que "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". Questiona-se se essa súmula é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Após exposição dos fundamentos legais (artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, ambos da Constituição Federal de 1988; artigos 1º, 4º, inciso I, 51, inciso IV, todos do Código de Defesa do Consumidor; parágrafo único do artigo 168 do Código Civil brasileiro de 2002), jurisprudencial (súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça) e doutrinário, concluiu-se que a súmula 381 do STJ é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, "contra legem". Indicou-se, ainda, uma tendência de superação da referida súmula.

Palavras-chave: Súmula 381 do STJ; "contra legem"; ordenamento jurídico brasileiro.

1. O QUE DIZ A SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

Sabidamente o sistema jurídico brasileiro possui matriz romana, baseado fundamentalmente na lei – *civil law*. No entanto, de algumas décadas para cá, vem sofrendo grande influência do sistema da *common law*, em que os julgados possuem grande destaque no ordenamento jurídico, aqui também compreendidas as súmulas, sejam elas vinculantes ou não.

O objetivo do presente ensaio é debater e, ao final, concluir sobre a possibilidade de existir súmula *contra legem* no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a situação da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

Eis, então, o conteúdo da aludida súmula: "**Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas**". Vale

frisar que a súmula 381 foi editada no dia 22/04/2009, ou seja, há mais de 10 anos, sendo uma das mais contestadas da atualidade.

2. CONTRATOS BANCÁRIOS

A noção de contrato remonta à própria existência do ser humano, surgindo a partir da troca de relações em sociedade.

Assim como o Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 também não conceituou contrato. Nessa senda, fazendo uso dos escólios do professor Flávio Tartuce, podemos entender que contrato "é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios. [...] Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a função social e econômica e os bons costumes. Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial*". (destaque no original).

Dentre as várias espécies de contrato, estão os contratos bancários, ajuste de vontade de suma importância para o desenvolvimento das atividades empresariais, civis e consumeristas.

No Brasil, a atividade bancária é regulada pela Lei nº 4.595/1964. De acordo com o artigo 17 do referido diploma legal, "consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros".

Diante do que foi exposto até agora, o mestre André Santa Cruz conclui que "contratos bancários são aquelas modalidades contratuais formalizadas pelos bancos no exercício da atividade bancária, ou seja, com a finalidade de coletar, intermediar ou aplicar recursos junto aos agentes econômicos". Referido professor chama a atenção para importante detalhe: "Perceba-se que nos contratos bancários

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sempre estará presente um banco, mas isso não significa que todo contrato firmado por um banco mereça a qualificação de contrato bancário. Só receberão essa qualificação aqueles contratos (i) firmados por bancos e (ii) que se insiram no conceito de atividade bancária".

Os contratos bancários podem ser divididos em típicos e atípicos. Típicos são os que têm por objeto atividade bancária propriamente dita (relacionada com crédito). Atípicos, por outro lado, são os que têm por objeto prestação de serviços acessórios, como, por exemplo, o aluguel de cofre para a guarda de valores. Os contratos bancários típicos ainda se subdividem em próprios e impróprios. Nestes, a presença de uma instituição financeira não se faz necessária, ao passo que naqueles, em um dos polos necessariamente estará uma instituição financeira.

Dando seguimento a este tópico, não sendo objeto do presente ensaio o estudo aprofundado das espécies de contratos bancários, a título de exemplo citamos: mútuo bancário, desconto bancário, abertura de crédito bancário e depósito bancário.

3. PRECEDENTES QUE DERAM ORIGEM À SÚMULA 381 DO STJ

Conforme já dito, a súmula 381 do STJ foi editada no dia 22/04/2009. No entanto, como geralmente acontece antes da edição de uma súmula, o assunto é (ou deveria ser) exaustivamente debatido no Tribunal. Sendo assim, peço *venia* para transcrever trechos de dois precedentes que deram origem à citada súmula:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL – JULGAMENTO EXTRA PETITA CONFIGURAÇÃO – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCUÁRIA – NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS – DECLARAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS – INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – CONTRATO FIRMADO POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DA MP Nº 1.963.17/2000 – COBRANÇA – POSSIBILIDADE – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – LICITUDE NA COBRANÇA, DESDE QUE NÃO CUMULADA COM JUROS REMUNERATÓRIOS, CORREÇÃO

MONETÁRIA OU ENCARGOS DA MORA – MORA DEBENDI – OCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DO DEVEDOR NA POSSE DO BEM FINANCIADO – IMPOSSIBILIDADE – INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES – LEGALIDADE – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – POSSIBILIDADE – PROVA DO ERRO – DESNECESSIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Tendo o Órgão prolator da decisão recorrida proferido julgamento extra petita – porquanto enfrentou questões atinentes a direito patrimonial, que não constituíram objeto de insurgência – devem ser afastadas as disposições ex officio relativas à exclusão da taxa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de boleto bancário, à nulidade da cláusula de emissão de título de crédito e à autorização dos depósitos.

(Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 1006105/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região, Publicação DJe: 29/09/2008).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões:

[...]

ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO **É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários**. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

[...]

(Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Recurso Especial nº 1061530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Publicação DJe: 10/03/2009). (grifei).

Destaco também o seguinte precedente, originário de Santa Catarina:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. INADMISSIBILIDADE. COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. TAXA REFERENCIAL. LEGALIDADE.

I – Embora incidente o Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, não se admite a revisão, de ofício, das cláusulas contratuais consideradas abusivas.

II – A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

III – Os juros pactuados em taxa superior a 12% ao ano não são considerados abusivos, exceto quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, hipótese não ocorrida nos autos.

IV – É permitida a capitalização anual dos juros nos contratos bancários.

V – É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros moratórios, multa contratual ou juros remuneratórios, calculada à taxa média de mercado, limitada, contudo, à taxa contratada.

VI – É legítima é a utilização da Taxa Referencial como índice de atualização, desde que pactuada no contrato. Proíbe-se o seu uso somente como substitutivo de índices já existentes, em ajustes que não a previam.

Agravo improvido.

(Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg no REsp nº 782.895/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, Publicação DJe: 01/07/2008). (grifei).

O enunciado 381 do STJ e os precedentes que lhe deram sustentação não deixam margem a outra interpretação: É vedado ao julgador, nos contratos bancários, conhecer de ofício da abusividade das cláusulas.

4. O QUE DIZ O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (o julgador pode ou não conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas dos contratos bancários)?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme deve ser feito em todo estudo jurídico, começaremos a análise pela Constituição Federal brasileira. Logo no capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988 (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), seu artigo 5º, inciso XXXII, dispõe que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Mais à frente, o artigo 170, inciso V, da Carta Magna, estabelece que a ordem econômica brasileira deverá observar o princípio da defesa do consumidor, não deixando dúvidas de que a proteção do consumidor é tratada pelo texto constitucional como direito fundamental de grande envergadura. Por fim, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determina que "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor".

Nessa toada, a lei que dá concretude ao inciso XXXII, artigo 5º do texto constitucional e ao artigo 48 do ADCT é o conhecido Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), legislação esta digna de elogios, pois, além da sua capacidade de síntese (formada por 119 artigos), ficou afamada por sua qualidade técnica, sofrendo poucas reformas em quase 30 (trinta) anos de sua existência.

Logo no seu primeiro artigo, o CDC deixa claro que suas normas possuem caráter cogente, sendo indisponíveis, irrenunciáveis: "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias".

Podemos afirmar que a razão de existir do Código de Defesa do Consumidor é a vulnerabilidade do consumidor. Para Felipe Peixoto Braga Netto:

> A vulnerabilidade do consumidor fundamenta o sistema de consumo. É em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retornar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor. [...]. Já a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta. Todo consumidor é vulnerável, por conceito legal. A vulnerabilidade não depende da condição econômica, ou de quaisquer contextos outros. [...]. No Brasil – como veremos mais à frente,

> no Capítulo IV, tópico 6 -, a situação de vulnerabilidade da pessoa física (consumidora) é presumida, ao passo em que a vulnerabilidade da pessoa jurídica (consumidora) deverá ser demonstrada no caso concreto. Isso não colide com a afirmação que fizemos de que todos os consumidores são vulneráveis. Se a vulnerabilidade da pessoa jurídica não for demonstrada, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não de consumo.

Mais adiante, em seu artigo 51, inciso IV, o CDC assenta ser **nula** de pleno direito a **cláusula contratual** relativa ao fornecimento de produtos e serviços **que estabeleçam obrigações** consideradas iníquas, **abusivas**, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Também não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, pois, como pessoa jurídica prestadora de serviço que é, se enquadra no conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC. Tal entendimento restou consolidado na súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Nessa mesma linha de pensamento, é possível afirmar que os contratos bancários firmados pelas instituições financeiras são, em sua esmagadora maioria, contratos de adesão, e, em assim sendo, é ainda mais comum a presença de cláusulas abusivas. O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, traz o conceito legal de contrato de Adesão na relação de consumo: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Podemos nos valer também do conceito apresentado pela professora Ana Prata, a qual define o contrato de adesão "como aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato".

Soma-se a isso o que prevê o parágrafo único do artigo 168 do Código Civil brasileiro de 2002: "**As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas**, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes" (grifei).

Ainda que em sede de Teoria Geral dos Contratos de Direito Civil, destaca o professor Cristiano Chaves de Farias a evolução da doutrina dos contratos: "Na segunda metade do século XIX e, sobretudo, no século XX, aparecem reações contra a concepção individualista e liberal da teoria dos contratos: (a) os abusos da liberdade contratual são denunciados por pensadores socialistas como Comte, Saint-Simon e Karl Marx, que se insurgem contra a ausência total de proteção dos fracos; (b) não apenas no direito social, mesmo o indivíduo isolado vê a sua liberdade cada vez mais limitada por contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais".

Desta feita, a Constituição determina a defesa do consumidor (artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V); o Código de Defesa do Consumidor diz ser norma de ordem pública (artigo 1º), portanto de caráter cogente, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, inciso I); a súmula 297 do STJ afirma ser aplicável às instituições financeiras o CDC; o Código Civil autoriza o juiz a conhecer as nulidades de ofício (parágrafo único do artigo 168). E como se explica a existência da súmula 381 do STJ?

Não há como negar que a existência e persistência da súmula 381/STJ causam estranheza e perplexidade a este eterno estudante de Direito. Consoante demonstrado, os fundamentos jurídicos caminham em posição diametralmente oposta à firmada pelo referido enunciado do STJ, sendo forçosa a conclusão de que a súmula ora em comento é sim "contra legem".

Deve-se aqui fazer uso da Teoria do Diálogo das Fontes (quando haja simultânea incidência de diferentes diplomas normativos, todos aptos a regular, ainda que parcialmente, o assunto), harmonizando as previsões constitucionais, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil brasileiro quanto à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

possibilidade de o julgador reconhecer de ofício a nulidade de cláusula abusiva em contratos bancários.

5. TENDÊNCIA DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA 381 DO STJ

Destaco que a súmula 381/STJ seria reanalisada pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso repetitivo - REsp 1.465.832/RS, em 22/03/2017. Porém, por maioria de votos, os ministros da 2ª Seção da referida Corte Superior decidiram continuar analisando a controvérsia caso a caso, ao invés de fixar uma tese a ser seguida pelo Judiciário brasileiro. Na citada data, o REsp 1.465.832/RS foi desafetado como recurso repetitivo.

A proposta do relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, visava adequar a súmula ao artigo 10 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual "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".

Desse modo, pela proposta do Ministro Sanseverino, a súmula ficaria com o seguinte teor: "Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição".

Acreditamos haver uma tendência de superação da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Soma-se a todos os fundamentos jurídicos apontados a inclinação da doutrina na defesa do Princípio da Função Social dos Contratos, em especial, aqui, em sua eficácia interna, no aspecto "proteção dos vulneráveis contratuais". Assim, entendemos não existir espaço atualmente para sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.006.105/RS. Relator(a): Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região. Julgamento: 12/08/2008 Órgão Julgador: STJ T4 – QUARTA TURMA Publicação DJe: 29/09/2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.061.530/RS. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 22/10/2008 Órgão Julgador: STJ S2 – SEGUNDA SEÇÃO Publicação DJe: 10/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 782.895/SC. Relator(a): Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 19/06/2008 Órgão Julgador: STJ T3 – TERCEIRA TURMA Publicação DJe: 01/07/2008.

BRAGA NETTO, FELIPE PEIXOTO. Manual de Direito do Consumidor. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 57/59.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil: volume único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.033.

PRATA, Ana. Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Coimbra: Almeida, 2010, p.17.

SANTA CRUZ, André. Direito Empresarial. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018, p. 682.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 550.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THIAGO RABÊLO VIANA DA COSTA: Advogado. Bacharel em Direito (UFPE). Pós-Graduação em Direito Tributário (LFG UNIDERP ANHANGUERA).

RESUMO: O artigo pretende apresentar um estudo a respeito dos limites objetivos da coisa julgada, tendo por norte o disposto no Código de Processo Civil de 2015, notadamente quanto à aplicabilidade dos tradicionais postulados do instituto em face das chamadas questões prejudiciais incidentais. A abordagem tem por parâmetro os estudos doutrinário e legislativo sobre o tema, de modo a apresentar toda amplitude do assunto e sua importância. Ao final, o texto virá a consagrar o entendimento de que as mudanças perpetradas pelo legislador do CPC foram salutares para reforçar a importância da coisa julgada para garantia da segurança jurídica do ordenamento.

Palavras-Chave: Coisa Julgada. Questão Prejudicial Incidental. Código de Processo Civil.de 2015.

ABSTRACT: The article intends to present a study about the objective limits of the res judicata, having as a guideline the provisions of the Civil Procedure Code of 2015, notably regarding the applicability of the traditional postulates of the institute in the face of the so-called incidental questions. The approach has as a parameter the doctrinal and legislative studies on the subject, in order to present the full scope of the subject and its importance. In the end, the text will consecrate the understanding that the changes perpetrated by the CPC legislator were salutary to reinforce the importance of the thing judged to guarantee the legal certainty of the order.

Keywords: Judged Thing. Incidental Harmful Question. Civil Procedure Code 2015.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. A COISA JULGADA ENQUANTO FENÔMENO PROCESSUAL E A ABORDAGEM DO CPC DE 2015. 2.2. TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL E COISA JULGADA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho representa um estudo a respeito do tratamento conferido ao fenômeno processual da coisa julgada pelo Novo Código de Processo Civil, notadamente quanto à discussão a respeito dos respectivos limites objetivos em face das questões prejudiciais incidentais, com base nas novidades introduzidas pelo Código.

A coisa julgada no Novo CPC se apresentou com outras características e peculiaridades, as quais já vinham sendo abordadas pela jurisprudência e por parte dos estudiosos do Direito Processual Civil.

O código ampliou o objeto de estudo do tema, o qual, em definitivo, não mais se circunscreve, apenas, como um efeito processual que recai sobre a sentença, posto haver outros tipos de decisões aptos a formar coisa julgada.

De início, o estudo dirá respeito à análise da natureza jurídica da coisa julgada, e de seu respectivo regime jurídico, demonstrando todo o embate do pensamento jurídico contemporâneo a respeito do tema.

Em mais um tópico de estudos, a sequência do texto fará menção à teoria da cognição judicial, a qual deve explicitar quais são as tipologias e espécies de questões e decisões a ocorrerem no curso do processo, posto que tal análise implica na escolha da modalidade de coisa julgada a incidir sobre o objeto litigioso, de acordo com a sistemática do vigente diploma processualista.

Serão tratadas as questões prejudiciais e como as mesmas passaram a se relacionar com a garantia de estabilidade e segurança jurídica das decisões.

Por fim, restará expressa a conclusão do texto, na qual haverá breves comentários a respeito do objeto de estudo posto em análise, de forma a finalizar a abordagem da temática em sua completude.

2. **DESDENVOLVIMENTO**

2.1 A COISA JULGADA ENQUANTO FENÔMENO PROCESSUAL E A ABORDAGEM DO CPC DE 2015

A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu artigo 5º, XXXVI, Capítulo I, do Título II, que a lei não poderá vir a prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.

Além disso, o artigo 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), também protege a coisa julgada de eventuais mudanças legislativas, vindo o §3º a expor o conceito de coisa julgada como a decisão judicial não mais sujeita a recurso.

Esse é o panorama apresentado pelas normas basilares do ordenamento jurídico brasileiro, tratando a coisa julgada como uma garantia de segurança jurídica das relações sociais, e protegendo os interesses dos litigantes em face de alterações de entendimento do legislador.

De outro prisma, o artigo 502 do CPC declara a coisa julgada material como uma autoridade da decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Essa é a conceituação dada pelo diploma normativo do direito processual civil.

Contudo, o termo "autoridade" não revela a intensa celeuma doutrinária que ainda se manifesta entre os estudiosos a respeito do verdadeiro significado e alcance da expressão coisa julgada; alguns entendem tratar-se de um efeito da decisão, outros a enquadram como uma espécie de qualidade dos efeitos da decisão, e, por último, uma terceira corrente a conceitua como uma espécie de situação jurídica incidente sobre a parte dispositiva do conteúdo da decisão.

A posição majoritária da doutrina defende o segundo dos entendimentos citados, tendo por base de fundamentos o magistério de Enrico Tuilio Liebman. Seguindo o processualista italiano, a imutabilidade e a impossibilidade de discussão a respeito dos comandos da decisão caracterizam a qualidade da coisa julgada. Senão, veja-se o teor do ensinamento sobre coisa julgada:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *esta expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem todos eles uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem, porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e de sentido* (LIEBMAN, 1945, p. 15-16, *apud* MARINONI; ARENHART, 2013, p. 6354-635)

Todavia, não são poucas as críticas ao entendimento.

A prevalecer a tese da qualidade da decisão, estar-se-ia descartando a possibilidade de as próprias partes, posteriormente, por si mesmas, virem a firmar acordos em negócios jurídicos, a respeito de direitos disponíveis, nos quais decidam por estabelecer efeitos diversos aos decididos em sentença. É o caso típico do novo casamento promovido por pessoas que antes se divorciaram por via de uma sentença constitutiva.

Se a qualidade da decisão impossibilitasse qualquer mudança de parâmetro da discussão sobre o tema objeto da análise judicial, a coisa julgada tornaria cristalizadas iniciativas posteriores das partes a respeito dos temas discutidos.

Desse modo, a terceira das correntes mencionadas defende que a coisa julgada incida sobre o conteúdo da própria decisão, tratando-se de uma condição jurídica que a lei faz incidir sobre o objeto da demanda.

A norma jurídica se mostra indiscutível e imutável; quer dizer, a resposta ao pleito jurídico relativo àquele caso concreto é que se solidifica como solução jurídica, não se tratando de um efeito externo amplo e irrestrito a imobilizar qualquer iniciativa posterior das partes.

O comando jurídico é imutável pelo aporte a coisa julgada, o conteúdo da decisão ganha um substrato de exigibilidade, garantindo ao autor da demanda eventual satisfação de seu direito, mas não se pode dizer que as partes perderam qualquer poder de agir sobre o tema objeto da demanda; podem ainda realizar atos e ações em contradição com o que fora decidido em juízo.

Em suma, o comando da decisão é imutável, existe a norma jurídica produzida pelo magistrado para o caso concreto, mas os interessados não perdem, por completo, o poder de dispor sobre o direito (NEVES, 2016, p. 797-798).

Por fim, a primeira das três correntes citadas qualifica a coisa julgada como efeito da decisão, devendo os efeitos do fenômeno processual incidir sobre o comando declaratório do juiz, no qual há o reconhecimento pelo magistrado do direito ou situação jurídica em análise.

Tendo por base ensinamentos do direito alemão, a certeza jurídica viria a se circunscrever sobre a declaração do direito, com base na situação fática específica apresentada em juízo. Nesse caso, as partes poderiam tratar a respeito de direitos disponíveis de forma diversa, posteriormente.

De todo modo, a celeuma doutrinária não mais tumultua a ideia aceita por grande parte dos estudiosos a respeito da existência de uma parte declaratória em cada pronunciamento decisório, os quais apresentam certo grau de imutabilidade assegurado pelo ordenamento jurídico, a menos que os litigantes desejem firmar acordos e negócios jurídicos sobre direitos disponíveis, em sentido diverso, expressando sua vontade livre e consciente (NEVES, 2016, p.798) .

Nesse sentido, surgem os conceitos de coisa julgada formal e material; a primeira significa a impossibilidade de discussão e modificação do objeto cognitivo no âmbito do mesmo processo no qual o caso antes fora analisado, assemelhando-se a uma preclusão, e a segunda importa em uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

espécie de projeção dos efeitos da decisão para fora do processo, impossibilitando que outra decisão seja tomada em contradição à primeira.

Em resumo, mesmo em face às inúmeras contradições e objeções doutrinárias, parece haver um certo entendimento uniforme de que a coisa julgada favorece a segurança das relações jurídicas, permitindo aos jurisdicionados o alcance de resoluções de casos e conflitos com certo grau de definitividade, a despeito de nãos ser vedado aos litigantes tutelar de forma distinta alguns dos efeitos jurídicos decorrentes das decisões judiciais.

Outrossim, o teor dos artigos do CPC a respeito do fenômeno coisa julgada não mais circunscreve e limita a amplitude dos efeitos do instituto ao conteúdo das conclusões adotadas em dispositivos de sentenças, ao cabo de um procedimento de instrução inteiro.

As ideias refratárias à ampliação dos efeitos da coisa julgada para outros pronunciamentos, em síntese, defendiam a prevalência do princípio dispositivo, pois não poderia o magistrado decidir sobre algo não solicitado expressamente pelas partes (MARINONI, 2016).

A contrário, o CPC abraça a ideia clara de valorização da amplitude de toda a atividade processual, pois desconsiderar a validade de decisões prejudiciais pode desqualificar e desacreditar a própria autoridade do Poder Judiciário (MARINONI, 2016).

Devem as prejudiciais ostentar o mesmo signo presuntivo das sentenças acobertadas pela coisa julgada, seja se considerada esta última uma qualidade do conteúdo da decisão, uma qualidade em si mesma concretizada, ou mesmo um simples efeito processual, como visto.

Nesse sentido, decidir pela validade de um contrato em um processo, e, em momento posterior, considerar o mesmo inválido, dispondo do mesmo conjunto fático probatório, e no curso de outro processo com idênticas partes, apenas dificultaria a assunção pelo Poder Judiciário de sua própria atividade de pacificação dos conflitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A função jurisdicional, pois, não se esgota na determinação da resposta constante no dispositivo da sentença.

Portanto, as questões prejudiciais decididas de forma incidente do processo passam a ostentar o selo de segurança jurídica conferido pela coisa julgada, fato a propiciar maior uniformidade da atividade judicante.

A despeito das polêmicas e divergências apresentadas, a coisa julgada ainda representa um valor de mínima garantia para a estabilidade das decisões, de modo a que todo o regime aqui apresentado deve agora abarcar as questões prejudiciais de caráter incidente. Esse o desejo do CPC.

2.2 TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL E COISA JULGADA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Vistos os contornos da coisa julgada, é preciso enquadrá-los na discussão a respeito dos limites da atividade cognitiva promovida em juízo, em consonância com os dizeres legais a respeito da coisa julgada sobre questões prejudiciais do CPC.

A atividade cognitiva do magistrado durante toda a marcha processual abrange a análise de diversos tipos de fatos jurídicos processuais que compõem o objeto da demanda.

Com base, por certo, na problemática apresentada pelo novo código, um novo regime de coisa julgada deve abranger as questões anteriores ou precedentes da análise do mérito.

De certo, o objeto do processo não se resume ao objeto de julgamento, podendo haver questões tratadas de forma incidental de caráter prévio ou preliminar ao julgamento do mérito, das quais derivará uma cognição própria do juiz.

O artigo 503, §1º, do CPC, dispõe que a questão prejudicial incidental poderá sofrer os efeitos da coisa julgada se: a) de sua resolução depender o julgamento do mérito; b) houver contraditório prévio e efetivo a seu respeito, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se aplicando em caso de revelia; e, por fim, c) desde que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Nesse sentido, relativo à anterioridade ou antecedência, o grande processualista José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 75, *apud* DIDIER JR, 2015, p. 440-442) adota uma classificação respeitada pelos estudiosos da disciplina, havendo o que se chama de questões prévias, as quais são classificadas em questões preliminares e questões prejudiciais.

As preliminares funcionam como verdadeiros requisitos mínimos à análise posterior de outra questão, e estabelecem espécies de impedimentos à continuidade da ação jurisdicional, se desrespeitadas, ou autorizam o magistrado a prosseguir o julgamento de outro fato processual, se respeitadas. Exemplos são os pressupostos processuais e as preliminares do recurso.

Por outra via, prejudicial é a questão capaz de interferir no conteúdo do pronunciamento de outra. Nas palavras do autor, a interferência da prejudicial se dá no modo de ser da questão principal, no teor mesmo de outra decisão.

Diz-se que, ao contrário das preliminares, as prejudiciais podem ser objeto de Ação Declaratória Incidental.

Por certo, o CPC demonstra haver coisa julgada sobre as questões ditas prejudiciais, as quais podem influenciar o ato decisório final do processo, pois interferem no encadeamento lógico da cognição judicial.

As questões prejudiciais aptas à formação da coisa julgada podem ser entendidas como um fato jurídico decidido no bojo do processo capaz de gerar efeitos jurídicos próprios (MARINONI, 2016).

Vale salientar, o novo regime especial do Código se estende à questão prejudicial decidida em incidentes no curso do processo; existem outras questões prejudiciais sobre as quais o magistrado se pronuncia em caráter principal, ou seja, no momento de finalizar a atividade cognitiva (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p- 601- 613).

Sobre estas últimas, as prejudiciais decididas em caráter principal, e conhecidas por parte de doutrinadores como *causas prejudiciais* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p- 601- 613), vai incidir a mesma formação da coisa julgada aplicável aos pedidos principais da demanda.

Como afirma a doutrina especializada (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 613): *a questão prejudicial, para o fim do §1º do art. 503 do CPC, é a relação jurídica ou autenticidade/falsidade de documento que se mostrem prejudiciais à solução da relação jurídica litigiosa.*

Além das questões prejudiciais, existem as questões principais, as quais devem ser resolvidas como objeto de julgamento da atividade do juiz, pois sobre elas, de fato, a parte deseja uma resposta por parte do sistema judicial (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p- 601- 613).

O artigo 503, *caput,* do CPC, aborda a coisa julgada da questão principal, a qual deve receber o tratamento de solução *principaliter* da ação, formando, assim, o objeto de julgamento. Sobre a questão principal, passou a incidir o regime comum da coisa julgada (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p- 601- 613) .

A opção legislativa do CPC, pois, reside no aumento da segurança jurídica propiciada pelo pronunciamento judicial, pelo que a estabilidade do tema decidido não mais se circunscreve ao objeto final da tutela.

A racionalidade e a economia processuais já impunham aos operadores do direito o dever de enfrentar as questões prejudiciais incidentais no curso de demandas diversas, sem que houvesse, antes do diploma vigente, maior garantia a respeito da abrangência do pronunciamento judicial que as decidiam.

Por certo, a mudança perpetrada pelos organizadores do Código veio a suprimir tal lacuna, tornando a coisa julgada uma salvaguarda de pronunciamentos outros ditados no curso do processo.

Ademais, conforme preceitua o enunciado nº 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) : *"A análise da questão prejudicial*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

incidental, desde que preencha os pressupostos do art. 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento".

Quer dizer, o magistrado decidirá a respeito da questão prejudicial incidental, de forma independente do pedido da parte. O conteúdo da mesma, como questão prévia prejudicial e não preliminar, tem aptidão para influenciar o julgamento do objeto litigioso do processo.

Ressalte-se, todavia, a questão prejudicial pode vir a não ser escolhida pelo magistrado no bojo de sua fundamentação para justificar a resposta ao caso.

A depender da valoração de outros fundamentos, o juiz dispõe da liberdade de escolha frente a fatos apresentados durante instrução processual. De qualquer modo, ocorrerá a coisa julgada nos moldes do artigo 503, §1º, do CPC, se os requisitos legais para a formação da prejudicialidade restarem atendidos.

Quer dizer, julgador pode valorar a questão prejudicial, entendendo que sua conclusão não deve preponderar no julgamento da procedência do pedido decidido em sentença. Não importa; mesmo assim, há coisa julgada material (NEVES, 2016, p. 797-798) .

Além disso, o §2º, do artigo 503, do CPC, garante que a formação da coisa julgada material, no caso da prejudicialidade em análise, não se formará sobre questão decidida no curso de procedimentos com restrições probatórias ou limitações à cognição.

Por conseguinte, garante-se ao jurisdicionado a segurança da coisa julgada material apenas nos casos de adequação a procedimentos permissivos a tanto.

3. CONCLUSÃO.

O diploma processualista de 2015 apresentou ao mundo jurídico verdadeira inovação, sobre a qual já debatiam intensamente os estudiosos e aplicadores do direito.

A coisa julgada formada sobre questão prejudicial de caráter incidental veio a colmatar uma lacuna presente no sistema, permitindo uma garantia maior de estabilidade das relações jurídicas, pois, incontestavelmente, a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais é um valor que merece guarida por parte de qualquer sistema jurídico.

As questões prejudiciais, mesmo se decididas no curso do processo, e, distantes, pois, do provimento da sentença, podem receber a salvaguarda da coisa julgada material.

Trata-se, de fato, de um novo dever atribuído à atividade judicial, devendo as partes e postulantes do processo tratar cada um de seus pleitos de forma mais cuidadosa, apresentando argumentos pertinentes e adequados, pois, a despeito de a cognição judicial ainda privilegiar o objeto litigioso da demanda, assuntos tratados no curso da causa estão aptos a receber a proteção da coisa julgada e a influenciar os resultados de outros processos.

É notável, os valores da celeridade e economia processuais foram privilegiados pelo legislador ordinário, e, assim, o sistema jurídico ganha mais um mecanismo capaz de fazer cumprir as promessas da Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXXVII (razoável duração do processo).

Por fim, como demonstrado do longo do texto, a extensão da coisa julgada material à questão prejudicial de mérito demonstra o respeito pelo legislador ao princípio da segurança jurídica, uma garantia de sublime importância para o Estado de Direito.

4. BIBLIOGRAFIA

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.1;

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil.* 13. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. V. 2;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sério Cruz. *Processo de Conhecimento*. 11. ed. São Paulo: RT, 2013;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Sobre Questão, Inclusive em Benefício de Terceiro.* Revista de Processo. Vol. 259/2016. p. 97-116. Set/2016. DRT\2016\22770. Thompson Reuters;

MOREIRA, Barbosa. *Questões Prejudiciais e Questões Preliminares*. Em: Direito processual civil – ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único.* 8. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POLÍTICA URBANA E DIREITO À CIDADE: ACEPÇÕES, CONCEPÇÕES E INTER-RELAÇÃO

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG) e membro da Comissão Própria de Avaliação (CPA). É Pesquisador discente do corpo Técnico-científico do Observatório UniFG do Semiárido Nordestino (Iniciação Científica - IC), também integra o Núcleo de Pesquisa de Direito à Cidade no Semiárido (DGP/CNPq); Participa como discente pesquisador do SerTão - Núcleo Baiano de Direito & Literatura (DGP/CNPq) ambos no âmbito da (UniFG). Pertence à Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar considerações analíticas sobre as acepções e concepções que envolvem as expressões: Política Urbana e sua inter-relação com o Direito à Cidade. O tema em comento, além de ser atual, possui diversos embates, e conceitos aleatórios, variando de texto e contexto, o que necessariamente tornou-se a motivação para o presente estudo. Para atingir o objetivo proposto nesta pesquisa foi realizada uma revisão bibliográfica, na qual cruzou-se os ideários propostos por Henri Lefebvre (1968) criador da expressão de Direito à Cidade, bem como da Constituição Federal (1988) e do Estatuto da Cidade (2001). Como resultado desse estudo há o entendimento de que as Funções Sociais da cidade estão intimamente ligadas aos direitos fundamentais sociais, e por tanto, permeadas entre a Política Urbana e o Direito à Cidade.

Palavras-Chave: Direito da Cidade; Estatuto da cidade; Função social da cidade.

ABSTRACT: This paper aims to carry out analytical considerations about the meanings and conceptions that involve the expressions: Urban Policy and its interrelation with the Right to the City. The topic under discussion, besides being current, has several clashes and random concepts, varying from text and context, which necessarily became the motivation for the present study. To achieve the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

objective proposed in this research, a bibliographic review was carried out, in which the ideas proposed by Henri Lefebvre (1968) creator of the expression of the Right to the City, as well as the Federal Constitution (1988) and the City Statute (2001) were crossed. As a result of this study there is the understanding that the Social Functions of the city is closely linked to fundamental social rights, and therefore permeated between Urban Policy and the Right to the City.

Keywords: City law; City statute; Social function of the city.

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade existem diversas discussões, acepções e concepções travadas na seara jurídica, acerca do Direito à Cidade. Uma dessas discussões refere-se à Política Urbana, que ganhou destaque Constitucional com o advento da Carta Magna de 1988, a qual fortaleceu seus preceitos e diretrizes. Nesse prisma, a Política Urbana tornou-se um forte instrumento para auxiliar nos processos inerentes à produção, reprodução e expansão do espaço urbano no contexto brasileiro (BRASIL, 1988).

Em função disso, objetivando atender e consubstanciar às determinações constitucionais de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes bem como o direito à cidades sustentáveis (BRASIL, 1988). Gradativamente instaurou-se no Brasil um processo de criação e consolidação de legislações que consubstanciam o Direito da Cidade (PEREIRA-CLEMENTE, 2013).

Nesse contexto, surge o Estatuto da Cidade, tornando-se a principal legislação que visa servir-se de aparato normativo para construção de ideários sobre a cidade, objetivando verificar os processos que perpassam pela malha urbana (BRASIL, 2001). Nessa perspectiva, o Estatuto da Cidade, descreve implícito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e explicitamente detalhes sobre as acepções do Direito à Cidade e sua correção com os preceitos da Política Urbana (PEREIRA-CLEMENTE, 2013).

Outrossim, verifica-se diversos embates, e distorções sistemáticas sobre os fundamentos e os conceitos que consubstanciam as ideias em torno da Política de Desenvolvimento Urbano ou Política Urbana e sua correção com o Direito à Cidade. Desse modo, tais discussões instigaram à necessidade de realizar apontamentos sobre a temática.

Nessa perspectiva, o presente texto surgiu como desdobramento acerca das concepções, acepções e sobretudo, da inter-relação entre a Política Urbana posta e proposta pela Constituição Federal de 1988 e os ideários sobre o Direito à Cidade propostos por Henri Lefebvre (1968).

Diante disso, salienta-se que a análise proposta nesta pesquisa se dá em função da relevância contida no bojo jurídico-social, isto devido à real necessidade de discorrer sobre a correlação entre os ditames da Política Urbana e o Direito à Cidade realizando os apontamentos essenciais para compreensão das acepções e concepções contemporâneas em volto ao tema.

2 DIREITO À CIDADE: ACEPÇÕES E CONCEPÇÕES

A expressão "Direito à Cidade", foi cunhada inicialmente por Henri Lefebvre, filósofo e sociólogo marxista francês, que na segunda parte do século XX, já construía o entendimento como um acesso renovado à cidade (PEREIRA-CLEMENTE, 2013).

Vale ressaltar que, o Direito à Cidade, está intrinsecamente ligado às pessoas/agentes que produzem e reproduzem o Espaço Urbano. Lefebvre (2016) destaca que os agentes responsáveis por projetar e reprojetar o espaço são agentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

modeladores do espaço. Este pensamento é ratificado por Corrêa (1989), quando conceitua cinco grupos de agentes produtores e modeladores do Espaço Urbano.

Desse modo, ao tratar do uso da expressão Direito à Cidade a reflexão se vê obrigada a redefinir normas, funções e estruturas da cidade, bem como as necessidades sociais inerentes à sociedade urbana. Logo, o Direito à Cidade não deve ser visto sob uma ótica errônea, mas bem, deve ser formulado como "direito à vida urbana, transformada, renovada" (LEFEBVRE, 2016, p. 127).

Em função disso, na busca por uma definição mais coerente e precisa, Lefebvre (2016, p. 147) destaca que "o Direito à Cidade, se manifesta como uma forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar". Nessa perspectiva, considera-se o Direito à Cidade como um aglomerado, forjado por direitos fundamentais essenciais à condição de vida digna na cidade, que em sua essência orienta à Política Urbana (BRASIL, 2001).

Coaduna-se com essas reflexões o pensamento de Pereira-Clemente (2013, p. 164), quando destaca que o Direito à Cidade se constitui como "expressão guarda-chuva, esvaziado de sentido analítico e rigor conceitual, explicitando melhorias a serem desenvolvidas na cidade". Assim, o entendimento acerca do Direito à Cidade passa a ter consistência, sob a égide de ser concebido como uma forma de conjugação dos direitos fundamentais e sociais.

Noutra perspectiva o Direito à Cidade, consubstancia-se basicamente aos direitos possuídos por todos os habitantes da cidade, os quais, dispõe no sentido de usufruir plenamente da vida urbana. Para Pereira-Clemente (2013) a vida urbana contempla as benesses da utilização de todos os serviços sociais e vantagens oferecidas pelas cidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para dinamizar a compreensão, torna-se importante destacar a ideia proposta por Carvalho e Rodrigues (2016, p. 39-40) que traz a concepção de que o Direito à Cidade é uma "expressão que extrapola a mera conceituação jurídica, reunindo tanto elementos de ruptura da ordem social e econômica vigente, quanto da reconstrução política, capazes de produzir cidades mais sustentáveis e justas".

A respeito da expressão, infere-se ainda com Carvalho e Rodrigues (2016), que na atualidade existem categorias de termos e palavras que são consideradas como "na moda" que eventualmente são distorcidas à ideologias diversas. Nesses termos, o Direito à Cidade passa a ser mais um exemplo das expressões chamadas de "plástico"1, tendo em vista que sua utilização e abrangência perpassa por diversos entendimentos nos vários países.

Além disso, outro problema recorrente que envolve a expressão Direito à Cidade está atrelado à confusão entre os termos que incluem o Direito "da" e "à" Cidade. Assim, seria errôneo conceber a ideia de que o Direito à Cidade se confunde etimologicamente com o Direito da Cidade, os quais contemplam e orientam à Política Urbana. Tais elucidações serão tratadas no próximo tópico.

3 A POLÍTICA URBANA ENTRE DOIS DIREITOS

No Brasil, a força motriz para tratar sobre a temática da Política Urbana ganhou respaldo a partir do advento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, outras legislações das cidades foram tecidas, adquirindo um status fundamental como decorrência da norma maior (PEREIRA-CLEMENTE, 2013).

1 Concepção descrita por Carvalho e Rodrigues (2016, p. 39) na obra O Direito à Cidade. De acordo com os autores, a expressão "palavras de plástico" é definida pelo linguista alemão Porksen, para referir-se a expressões que entram "na moda", por se encaixarem em diferentes discursos, sendo utilizada com frequência para temáticas similares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para dar efetividade à questão da Política Urbana, surge como marco histórico, o Estatuto da Cidades, Lei Federal 10.257/2001 que regulamenta o capítulo da Política Urbana em seus arts. 182 e 183, contidos na Carta Magna de 1988. Esta lei traz diversos elementos essenciais à aplicabilidade municipal com o intuito de promover o pleno desenvolvimento das Funções Sociais da Cidade, abordadas pela Constituição de 1988.

Como já mencionado, existem na atualidade diversas discussões sobre a existência ou perseguição por novos direitos. Aqui, pretende-se elucidar a distinção conceitual entre o Direito da Cidade e o Direito à Cidade. Logo, convém destacar de forma preliminar que estes termos não são sinônimos, e tampouco constituem uma unidade.

Nessa perspectiva, com o propósito de trazer apontamentos válidos, continua-se a discussão sobre a expressão Direito à Cidade, evocando-se o conceito de Carvalho e Rodrigues (2016, p. 46 - 47), os quais relatam em um primeiro momento, que não se trata de um conjunto de "normas e princípios que regem as relações sociais no âmbito citadino, delimitando sua organização espacial, as regras de conduta, o funcionamento das instituições os mecanismos de participação popular, etc. Estes aspectos se referem ao Direito Urbanístico".

Em função disso, importante destacar que o termo Direito da Cidade, este sim, está atrelado ao ramo do direito urbanístico, visto que ambos conotam a ideia de regras e princípios próprios que norteiam à Política Urbana. Pereira-Clemente (2013, p. 163) relata que isto procede dos "fundamentos inerentes à função social das cidades que persegue a eficiência do Direito da Cidade".

Nessa perspectiva, o Direito Urbanístico ou Direito da cidade, tem por finalidade estabelecer diretrizes fundamentais para o Uso e Ocupação do Solo, bem

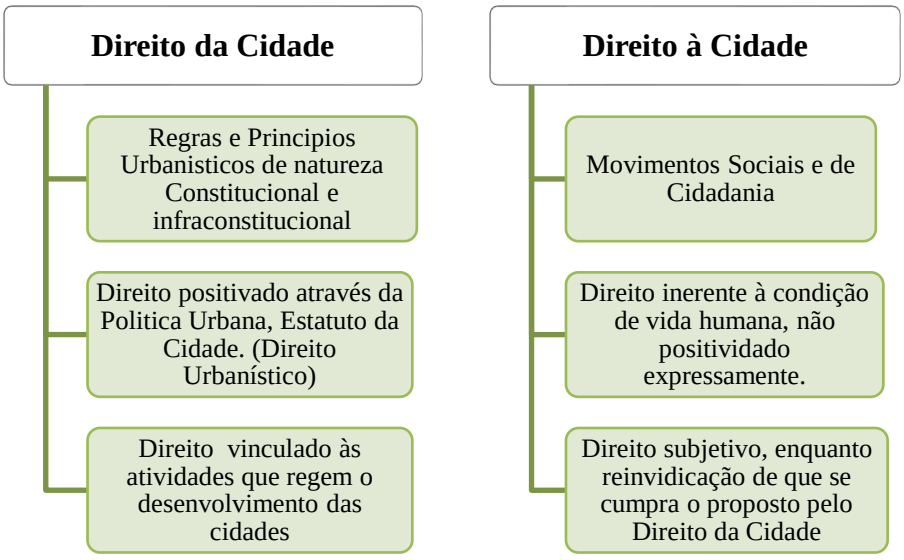
Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como regulamentar a produção do Espaço Urbano, objetivando estabelecer diretrizes fundamentais ligados e observados pelas Funções Sociais da Cidade (BRASIL, 2001).

Nesse sentido, Carvalho e Rodrigues (2016, p. 47) problematiza o Direito à Cidade, destacando que a palavra "Direito, contido na expressão Direito à Cidade, não se refere ao caráter objetivo do termo, mas ao subjetivo, já que trata da pretensão que indivíduo tem de ter acesso a determinado bem jurídico". Noutras palavras, o Direito à Cidade não se refere ao corpo principiológico e normativo de Direitos enquanto legislação específica, como Direito Constitucional, Civil, Penal etc.

Na figura 01, será possível ilustrar as diferenças básicas entre as duas expressões, para uma melhor compreensão sobre o tema.

Figura 01 – Distinções básicas entre o Direito da Cidade e o Direito à Cidade



Fontes: Lefebvre (2016); Carvalho e Rodrigues (2016); Pereira-Clemente (2013).

Org.: DIAS, Felipe Teixeira (2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em síntese, o Direito à Cidade, nas proposições de Lefebvre (2016), Pereira-Clemente (2013), Carvalho e Rodrigues (2016), dentre outros estudiosos, refere-se a uma reivindicação, ou ainda manifestação na busca por um acesso aos Direitos da Cidade, que por sua vez, remetem a todo o conjunto de normas e princípios que visam estabelecer e promover uma cidade que cumpra com as finalidades sociais, sendo mais justa, igualitária e sustentável aos seus citadinos. Para dinamizar a compreensão será tratado adiante sobre as Funções Sociais da Cidade, que estão correlatas tanto ao entendimento do Direito à Cidade quando às diretrizes da Política Urbana.

4 A INTER-RELAÇÃO: AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE COMO REGRA E COMO PRINCÍPIO

Como já mencionado, o Direito da Cidade persegue sua eficiência baseando-se em diretrizes normativas, legais e principiológicas. Nesse sentido, um dos princípios norteadores da base jurídica urbanística é o Princípio da Função Social da Cidade ou Funções Sociais da Cidade. Este princípio é também um imperativo norteador da Política Urbana, haja vista sua previsão no capítulo da Política Urbana trazida pela Constituição Federal Cidadã (BRASIL, 1988).

Com vistas conceituais, Garcias e Bernardi (2008), relatam que apesar de a Constituição de 1988 frisar a existência e necessidade de a legislação urbana atenderem as Funções Sociais da Cidade, a mesma não evidencia quais seriam essas funções sociais. Em função dessa problematização, busca-se definir e caracterizar as referidas Funções Sociais da Cidade.

Desse modo, autores como Lefebvre (2016) que não era propriamente um jurista, mas sociólogo que foi o fundador ideológico da expressão Direito à Cidade, já mencionava que todo o Espaço Urbano, ou seja, as cidades possuíam funções, e

estas seriam em prol das atividades sociais, produzindo um bem coletivo tornando o acesso às cidades para todos os citadinos.

Em função disso, Garcias e Bernardi (2008, p. 3) chamam atenção, destacando que o estudo sobre as funções sociais apesar de ser jurídico, está "permeado de conceitos sociológicos, filosóficos urbanísticos, históricos, econômicos, da geografia urbana entre outros". Logo, percebe-se que o estudo acerca das Funções Sociais da Cidade se evidencia pelo seu caráter interdisciplinar e multidisciplinar, sem perder é claro, o caráter jurídico de análise da norma já mencionada.

Seguindo essa linha de pensamentos, Pereira-Clemente (2013, p. 165) destaca que para se ter um direito à vida urbana renovada e transformada é preciso sobretudo que essa condição atente para a função social. No entanto, a indagação permanece, quais são as funções sociais? A resposta a esta indagação não se constrói evidentemente a partir do corpo normativo constitucional.

Nesse sentido, infere-se com Garcias e Bernardi (2008) que uma interpretação ou continuação da compreensão das Funções Sociais da Cidade se desdobram das Cartas de Atenas. No entanto, o posicionamento sobre as Funções Sociais da Cidade, por não estarem expressas quais e quantas seriam, abre margem para novas definições acerca desse princípio.

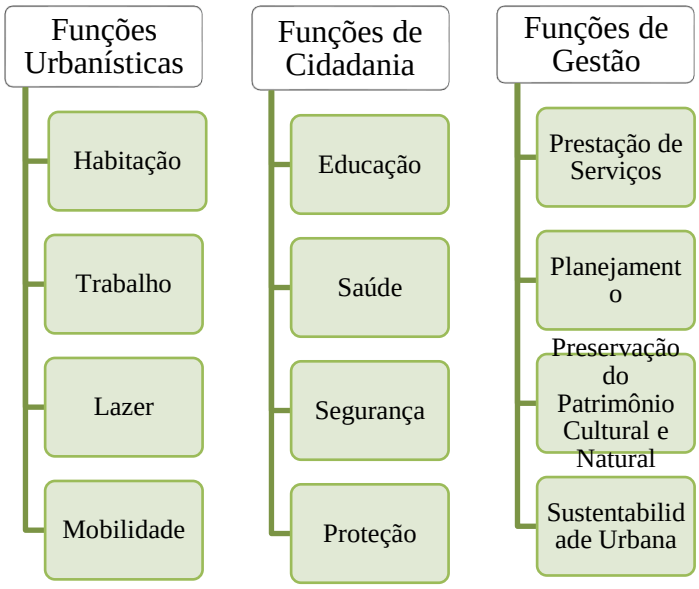
Nessa perspectiva, Pereira-Clemente (2013) elucida que as Funções Sociais da Cidade, estão intimamente ligadas à dignidade humana e ao pleno desenvolvimento das atividades urbanísticas, propiciando inclusive melhores condições de vida nas cidades. Já na visão de Lefebvre (2016), a cidade por ser um produto dos diversos agentes modeladores do espaço, possui diversas funcionalidades, e estas, devem atender aos anseios sociais para que haja o Direito de acesso à cidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em linhas gerais, Garcias e Bernardi (2008) descrevem a função social como regra e como princípio. Como regra, a função social está prevista em três esferas do direito, ou seja, Direito Constitucional, Direito Urbanístico e Direito Civil, admitindo-se indagações sobre quais são e onde estão. Como Princípio, é um imperativo categórico, que é utilizado para além do corpo normativo legal, e como já mencionado, sendo inclusive evocado pelo Direito à Cidade.

A partir das discussões já mencionadas, segue a figura 02 exemplificativo e não taxativo sobre quais são as possíveis Funções Sociais da Cidade.

Figura 02 – Definições básicas das Funções Sociais da Cidade



Fontes: Garcias e Bernardi (2008); Lefebvre (2016); Pereira-Clemente (2013).

Org.: DIAS, Felipe Teixeira (2019)

Diante do exposto, compreende-se que as Funções Sociais da Cidade além de ser regra é também um princípio norteador da política urbana. Destaca-se ainda que, apesar de não estarem expressamente positivadas quais e quantas são as funções sociais, esse imperativo poderá receber incorporações de novas funções

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

oriundas da sociabilidade da cidade. Estando logicamente atreladas ao processo de modificação do Espaço Urbano e das necessidades sociais de cada época (GARCIAS E BERNARDI, 2008).

Corrobora com esse pensamento, os ensinamentos de Santos (2017) ao destacar que nenhuma sociedade possui funções permanentes, logo estas funções se modificam com as necessidades de cada tempo, para adequar-se à realidade e ao espaço de cada época. Para tanto torna-se necessário que se construa um entendimento robusto a partir da compreensão de como se produz a cidade, e como esta cidade se relaciona com os seus produtores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À título de palavras finais, primeiramente apontar que não há pretensão aqui em pautar um fim nas discussões acerca da presente temática, visto que as acepções e concepções sobre o tema e uma questão jurídica e social, em que se modifica de acordo o tempo e o espaço, para atender às demandas sociais. Portanto merece continuação dos debates científicos acerca desta temática.

Desse modo, no texto, traçou-se um panorama comparativo entre os termos Direito da Cidade e o Direito à Cidade ambos componentes da Política Urbana. A construção desse comparativo se deu em função da comum confusão terminológica entre os termos em epigrafe. Além disso, também foi possível construir uma concepção acerca da Política Urbana e do Direito à Cidade, visto que a acepção sobre o tema é meramente conceito legal.

Assim, verificou-se, que embora a Política Urbana consagrada pela Constituição Federal de 1988 seja um aparato teórico e prático para efetivação do Direito à Cidade, esta não se confunde com seu objetivo, isto é, o direito de acesso às cidades. Tal acesso, ocorre como desdobramento das Funções Sociais da Cidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que neste texto foram classificadas como a inter-relação entre a Política Urbana e o Direito à Cidade.

Diante disso, ressalta-se ainda, que a função desta pesquisa é a construção de conjunto de ideias que possam subsidiar e contribuir com as discussões teóricas acerca do Direito à Cidade, como objetivo a ser alcançado pela Política Urbana Brasileira. E para tanto buscou-se preferencialmente restringir-se aos ideários propostos pelo titular do conceito, isto é, Henri Lefebvre, e de contra partida às legislações brasileiras que formam a acepção da Política Urbana, bem como a disposição de sua inter-relação com o Direito à Cidade, ou seja, as funções sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 abr. de 2019.

BRASIL. **Lei 10.257/2001**, 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 19 abr. de 2019.

CARVALHO, C. de O.; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CLEMENTE, Deborah Marques Pereira. **Direito da Cidade e o Direito à Cidade [manuscrito]**: uma análise de Montes Claros/MG. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social/PPGDS, 2013.

CORRÊA, Roberto Lobato. **O Espaço Urbano**. São Paulo: Ed. Ática, 1989.

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As funções sociais da cidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd> acesso em: 19 abr. de 2019.

LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. São Paulo: Ed. Nebli, 2016.

SANTOS, Milton. Sociedade e espaço: a formação social como teoria e como método. **Boletim Paulista de Geografia**, n. 54, p. 81-100, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO GARANTISMO PENAL COMO TEORIA LIMITADORA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

ALESSANDRA ALVARES BUENO DA ROSA: Delegada de Polícia de Minas Gerais; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes – RJ; Professora da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais. Cursando disciplina isolada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na linha de pesquisa 'Intervenção Penal e Garantismo'.

RESUMO: A partir da contextualização da criação da dogmática penal e os desdobramentos que resultaram no surgimento da Teoria do Garantismo Penal, busca-se entender a limitação do poder punitivo estatal sob o enfoque do axioma 4 de Ferrajoli, denominado Princípio da Lesividade - *nulla necessitas sine insjuria.*

Palavras-chave: dogmática penal; garantismo penal; poder punitivo; princípio da lesividade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A FINALIDADE DA TEORIA DO GARATISMO PENAL. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE: Conceito, Função e Fundamento axiológico do princípio. AS QUATRO VERTENTES DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO. CONCLUSAO.

INTRODUÇÃO

No contexto da criação do Direito Penal como um método que se pretendia científico, a dogmática penal foi sendo construída a partir do surgimento das práticas criminosas analisadas casuisticamente no século XIII – a partir de um Direito Penal público romano produto da atividade criativa dos pretores que julgavam ao alvedrio de parâmetros penais e processuais penais[1].

Contudo, a partir do século XIX, a construção metodológica da dogmática penal foi necessária com o objetivo de limitar a violência, tornando-se a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

teoria do crime um produto genuinamente cientifico, que começou a ser teorizado a partir do período marcado pelos pós-glosadores com *Tiberius Deciano*:

> Nos séculos XVI, época final dos pós-glosadores, período chamado *mos italicus tardio*, Tiberius Deciano, com base em Aristóteles, busca responder à seguinte pergunta: quais são as causas primeiras de um crime? [...] eis aí o embrião da parte geral do direito penal. (BRANDÃO, 2019. p. 33)

A partir do século XVIII e XIX, com a necessidade fixar parâmetros restritivos à violência, – limitando o poder de punir do Estado, lastreado nos ideários iluministas, eis que surge a sistematização do princípio da legalidade[2], com a Obra de Beccaria "Dos Delitos e das Penas" (1764). Ou seja, só poderia existir crime e pena se houvesse lei anterior que definisse aquele fenômeno como tal[3]. Dessa forma, no afã contínuo de limitar o poder punitivo, já em meados do século XIX, Binding e Birbaum formularam o conceito de bem jurídico[4]. Tal conceito sofreu várias redefinições durante a criação da dogmática penal, sem contudo perder o fim que lhe é precípuo: limitar o poder de punir. Desse modo, podemos citar Edmund Mezger que definiu o bem jurídico como o valor objetivo protegido pela lei penal[5].

A construção da dogmática penal foi se desenvolvendo ao longo do século XIX e XX, até chegarmos o desenvolvimento completo da Parte Geral do Código Penal que trazia em bojo a estrutura da Teoria da Crime como um fato típico, ilícito e culpável, sendo que toda manifestação e aplicabilidade do Direito Penal, como um fenômeno genuinamente violento, deverá ser manifestado sob a égide dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, garantido pela Constituição do Estado-Nação na qual o sujeito ativo do delito estaria inserido.

No decorrer da dogmática penal várias teorias foram sendo criadas para sustentar todo o arcabouço normativo e principiológico que circundava o Direito Penal como ciência jurídica. Dentre várias teorias, o estudo da Teoria do Garantismo Penal, cujo precursor foi Luigi Ferrajoli, far-se-à necessário, pois a finalidade da teoria foi justamente coibir o poder punitivo do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O elemento conjectural-histórico que desencadeou o desenvolvimento de toda teoria garantista circunda o período compreendido entre as décadas de 60 a 80, denominado na Itália como "anos de chumbo", caracterizado como uma onda crescente de ataques terroristas que infligiu o país naquele período. O governo italiano no intuito de conter os ataques, decretou uma série de leis emergenciais que tinham como objetivo o combate ao terrorismo. Tais leis, que eram de caráter extremamente rígidas, acabaram colidindo com os direitos e garantias fundamentais conquistados anteriormente. Nesse conjuntura, Luigi Ferrajoli, iniciou o combate a esse regime autoritário, resgatando princípios penais e processuais penais esquecidos. A consequência disso, foi a criação da Teoria do Garantismo Penal.

A FINALIDADE DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Basicamente, Ferrajoli propôs em sua teoria a edição de 10 (dez) axiomas, ou seja, valores supremos a serem seguidos à risca para que o operador do Direito pudesse assegurar os direitos e as garantias aos indivíduos submetidos à violência, que por excelência, é a aplicabilidade do Direito Penal. O fundamento do Estado de Direito é a sua Constituição e a aplicação efetiva dos postulados que a regem. Desse modo, a finalidade da teoria é coibir os abusos no direito de punir perpetrados pelo Estado, garantindo aos cidadãos os direitos constitucionalmente postulados, por meio de princípios norteadores que irão conduzir a aplicação do Direito Penal.

Ante o exposto, e submetendo a Teoria do Garantismo Penal a um recorte, passamos a expor o quarto axioma de Ferrajoli – Princípio da Lesividade *(Nulla necessitas sine insjuria)* e as digressões acerca da limitação do poder de punir do Estado face a aplicabilidade do princípio*:*

> [...] Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre Direito e Moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam **concretamente** bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve

> imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros". (FERRAJOLI. 2014. p. 208)

PRINCÍPIO DA LESIVIDADE: CONCEITO, FUNÇÃO E FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DO PRINCÍPIO

O princípio da lesividade pode ser definido sob o fundamento de que somente pode haver criminalização de condutas que constituam lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico alheio. Dessa forma, impõe-se tolerância jurídica a toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros, vedando proibição de condutas meramente imorais, pois a confusão entre o direito e a moral não favorece o Direito e nem auxilia a moral.

O princípio da lesividade visa fundamentar um direito penal mínimo de forma laica e jurídica, orientado para defesa dos mais frágeis por meio da tutela de direitos considerados necessários e fundamentais.

A consequência deste princípio é impor maior tutela a liberdade pessoal de consciência e da autonomia. Nesse sentido, Ferrajoli aduz: "a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadão [...]" (FERRAJOLI, 2014. p. 427). Ademais, visa fundamentar um direito penal mínimo de forma laica e jurídica, orientado para defesa dos mais frágeis por meio da tutela de direitos considerados necessários e fundamentais.

Por fim, o fundamento axiológico do princípio é a própria inserção num dos elementos constitutivos do delito – qual seja: a natureza lesiva do resultado.

AS QUATRO VERTENTES DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Como vertente basilar do princípio, veda-se a incriminação do pensamento. Welzel dizia que o crime nasce na mente do agente. É a *cogitatio,* que não é punida em razão desse princípio. Dessa forma, via de regra, é vedada a punição de atos preparatórios no Direito Penal. Além disso, denominamos como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

segunda vertente do princípio a proibição da incriminação de condutas que não transcendem o próprio agente. Por isso, a autolesão não é punida. Ademais, também é proibida a incriminação de simples estados existenciais de determinada pessoa, ou seja, não se pune ninguém pelo o que ele é (p.ex.ladrão), mas sim pelo o que ele fez (p.ex. subtraiu). Assim, o Direito Penal não é do autor e sim do fato. Por fim, é vedado condutas que não afetem, concretamente, qualquer bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

DISCUSSÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O questionamento que se faz presente concerne a exposição da quarta vertente do princípio da lesividade conforme descrito acima, pois veda criminalizar condutas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Diante disso, é imperioso inquirir como podemos determinar a lesão, a natureza e quantificar o dano que impõe a necessidade da proibição jurídica (pena) aos delitos de perigo abstrato, ou seja, a conduta que não lesionem e não expõem a perigo concreto de lesão nenhum bem jurídico? Como exemplo podemos citar os tipos penais presentes no Ordenamento de duvidosa constitucionalidade: Embriaguez no volante – art. 306, CTB; Participação em via pública de corrida, disputa, etc – art. 308, CTB; Envenenamento de agua potável ou de substancia alimentícia ou medicinal – art. 270, CP; Corrupção de água potável – art. 271, CP; Omissão de alerta aos consumidores quanto à nocividade ou periculosidade de produtos já colocados no mercado – art. 68 da Lei 8078/90; Dia do Pendura – art. 176, CP e Consumo de Drogas – art. 28 da Lei. 11.343/2006.

Nesse sentido, a doutrina, principalmente alemã, tem discutido a respeito de um conceito político-criminal de bem jurídico, pois incriminações aparentemente imorais não tutelam bem jurídico algum, sendo portanto ilegítimas. De outro modo, e respeitando a Teoria do Garantismo Penal apregoada por Ferrajoli, deve-se entender que é preciso definir bem jurídico com arrimo na Constituição, devendo ainda tal definição ser mais restrita que os valores constitucionais, com o objetivo de tutelar bens jurídicos indispensáveis, na esfera

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que nenhum outro ramo do Direito poderá alcançar, pois senão cairíamos na excrescência de tutelar penalmente os interesses, por exemplo, do Colégio Dom Pedro II (art. 242, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988).

CONCLUSÃO

É impossível entender o contexto de criação da dogmática penal sem investigar o momento histórico na qual o fenômeno está inserido. É relevante entender que toda a teorização partiu dos crimes em espécie (que aconteciam de forma prática – a partir das relações sociais entre os indivíduos) para a sistematização da dogmática penal como um método cientifico - parte geral. Além disso, a partir do momento em que rupturas políticas aconteceram, o reflexo no poder político estatal é inexorável e o Direito Penal teve que se reinventar por meio de mecanismos (dentre eles, teorias) capazes de tutelar os interesses dos indivíduos em sociedade.

Nesses moldes ocorreu com os "anos de chumbo" italiano, fazendo com que o professor Luigi Ferrajoli criasse um sistema teórico com determinados postulados a serem seguidos no afã de proteger o 'criminoso' contra o Estado, protegendo-o da vingança privada; mas também, tutelando a sociedade em desfavor de pessoas que cometem crimes. Assim, buscou-se metodizar por meio da razão a força bruta.

Com a aplicabilidade do princípio da lesividade, só haverá necessidade de punição se houver ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, sendo que essa lesão só será produto da ação humana e não de meros estados existências. Dessa forma, coibimos um Direito Penal classista e seletista, que persegue e pune a pessoa pelo que ele é, e não pelo o que ela realmente faz.

Contudo, é evidente que os desafios do garantismo penal são enormes, pois o que se verifica nos dias atuais é um Estado com viés autoritário, mas com uma roupagem de Estado de Direito, que na verdade luta para que os excedentes sociais, isto é, os indivíduos não lucrativos em sociedade, sejam perseguidos e punidos, passando a normatizar crimes de perigo abstrato, estados existenciais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

delitos de mero comportamento. A conjectura dessa inversão dogmática é fomentada por estados de urgências incentivados pelo Estado, instrumentalizado pelas agências midiáticas, causando temor na população que consequentemente pugna pelo encarceramento em massa dos indivíduos etiquetados como "maus" – subvertendo toda lógica trazida pela Teoria do Garantismo Penal.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao.htm

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

NOTAS:

---

[1] BRANDÃO, Claudio. Teoria Jurídica do Crime. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.33.
[2] *nullum crimen, nulla poena sine lege.*
[3] Sistematizado pela obra de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.
[4]Para Binding, bem jurídico é uma criação livre do legislador, por meio da qual tem liberdade de escolher a partir da norma, quais objetos serão merecedores da tutela penal, uma vez que o delito é uma ofensa a um direito de obediência estatal.
[5] *Apud*: BRANDÃO, Claudio. Teoria Jurídica do Crime. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.48.

www.conteudojuridico.com.br

A ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA EXECUÇÃO FISCAL E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

THIAGO RABÊLO VIANA DA COSTA: Advogado. Bacharel em Direito (UFPE). Pós-Graduação em Direito Tributário (LFG UNIDERP ANHANGUERA).

RESUMO: O texto em sequência expõe os fundamentos que tornam possível a compatibilidade entre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, dos artigos 133 e 137, do Código de Processo Civil, e os ditames da Lei de Execução Fiscal, a lei 6.830/80, nos casos de responsabilização tributária de terceiros. Não se verificam quaisquer impedimentos à possível aproximação entre os dispositivos do diploma processualista e da lei de cobrança dos créditos fazendários. O escrito apresentará razões cunhadas na jurisprudência e na doutrina de estudiosos do assunto para fundamentar as conclusões sobre o tema.

Palavras-Chave: Responsabilidade Tributária. Incidente de Desconsideração da Personalizada Jurídica. Lei de Execução Fiscal.

ABSTRACT: The following text sets out the grounds that make possible the compatibility between the incident of disregard of legal personality, articles 133 and 137 of the Code of Civil Procedure, and the dictates of the Tax Enforcement Law, law 6.830 / 80, in cases tax liability of third parties. There are no impediments to the possible approximation between the provisions of the procedural diploma and the law on collection of farm credits. The writing will present reasons coined in the jurisprudence and doctrine of scholars of the subject to support the conclusions on the subject.

Keywords: Tax Liability. Incidence of Disregard of Legal Personality. Tax Enforcement Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. EXECUÇÃO FISCAL E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. 2.2. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL. 2.3. JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIAS ENTRE A 1ª E A 2ª TURMAS. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A problemática a ser debatida no bojo do corrente texto virá a abordar a discussão em torno da necessidade ou não do uso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, novidade legislativa do CPC de 2015, com o objetivo de atribuir a outrem a responsabilidade tributária pelo adimplemento de uma obrigação exigida em juízo com base no rito processual da lei 6.830/80.

De início, o trabalho apresentará um contexto geral da execução fiscal, destrinchando tal modalidade de procedimento.

Aspectos como a aplicação do CPC a tal instrumento de cobrança do crédito tributário, e o regime jurídico aplicável aos executivos fiscais serão vistos.

No ponto, o foco primordial de estudo residirá nos temas da responsabilidade tributária e da sujeição passiva, importantes no estudo da formação da certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial.

Em continuidade, o texto segue com a descrição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O CPC inovou o ordenamento jurídico nacional ao introduzir uma nova modalidade de intervenção de terceiros no processo civil, permitindo que um instituto com origem no direito material, cuja previsão já encontrava guarida nas legislações do direito civil, ambiental e consumerista, passasse a estar presente em um código de processo.

Em sequência, esse segundo item do desenvolvimento conterá uma avaliação a respeito da aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica à execução fiscal, tendo por norte todo o regime jurídico constante nos artigos comentados.

Depois, haverá comentários sobre recentes e distintas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o objeto de estudo.

Ao final de todo o trabalho, a conclusão fecha o ciclo de exame do tema, expondo ao final o entendimento do autor.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 EXECUÇÃO FISCAL E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A execução fiscal, prevista na lei nº 6.830/80, qualifica-se como um processo de execução por quantia certa iniciada por parte da Fazenda Pública, cuja base de cobrança requer a apresentação de um título executivo extrajudicial conhecido como Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Como processo de execução, o objeto da tutela se mostra distinto do percebido em um processo de conhecimento; este último tem por marca a elevada carga cognitiva de instrução, enquanto que a atividade executiva busca a efetivação do direito já reconhecido.

Nesse sentido, as palavras do mestre Francesco Carnelluti:

> *[..] não nos encontramos mais perante duas partes que reciprocamente disputam entre si a razão e um juiz que busca qual das duas partes a tenha na verdade, e sim perante um parte que quer ter uma coisa e outra que não a quer dar, enquanto que o órgão do processo retira a esta para ser dada àquela* .(CARNELLUTI, 2000, p. 294, *apud* SEGUNDO, 2019, p. 232).

A especialidade do procedimento da lei nº 6.830/80, em comparação às demais formas de satisfação judicial do crédito executivo, reside em dois aspectos: a legitimidade ativa do sujeito que o impetra, qual seja, a Fazenda Pública, pois se trata do meio legal por excelência de cobrança dos créditos tributários e não tributários do ente público em juízo, e, além disso, a especificidade do título extrajudicial a subsidiar a cobrança, a CDA.

O ente público forma o título, e, depois, exige o pagamento dos créditos em juízo por meio dos instrumentos da lei nº 6.830/80.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A execução fiscal apenas se materializa com a apresentação da Certidão de Dívida Ativa (CDA), o título extrajudicial constituído após o exercício da atividade administrativa de fiscalização e cobrança por parte do ente público, conhecida por lançamento.

A ausência da CDA importa em impossibilidade de cobrança dos créditos da Fazenda por via da execução fiscal (CUNHA, 2014, p. 419).

O artigo 2º, §5º, da lei 6.830/80 dispõe que o termo de inscrição em dívida ativa deve conter: a) o nome do devedor, dos co-responsáveis e, no caso de virem a ser conhecidos, o domicílio ou a residência de um ou de ambos; b) o valor originário da dívida, assim como o termo inicial, além da forma de calcular os juros de mora e outros encargos previstos em lei; c) a origem, natureza, além do fundamento legal ou contratual da dívida; d) a menção a respeito da sujeição da dívida à correção monetária, com o fundamento legal e o respectivo termo inicial para o cálculo; e) quanto ao registro da dívida, a data e o número capaz de identifica-la; f) se houver a apuração do valor dívida, o número do processo administrativo ou auto de infração com tal levantamento.

O §6º do mesmo dispositivo já garante que a certidão de dívida ativa apresentará os mesmos elementos do Termo de Inscrição, sendo autenticada pela autoridade competente.

Além do mais, o artigo 4º, do mesmo diploma, permite que o procedimento da lei 6830/80 atinja o devedor, o fiador, o espólio, a massa, o responsável por dívidas tributárias ou não, bem como os sucessores a qualquer título.

Não restam dúvidas, pois, a respeito dos possíveis elementos a compor uma Certidão de Dívida Ativa, entre os quais, como visto, encontra-se o nome do devedor e dos responsáveis, quer dizer, a identificação da sujeição passiva.

E, como ficou claro, a lei não restringe a cobrança apenas ao devedor tributário conhecido por contribuinte, pois faz menção aos responsáveis tributários e a outros terceiros.

Nesse sentido, aportam inúmeras discussões acadêmicas e jurisprudenciais sobre se a cobrança da dívida ativa em juízo poderia alcançar indivíduos ou pessoas jurídicas sobre os quais não há menção na CDA.

As pessoas físicas integrantes do grupo econômico, por exemplo, casos típicos dos sócios e administradores, poderiam sofrer algum tipo de constrição patrimonial, mesmo que não se apresentassem como devedoras originais da exação tributária na CDA.

As cizânias nos estudos sobre o tema podem ser resumidas a duas correntes principais.

De uma parte, entende-se que, se houve o devido processo legal administrativo, e a CDA ratifica o respeito a tal garantia do sujeito passivo, eventual inserção de devedor estranho à relação jurídico tributária poderia sugerir uma burla ao lançamento tributário.

O terceiro não pôde apresentar sua defesa administrativa, e, ainda assim, viria a se sujeitar ao ônus do processo de execução, sem a possibilidade anterior do exercício de um contraditório administrativo prévio (SEGUNDO, 2019, p.236).

A atividade de lançamento é basilar para a formação adequada da demanda, e não poderia admitir atalhos.

Por outro lado, as características da lide tributária poderiam sugerir que a inclusão na CDA diz respeito apenas à legitimidade passiva do devedor lá consignado, mas a atribuição da responsabilidade posterior a terceiro pode ser tentada no curso da execução fiscal pelo ente público.

Nesse sentido, o seguinte trecho de julgado do STF, ainda com menção ao CPC de 1973:

> *é diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva, caberá à Fazenda*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária. (Resp 545080/MG. 1ª Turma. STJ)*

A responsabilidade tributária dos artigos 134 e 135, do Código Tributário Nacional, fundamentaria o redirecionamento da execução fiscal para terceiros não identificados na Certidão de Dívida Ativa. Terceiro seria a quem lei atribui uma responsabilidade por fato posterior ao surgimento da obrigação (SEGUNDO, 2019, p.242).

O artigo 134 revela verdadeiro caso de responsabilidade de terceiro por atuação regular, enquanto que o artigo 135 aponta os casos de responsabilidade de terceiro por atuação irregular (SABBAG, 2017, p. 834).

Ambos os casos tratam de hipóteses em que a lei espera dos terceiros maior diligência e cuidado com o patrimônio de outrem, o sujeito passivo da relação tributária (SABBAG, 2017, p. 833).

O juiz avaliaria se seria possível, pois, durante a execução fiscal, e sem menção expressa na CDA, considerar o terceiro como passível de receber a cobrança tributária, apenas em face da exigência legal.

Consideradas as controvérsias, é de se ter conta que o surgimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, constante do CPC, bem como prolação de algumas decisões em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), começam a delinear um caminho de solução para a celeuma. Esses os temas dos próximos tópicos

2.2 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL

A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) se qualifica como a doutrina do afastamento temporário da autonomia patrimonial

do ente coletivo, em vistas de atos reveladores de fraude, abuso ou desvio de função praticados para impedir o adimplemento de obrigações de credores.

Os sócios, então, ficam responsáveis pelo pagamento das dívidas com seu patrimônio.

O jurista Rolf Serick, da Faculdade de Direito de Heidelberg, publicou um trabalho conceituado sobre a temática, cujo aparecimento em jurisprudência remonta ao caso *Salomon v. Salomom & Co.,* de 1897 (GAGLIANO; FILHO, 2013, p. 275-280) .

O Código Civil de 2002 expõe, em seu artigo 50, os contornos gerais da desconsideração da personalidade jurídica permitida pelo direito brasileiro, apresentando o que se conhece pode teoria maior.

Pelo dispositivo, o afastamento esporádico da personalidade exige a demonstração de abuso da personalidade jurídica, acompanhado dos fundamentos do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial (GAGLIANO; FILHO, 2013, p. 275-280).

O Código de Processo Civil de 2015, entre seus artigos 133 a 137, disciplina a desconsideração como uma nova modalidade de intervenção de terceiros, com regulamentação própria.

Com fulcro no artigo 133 do CPC, o emprego da *disregard doctrine* exige pedido da parte ou do Ministério Público, uma vedação expressa à iniciativa *ex officio* do magistrado.

Os pressupostos para o deferimento da desconsideração seguem os postulados específicos de cada ramo do direito material.

O mesmo dispositivo permite aos interessados pedir pela desconsideração inversa da personalidade jurídica, quando o próprio sócio integrante da sociedade é o verdadeiro devedor, utilizando, assim, do ente coletivo para esconder as quantias objeto de interesse dos credores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Seguindo o curso do CPC, o artigo 134 admite o cabimento do incidente em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença, bem como na execução do título executivo extrajudicial.

Os demais dispositivos apontam a continuidade do curso do procedimento, com a exigência do contraditório sobre o pedido de afastamento temporário da autonomia patrimonial, sendo a pessoa física ou jurídica citada para apresentar manifestação ou requerer provas, no prazo de 15 (quinze) dias.

Eventual oneração ou alienação de bens havida em fraude à execução mostrar-se-á ineficaz em face do requerente, sendo esse um efeito prático agora expressamente previsto em lei.

Pois bem.

Apresentados os contornos do incidente, preciso é demonstrar sua plena adaptabilidade ao processo de execução de título executivo extrajudicial, entre os quais está a execução fiscal, prevista na lei 6.830/80.

Além da expressa autorização legal para manejo do incidente da desconsideração em processos com carga executória, sua aplicabilidade à execução fiscal pode resultar em uma nova oportunidade de garantir a observância do contraditório às partes, quando se está discutindo a respeito de temas como legitimidade passiva e responsabilidade tributária.

O artigo 1º, da lei 6.830/80 permite a aplicação subsidiária do CPC aos executivos fiscais, sendo certo que as normas processuais gerais devem guardar compatibilidade com as características da mencionada lei específica, tais como a maior celeridade do rito procedimental.

Nessa toada, a desconsideração da personalidade pode favorecer a justiça da decisão adotada nos termos da lei 6.830/80, tendo em vista que a reduzida carga de cognição da atividade executiva pode conduzir a certas irregularidades na imputação da responsabilidade tributária a terceiros sobre os quais a CDA não faz menção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A despeito do acentuado teor expropriatório do procedimento, ainda remanesce a vocação de espécie de tutela jurisdicional da lei 6.830/80, e, assim, não se pode descurar do dever de garantir a melhor prestação de justiça possível às partes, quando se fizer necessário. Deve-se buscar a proporcionalidade ao se recolher o patrimônio de outrem pela via executiva (SEGUNDO, 2019, p. 232).

Sendo assim, feitas as considerações, é de se observar que recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) passaram novamente a debater sobre tais conflitos entre o novo aparato legal da desconsideração da personalidade, e o rito da lei 6.830/80, nos casos em que subjaz perquirir a respeito da responsabilidade tributária de terceiros.

As soluções parecem oferecer sinais claros de respostas aos problemas.

2.3 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIAS ENTRE A 1ª E A 2ª TURMAS

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça exarou dois julgados, em duas de suas turmas, com resoluções distintas quanto ao tema da possibilidade de se instaurar o incidente da desconsideração da personalidade jurídica no curso da execução fiscal.

No Resp. 1.775.269-PR, a 1ª Turma do Tribunal concluiu que a desconsideração da personalidade pode servir ao procedimento com rito previsto na lei 6.830/80, nas hipóteses em que se fizer necessária a identificação de pessoa jurídica responsável tributária integrante do mesmo grupo econômico do sujeito passivo originário.

Todavia, o afastamento da autonomia patrimonial esporádico apenas ocorrerá nos casos em que se verifica a omissão do nome do eventual imputado na CDA, não havendo lançamento tributário em seu desfavor, ou quando não se tratar de caso de responsabilidade de terceiros, prevista nos artigos 134 e 135 do CTN.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Senão, veja-se a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO "DE FATO". INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO.NECESSIDADE.1. ***O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art.133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN****.2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras.****3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora****.4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do*

> *CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada.5. Recurso especial da sociedade empresária provido.(REsp 1775269/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)* ***(grifos)***

Portanto, mesmo se tendo em vista os postulados próprios da lei 6.830/80, poderia haver compatibilidade em manejar o procedimento previsto nos artigos 133 a 137 do CPC, conferindo a outros, após instrução mínima com contraditório e ampla defesa, a responsabilidade tributária.

A seu turno, a 2º Turma do STJ exarou conclusão distinta no Resp. 1.786.311-PR. Segue a ementa:

> *REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração. II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida. III*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. IV - ***A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível"*** *(REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014). V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo*

> *que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito. VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.(REsp 1786311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)* ***(grifos)***

Nota-se, com base as conclusões do segundo Recurso Especial, haveria completa incompatibilidade entre os ditames da Lei de Execução Fiscal, e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois que se admite a imediata suspensão do processo com a *disregard*, e, ainda mais, a LEF apresentaria um procedimento com distintas exigências.

Porém, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, o incidente pode se mostrar ferramenta importante de eficiência para a máquina pública e o aparato judicial, ao permitir o reconhecimento de terceiros responsáveis tributários não identificados pela CDA, ou até mesmo, que não se enquadrem nos requisitos dos artigos 134 e 135, do CTN.

Além do mais, poderá, também, servir de instrumento de proteção de injustiças para outros que comprovem não ostentar a condição de devedores, pois permite a prejudicados apresentar defesas, exercendo as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Seguramente, as respostas produzidas no Resp. 1.775.269-PR , o primeiro dos comentados, conduz a uma solução muito mais consentânea com o escopo de regulamentação apresentado pelo Novo Código de Processo Civil e com o estudo de todo o sistema tributário brasileiro.

Em casos nos quais não se encontram respostas a respeito de quem sãos imputáveis tanto por via da CDA, quanto no disposto nas leis tributárias, será viável aproveitar uma nova ferramenta do sistema judicial.

O estudo do tema, como se comprovou até o momento, em nada recrimina essa solução, sob pena de a cobrança judicial tributária não se utilizar de um mecanismo legítimo previsto pelo ordenamento pátrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por óbvio, todos os requisitos da *disregard* devem estar preenchidos para que venha a ser manejada, mas, se presentes, não há razão para desconsiderar esse instrumento reservado aos operadores do direito.

2. CONCLUSÃO

O artigo trouxe à tona uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da pertinência de uso do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, constante do CPC, em casos que envolvem a atribuição de responsabilidade tributária a outros obrigados, no curso do procedimento da execução fiscal.

Tendo por norte a impressão do autor sobre a problemática, e os fundamentos apresentados ao longo de todo o texto, ficou visualizada a pertinência de uso do instituto do afastamento esporádico da autonomia patrimonial de entes coletivos, permitindo-se, assim, maior segurança jurídica na determinação da sujeição passiva a distintos devedores, mesmo no curso da execução fiscal.

A efetivação da justiça tributária pode ganhar novos contornos, devendo-se permitir a *disregard* nas hipóteses em que a atividade administrativa de lançamento, com a emissão da CDA, e as disposições legais do CTN não permitam identificar terceiros devedores.

2. BIBLIOGRAFIA

A. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014;

B. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

C. SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

D. SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo Tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA O JULGAMENTO DO LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, II, DO CP): O EQUÍVOCO DA SÚMULA 603 DO STF

MARCO AURÉLIO VOGEL GOMES DE MELLO: Bacharel em direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e especialista com treinamento em serviço na modalidade residência jurídica, em nível de pós-graduação lato sensu, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Técnico superior jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República[1] previu a instituição do tribunal do júri como garantia fundamental, assegurando-lhe a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "*d*"). A competência do júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, portanto, é considerada cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), não podendo ser suprimida ou reduzida pelo poder constituinte derivado (emenda constitucional), embora não seja absoluta, pois pode ser afastada, excepcionalmente, por previsão do próprio poder constituinte originário, como na hipótese, por exemplo, de crimes dolosos contra a vida cometidos por autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função instituído no texto constitucional. Em se tratando, no entanto, de competência obrigatória mínima assegurada pela *lex maxima*, é possível que seja ampliada pelo legislador infraconstitucional para outras espécies delitivas ou até mesmo para matérias cíveis.

O Código de Processo Penal regulamentou a referida competência *ratione materiae*, dispondo no § 1º de seu art. 74 competir ao tribunal do júri o julgamento dos crimes dolosos previstos no primeiro capítulo do título I da parte especial do Código Penal ("dos crimes contra a vida"), quais sejam, as modalidades de homicídio doloso (art. 121, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do CP), infanticídio (art. 123 do CP) e os vários crimes de aborto (arts. 124 a 127 do CP). Previu, ainda, competir ao tribunal do júri o julgamento de crimes conexos a infrações penais dolosas contra a vida (art. 78, I, do CPP).

O art. 157, § 3º, II, do Código Penal prevê a figura do roubo qualificado pelo resultado morte, conhecida como latrocínio, embora o dispositivo não traga rubrica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com este *nomen juris*. Segundo posição amplamente majoritária, considerando a gravidade da sanção penal cominada – 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa – o resultado mais grave (morte) pode advir de preterdolo (culpa) ou dolo (direto ou eventual),[i] desde que previsível. Sendo um crime complexo, fruto da junção dos delitos de roubo e homicídio (doloso ou culposo), é considerado delito pluriofensivo, na medida em que há dois bens jurídicos tutelados: o patrimônio e a vida humana. Diante de tal constatação, questiona-se a competência para julgar o latrocínio quando a morte resultar de dolo.

O posicionamento amplamente dominante considera que o crime de latrocínio, ainda que a morte seja dolosa, não é de competência do tribunal do júri, mas do juiz monocrático, conforme a Súmula 603 do STF. O fundamento é que o latrocínio não seria crime doloso contra a vida, pois está localizado topograficamente no título referente aos "crimes contra o patrimônio", uma vez que a conduta do agente é dirigida precipuamente a atacar os bens da vítima, sendo a morte apenas um meio para alcançar este desiderato, como defendia **NELSON HUNGRIA** ao comentar, em nota de rodapé, o art. 141, § 28, da Constituição de 1946 (que, assim como a Constituição de 1988, conferiu ao tribunal do júri competência para processar e julgar os "crimes dolosos contra a vida"):

> Com o desastrado § 28 do art. 141 da [...] Constituição federal [de 46], que resistiu à sua descontrolada soberania o Tribunal do Júri, foi obrigatoriamente atribuído a este o julgamento dos "crimes dolosos contra a vida", e pretendeu-se que o latrocínio incidia sob tal competência. Refutando o entendimento, argumentamos que o latrocínio é classificado pelo Cód. Penal, a que implicitamente faz remissão o preceito constitucional, entre os "crimes contra o patrimônio", atendendo ao critério científico segundo o qual, para a classificação do crime complexo, deve ter-se em conta o bem ou interesse cuja lesão representa o escopo final do agente (*os crimes-membros perdem sua autonomia*, para, aglutinados, formarem uma entidade criminal unitária; mas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> consideração do bem ou interesse lesado pelo *crime-fim* é que prevalece para classificação da unidade complexa, ainda que tal bem ou interesse seja inferior aos lesados pelos crimes-meios ou *famulativos*). Por outro lado, o evento "morte", no latrocínio, tanto pode ser *corpus delicti* de homicídio doloso, quanto de homicídio culposo ou preterdoloso, e seria um desconchavo que o julgamento, conforme a hipótese, ora coubesse ao júri, ora ao juiz singular. O nosso ponto de vista é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal [...]: a competência para o processo e julgamento dos réus de latrocínio é do juiz singular. ([II])

Com a devida vênia, não parece ser o melhor entendimento. Primeiramente, conforme **ANGELITO A. AIQUEL**, "o legislador [constituinte] não disse que são da competência do júri os *crimes de dolo específico contra a vida*, mas os crimes *dolosos* contra a vida" ([III]). Não cabe ao intérprete restringir o que o texto constitucional não restringiu. Tanto é assim que no chamado "homicídio mercenário" (art. 121, § 2º, I, do CP), por exemplo, a finalidade última do matador de aluguel é a obtenção do pagamento ou recompensa, e não a morte da vítima, que é apenas o meio para consecução do objetivo final, e ninguém discorda que se trata de um crime doloso contra a vida, de competência do júri.([iv]) Ademais, acrescenta **MARCELO FORTES BARBOSA**:

> E é também certo que o Júri, órgão especial da Justiça Comum, face a regra do art. 78, n. I do Código de Processo Penal, tem competência prevalente, **vis atractiva**, com relação a delitos que acompanham os delitos contra a vida, quer em conexão, concurso de crimes em suas formas, ou ainda em unidade complexa, já que a lei não faz distinções. ([v])

O argumento topográfico também não merece prosperar. Segundo **JOSÉ SALGADO MARTINS**, "o preceito constitucional quis dar ao júri o julgamento de todos os crimes em que a vida constitui, isoladamente ou em concurso com outro bem jurídico, a 'ratio' incriminadora, desde que a lesão à vida esteja na esfera do dolo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propulsor do delito" ([VI]). Para determinar a competência do júri, portanto, a interpretação do que constitua "crime doloso contra a vida" não está vinculada à classificação dos crimes pelo Código Penal ou ao rol do art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, pois não pode o legislador ordinário retirar da competência do tribunal do júri crimes que, na essência, representam uma agressão dolosa à vida humana, considerando que nem mesmo emenda à Constituição poderia fazê-lo. Ora, seria possível que uma lei, por exemplo, que alterasse a legislação penal para retirar o crime de aborto sem o consentimento da gestante do rol dos crimes contra a vida, transferindo-o para um capítulo denominado "dos crimes contra a liberdade gestacional" (ou algo do gênero), o afastasse da competência do júri? A resposta só pode ser negativa, sob pena de se permitir ao legislador infraconstitucional estabelecer quais crimes dolosos contra a vida serão de competência do júri e quais serão julgados por juiz singular, burlando a previsão do art. 5º, XXXVIII, "*d*", da CRFB. Da mesma forma, a competência do júri para o julgamento dos latrocínios não está subordinada a eventual alteração legislativa transformando o crime em modalidade qualificada de homicídio doloso (ou delito autônomo do capítulo "dos crimes contra a vida"). Não se pode interpretar a Constituição a partir do Código Penal ou do Código de Processo Penal. Sempre que o agente ceifar dolosamente uma vida humana, ou tentar fazê-lo, deverá ser julgado pelo tribunal do júri, independentemente do enquadramento típico da conduta.

Note que o plenário do Supremo Tribunal Federal, com base no art. 109, VI, da CRFB, já considerou ser de competência federal o crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), muito embora não conste no rol dos crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207 do CP), sob o fundamento de que, na essência, tal delito violaria a organização do trabalho (STF, RExt 398.041-6/PA e RExt 459.510/MT). No julgamento do RExt 398.041-6/PA, consignou em seu voto o relator ministro **JOAQUIM BARBOSA**:

> A Constituição, no art. 109, VI, determina que são da competência da justiça federal "os crimes contra a organização do trabalho", sem explicitar que delitos se incluem nessa categoria. Embora no Código Penal brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> haja um capítulo destinado a tais crimes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de que não há correspondência taxativa entre os delitos capitulados no referido Código e aqueles indicados na Constituição, cabendo ao intérprete verificar em quais casos se está diante de "crime contra a organização do trabalho". ([vii])

O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, é aplicável à espécie: O art. 5º, XXXVIII, "*d*", da CRFB determina serem da competência do júri os "crimes dolosos contra a vida", sem, no entanto, explicitar quais figuras delitivas se incluem nessa categoria. Não obstante o Código Penal possua um capítulo destinado aos "crimes contra a vida", não há correspondência exaustiva entre tais delitos e aqueles indicados no texto magno como de competência do júri, cabendo ao intérprete a função de analisar em quais hipóteses se está diante efetivamente de um crime doloso contra a vida.

Por tais motivos, conclui **SALGADO MARTINS**,([viii]) "*a competência do júri deverá orientar-se, principalmente, pelo aspecto exterior do delito, desde que dele se possa inferir razoavelmente a existência do dolo contra a vida*". Assim, em que pese o entendimento majoritário consolidado na Súmula 603 do STF, o latrocínio, quando a morte for ocasionada dolosamente, deverá ser considerado, para fins de determinação da competência, crime doloso contra a vida, sendo julgado pelo tribunal do júri. Diversamente, quando se tratar de crime preterdoloso, tendo o resultado morte se dado de forma culposa, será de competência do juiz singular. O mesmo se aplica a outros crimes do Código Penal, como extorsão com resultado morte (art. 158, § 2º, do CP) e extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 159, § 3º, do CP), e até mesmo a delitos previstos na legislação extravagante, como o genocídio, considerado isoladamente, quando praticado mediante homicídios ou abortos (art. 1º, letras "*a*", "*c*" e "*d*", da Lei 2.889/56).([ix])

Notas

[1] Publicado originalmente em: MELLO, Marco Aurélio Vogel Gomes de. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 315, p. 6-8, fev. 2019.

([i]) Nesse sentido, por exemplo, STJ, AgRg no HC 367.173/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[ii] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 57-58, com adaptações ortográficas.

[iii] AIQUEL, Angelito A. Algumas das restrições inconstitucionais à competência do júri. *Revista da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 629-651, 1951. p. 632.

[iv] Este argumento parece ser compartilhado por EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, ao afirmarem: "Nota-se que o crime de *latrocínio* (art. 157, § 3º, CP) não vem incluído como crime doloso contra a vida. A razão parece estar ligada ao sistema *finalista* da ação, dando-se primazia à finalidade dolosa dirigida diretamente contra a vida. No latrocínio, como se sabe, a conduta se dirigiria precipuamente ao patrimônio, surgindo o resultado morte como *inconveniente de percurso*. Vá que seja, mas o homicídio praticado como meio de obtenção de pagamento ou recompensa (art. 121, § 2º, I, CP) também não teria natureza semelhante? " (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 181).

[v] BARBOSA, Marcelo Fortes. O latrocínio face ao novo código penal. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 199-203, out.-dez., 1974. p. 201.

[vi] MARTINS, José Salgado. O júri e a sua competência fixada pela Constituição. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, Porto Alegre, a. 1, n. 1, p. 121-134, 1949. p. 134.

[vii] STF, RExt 398.041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, DJe-241 DIVULG 18/12/2008 PUBLIC 19/12/2008 EMENT VOL-02346-09 PP-02007 RTJ VOL-00209-02 PP-00869.

[viii] *Idem*, *loc. cit.*, com adaptação ortográfica.

[ix] Nesse sentido, sustenta GUILHERME DE SOUZA NUCCI: "Note-se que aquele que 'matar membros do grupo, com a intenção de 'destruir, no todo ou em parte' um agrupamento 'racial', está, em verdade, atentando contra a vida humana, porém, com finalidade específica. Parece-nos inviável sustentar que, nessa hipótese, surge um bem *acima* da vida humana, somente porque a motivação é especial. Por tal razão, voltando-se o agente contra a vida de membros de um grupo, com as finalidades previstas no art. 1.º, *caput*, desta Lei [2.889/56], pensamos seja competência do Tribunal do Júri" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 656-657). Em sentido contrário, entendendo que o genocídio só será julgado pelo tribunal do júri quando houver conexão com crime doloso contra a vida, STF, RExt 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10/11/2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-03 PP-00571 RTJ VOL-00200-03 PP-01360 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 543-557 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 494-523.

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO À BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS EM FACE DE ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS AO ADOTANTE

RAIMUNDO NONATO VALADARES DAMASCENO: Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]

RESUMO: Este artigo tem como o objetivo analisar a temática referente adoção à brasileira e seus reflexos em face de aspectos sociais e jurídicos ao adotante. E quanto aos objetivos específicos procura-se abordar: - Apontar quais as formas de adoção à brasileira; - Expor como à adoção impacta o adotante; - Indicar os aspectos jurídicos da adoção a brasileira. Este trabalho de pesquisa desenvolveu a seguinte problemática: Quais os impactos jurídicos da adoção à brasileira e seus reflexos ao adotante?.Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta.. A infância no país sofre ainda com a chamada "Adoção à Brasileira", que nada mais é do que achar a criança que se gostaria de adotar, ou mesmo assumindo crianças entregues diretamente aos pais adotivos por seus pais biológicos e, em vez de passar pelos processos legais de adoção, desconhecem o programa da Justiça e depois buscam o juizado para "oficializar" a adoção. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. A expressão de "adoção simulada" que foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua crime de falsidade ideológica na esfera criminal, mas absolvido os casais pela inexistência de dolo.

Palavras-chave: adoção; adotante; brasileira; jurídicos; sociais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the issue regarding adoption to the Brazilian and its reflexes in face of social and legal aspects to the adopter. Regarding the specific objectives, we try to address: - Point out which forms of adoption to the Brazilian; - Explain how adoption impacts the adopter; - Indicate the legal aspects of adoption to Brazilian. This research work developed the following problem: What are the legal impacts of adoption to the Brazilian and its reflexes to the adopter? .It was elaborated according to the method of deductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. with the so-called "Adoption to the Brazilian", which is nothing more than finding the child you would like to adopt, or even assuming children delivered directly to foster parents by their biological parents and, instead of going through the legal adoption processes, are unaware

the Justice program and then seek the court to "officialize" the adoption. To this end, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that has been a parameter to resolve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. The term “mock adoption” that was used by the Federal Supreme Court in referring to couples who register someone else's newborn baby as their own, with the intention of giving her a home, in agreement with the mother and not with her. the intention to take her son. Although this fact constitutes a crime of ideological falsehood in the criminal sphere, but acquitted couples for the lack of intent.
Keywords: adoption; adopter; Brazilian; and legal issues; social.

INTRODUÇÃO

Adoção é um meio legal para se constituir o acesso familiar trazendo benefícios mútuos para adotante e adotado. Neste aspecto temos toda burocracia estatal em buscar a preservação ao adotante de possíveis pessoas de má-fé e localizar a melhor família com condições dignas.

Por outro lado o adotante busca reconhecer o filho que passará compor com mínimo de contato apenas de relance com isso temos uma relação de *start* inicial e definitiva na qual haverá encontros futuros para amadurecer essa relação com visitas assistidas por Assistentes Sociais vislumbrando todo um aspecto de entendimento entre o *animus* e o *corporis*, ou seja, vontade e a realmente ter as condições qualificadoras para se candidatar ao presente pleito.

O estudo aborda o tema da adoção, particularmente busca refletir sobre a adoção irregular no Brasil, conhecida como de ”adoção à brasileira”. Esta constitui o ato dos pais adotivos registrarem os filhos adotivos como sendo filhos biológicos, utilizando documentos falsos de maternidade ou hospitais.

Entretanto no Brasil em regiões deste País há uma forma de adoção singular que é adoção a brasileira que consiste em entregar o bebê para um parente e um amigo próximo sem passar pelo instrumento estatal se utilizando desse subterfúgio para adotar um filho. Sendo que há uma necessidade de regulamentar os trâmites visando organizar de forma distinta esse imbróglio que são praticados no Brasil. Gerando uma desorganização e documentação quanto ao adotante pelo prisma legal, além da insegurança expondo adotado a situações inconvencionais adstrito.

Destarte demonstrar a importância de legalizar e proteger o adotado e demonstrando do adotante as orientações e o apoio do Estado, pois, no intuito de ajudar acabar por cometer um ato deverás ilícito, mas moralmente aceito.

No mundo atual, a adoção possui duas definições conforme os autores Cabette; Rodrigues (2019), a definição jurídica e a social. Juridicamente, a adoção é um negócio jurídico extrapatrimonial que envolve dois indivíduos interessados em obter a guarda de uma criança por diversos motivos; esse processo é classificado como complexo, uma vez que para haver a guarda integral e absoluta de um menor

impúbere são necessários diversos requisitos, entre eles: a adaptação do casal com a criança, o preenchimento de recursos necessários exigidos neste processo e até mesmo o lapso de tempo é influente nessa questão, pois todo o decorrer do negócio exige espera e principalmente paciência.

O estado de filiação na realidade humana de cada pessoa é único e de natureza social e afetiva, originado na convivência familiar tendo como origem biológica ou adotado, para tanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se estabeleceu.

Esta filiação é a relação de parentesco que se institui entre duas pessoas, uma das quais é contemplada filho do outro pai/mãe. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, imputada a alguém, abrangendo multíplices direitos e deveres recíprocos. O filho é possuidor do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade.

Este trabalho de pesquisa desenvolveu a seguinte problemática: Quais os impactos jurídicos da adoção à brasileira e seus reflexos ao adotante?

Dentre o objetivo geral têm-se: analisar como adoção à brasileira e seus reflexos em face de aspectos sociais e jurídicos ao adotante.

E quanto aos objetivos específicos procura-se abordar:

- Apontar quais as formas de adoção à brasileira;
- Expor como à adoção impacta o adotante;
- Indicar os aspectos jurídicos da adoção a brasileira.

Quanta a metodologia a pesquisa é definida pelo método dedutivo que visa expor aspectos jurídicos da adoção à brasileira e seus reflexos em face de aspectos sociais e jurídicos ao adotante, como aspecto geral para o particular. Com a técnica bibliográfica de pesquisa em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes a pesquisa

1 ASPECTO HISTÓRICO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

1.1 Contraste Histórico

Desde a Antiguidade o homem vivencia muitas cobranças que recaem sobre si em relação à sociedade, e uma delas é a cobrança de se estabelecer uma família com filhos para que não ocorra a extinção desse verdadeiro "culto" doméstico, e se esta concepção não advier de meios naturais, devia se optar pela adoção, como demonstram Cabette; Rodrigues (2008).

Como é possível perceber, a adoção visava preencher o vazio hereditário que haveria em uma família caso não houvesse nenhum descendente, pois o importante era preservar o culto familiar e levar adiante por muitos anos a cultura de um lar; foi apenas em Roma que a adoção ganhou uma definição mais sentimental do que um conceito de hereditariedade, a finalidade básica antiga da adoção que passou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para o atual Direito Civil era de que ela pudesse imitar a natureza: adoptio naturam imitatur. (VENOSA, 2015, p.288).

O Código de Hamurabi, escrito no século 18 a.c., também possuía suas próprias leis em relação à adoção; esta prática era permitida e o adotado não poderia mais ser reclamado, ou seja, voltar para à sua casa de origem, entretanto, existia a possibilidade de regresso se este se revoltasse contra os seus pais adotivos (artigos 185 e 186). Havia também drásticas punições para os filhos adotivos que não reconhecessem seus pais adotivos, podendo receber como castigo a punição de ter a língua cortada e até mesmo os olhos arrancados (artigos 192 e 193). (BUENO, 2012, p.37-38).

De acordo com Elias (2010) ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando uma linha de tendência ocidental, realizou a ampliação dos limites de inclusão dos filhos ilegítimos, com redução de seu inerente quantum opressor, comprimindo a diferença até ao seu desaparecimento, com a Constituição de 1988. Ou seja, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, malogrou qualquer sentido o conceito de reconhecimento nas relações familiares, que se reduziu no requisito fundamental da maioria das ordenações do direito de família. Por conseqüência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.

O estado de filiação desatou-se do princípio biológico e de seu efeito, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí é de se rejeitar o entendimento que toma corporação nos tribunais brasileiros de se embaraçar estado de filiação com origem biológica, em grande medida em função do encantamento ilusório praticado pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer sustentáculo jurídico para tal desvio interpretativo restritivo, pois a Constituição determina exatamente o contrário, amparando sublimemente o estado de filiação de qualquer natureza, sem supremacia de um sobre outro. (ELIAS, 2010).

O regulamento da Adoção é uma forma artificial de filiação pela qual aceita-se como filho, de forma espontânea e legal, um estranho na intimidade familiar. A relação criada pela Adoção objetiva semelhar a filiação congênita, ou seja, aquele procedente de sangue, genético ou biológico, razão pela qual, também é conhecida como filiação civil. No que refere a sua conveniência, muito se discute: em relação à criança ou ao adolescente pobre, escasseado ou abandonado, é inafastável, todavia, quanto àquele que não se encontra numa das situações acima elencadas, há quem diga que facilita a fraude fiscal, tráfico de menores. (MOREIRA, 2011).

1.2 Aspectos Constitucionais

Segundo Delmanto (2010) a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 6º, ao cuidar dos direitos sociais, referencia a maternidade e a infância como direitos essenciais de uma pessoa em desenvolvimento. Porém, é no art. 227, § 5º e

6º da CF/88, que os princípios basilares assecuratórios à criança e ao adolescente no que refere à adoção são especificados.

Atualmente, a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227,§ 6º assegura que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (BRASIL, 1988).

Tais princípios referem-se, entre outros, a vigilância pelo Poder Público das condições para a concretização da colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, conseqüentemente, entre outros, evitar o comércio de infanto-juvenis. Além disso, o legislador constitucional, em conformidade com a tendência universal, proíbe expressamente quaisquer espécies de diferenciações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, etc., salvo os empecilhos matrimoniais.

As leis que atualmente determinam e regulam esse parágrafo são o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 39 a 52 e o Código Civil Brasileiro, arts. 1.618 a 1.629.

1.3 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

A adoção também sempre esteve presente no Brasil, entretanto, foi apenas em 1990 com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que este ato ganhou uma nova regulamentação no nosso país, embora o Código Civil de 1916 já tratasse do tema; como ressalta Caio Mário Pereira (2010, p.411):

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) nova regulamentação se deu para a adoção no Brasil. Prevaleceu, ainda, por destacado período a idéia da adoção como meio jurídico para assegurar descendência para aqueles que não a tinham de seu próprio sangue. A partir da década de 1990 novo paradigma passou a orientar a adoção: a busca de uma família para aqueles que não tinham a possibilidade de permanecer na família biológica, prevalecendo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente como orientação jurídica.

Para Elias (2010) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) consolidado no princípio do resguardo integral à criança e ao adolescente qualifica seus destinatários como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito. Dessa forma, entre os distintos direitos listados na Lei n.º 8.069/90:

> Como destaca o § 1º do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘‘A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (...) ‘Dispõe que a criança ou adolescente tem o direito essencial de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou representada. Entre as modalidades de colocação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> em família substituta, encontramos a adoção, medida de caráter excepcional, mas imutável, que atribui a condição de filho ao adotado, imputando-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação. (BRASIL, 1990, p.1).

Ou seja, a adoção é contemplada pelo ordenamento jurídico, entretanto, para que uma criança seja encaminhada para a adoção, é de suma importância que todos os recursos de manutenção da estabilidade desta estejam esgotados, isto garante que aquele menor possa ter a sua dignidade humana respeitada, uma vez que ele não foi simplesmente desprendido de sua família biológica sem nenhuma chance de se estabelecer uma situação melhor.

De acordo com o ECA, art. 42, § 5º, deverão ser colocados em adoção, todas as crianças e adolescentes cujos pais biológicos (ou adotivos, uma vez que não há limite para que uma pessoa seja adotada) ou representante legal estejam de acordo com a medida, ou se os pais estiverem desempossados do poder familiar ou ainda, se estiverem falecidos, porém, só será efetivamente aceita, sempre que "apresentar reais vantagens para o adotando e firmar-se em motivos legítimos". (BRASIL, 1990).

De acordo com Lobo (2014) nesta lei, nos arts. 39 a 50, é estabelecida a conduta para a adoção de crianças brasileiras, seja por nacionais ou estrangeiros domiciliados e residentes em território nacional, haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5°, garante a todos residentes no país, a igualdade perante a lei. É importante salientar, ainda, que o brasileiro domiciliado e residente no exterior, terá os mesmos direitos que o nacional que se encontra em solo pátrio. Já os arts. 51 e 52 cuidam da adoção internacional por estrangeiros cujo domicilio e residência seja fora do Brasil.

1.4 Adoção frente à Lei nº 12.010/2009

A adoção é um ato afetivo que pode mudar tanto a vida do adotado como a vida do adotante, mas para que tudo ocorra dentro dos parâmetros da lei, atualmente contamos com a Lei nº 12.010 de 2009, conhecida como Lei da Adoção e o atual Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 de 1990; ou seja, a adoção passou por muitas fases ao decorrer dos séculos, sempre tentando se aperfeiçoar um pouco mais, todavia uma definição antiga de Justiniano perdurou ao longo dos séculos: a adoção deve imitar a filiação natural (VENOSA, 2015, p.289), ou seja, mister que o filho adotivo seja tão amado e protegido como o filho biológico, e assim se faz hoje em dia.

A adoção no Brasil foi reformulada pela nova Lei de Adoção - Lei n.º 12.010 de 2.009, sancionada pelo Presidente da Republica em 03 de agosto de 2.009, publicada no Diário Oficial da União em 04 de agosto de 2.009, na qual a nova lei da adoção 2009 entrou em vigor em 90 dias após sua publicação. (BRASIL, 2009).

Moreira (2011) relata que com a criação do Cadastro Nacional de Adoção, o qual reúne os dados das pessoas que querem adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção, de modo a impedir a "adoção direta" (em que o interessado

já comparece no Juizado da Infância e Juventude com a pessoa que quer adotar); também estabelece uma preparação psicológica, de modo a esclarecer sobre o significado de uma adoção e promover a adoção de pessoas que não são normalmente preferidas (mais velhas, com problemas de saúde, indígenas, negras, pardas, e amarelas).

O conceito de família extensa (ou ampliada), pelo qual se deve esgotar as tentativas de a criança ou adolescente ser adotado por parentes próximos com os quais o mesmo convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Assim, por exemplo, tios, primos, e cunhados têm prioridade na adoção não podem adotar os ascendentes e o irmão do adotando. (MOREIRA, 2011).

Conforme o Código Civil Lei nº 10.406/2002 que estabelece a idade mínima de 18 (dezoito) anos para adotar, independente do estado civil (casado, solteiro, viúvo, etc). Contudo, em se tratando de adoção por casal é necessário que ambos sejam casados ou mantenham união estável.

> A adoção dependerá de concordância, em audiência, do adotado se este possuir mais de 12 (doze) anos. Irmãos não mais poderão ser separados, devem ser adotados pela mesma família. A adoção conjunta por união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo é vedada pela lei. Não obstante, o Poder Judiciário já se decidiu em contrário, em caso de união homoafetiva estável. A gestante que queira entregar seu filho (nascituro) à adoção terá assistência psicológica e jurídica do Estado, devendo ser encaminhada à Justiça da Infância e Juventude. A lei estabelece também como medida de proteção a figura do acolhimento familiar, a qual a criança ou o adolescente é encaminhado para os cuidados de uma família acolhedora, que cuidará daquele de forma provisória. A lei ainda determina que crianças e adolescentes que vivam em abrigos terão sua situação reavaliada de 06 (seis) em 06 (seis) meses, tendo como prazo de permanência máxima no abrigo de 02 (dois) anos, salvo exceções. Em se tratando de adoção internacional, esta somente ocorrerá se não houver, em primeiro lugar, alguém da chamada família extensa habilitado para adotar, ou, em segundo, foram esgotadas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira. Por fim, os brasileiros que vivem no exterior ainda têm preferência aos estrangeiros. (BRASIL, 2002).

2. ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira, também conhecida como adoção ilegal caracteriza-se quando a genitora ou a família biológica simplesmente entrega a criança a um indivíduo estranho, onde este muito provavelmente registrará a criança como filho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

próprio, sem sequer ter passado por um processo judicial de adoção. Ao nos depararmos com tal situação, é mister questionar por que tal ato ilegal é tão comum no nosso país, mesmo havendo legislações específicas para a regularização de tal procedimento e possuindo previsão no Código Penal ao descrever a conduta no Art. 242: ‘’Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.”, com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão. (CABETTE; RODRIGUES, 2019).

Para Moreira (2011), talvez a mais preciosa e difícil ação de cidadania seja a adoção. Desassistidas ou colocadas em creches ou abrigos em razão do desprezo ou violência das famílias, as crianças dos programas de adoção esperam uma oportunidade de crescer com respeitabilidade e nobreza.

Note que Elias (2010) nos mostra que a infância no país sofre ainda com a chamada "Adoção à Brasileira", que nada mais é do que achar a criança que se gostaria de adotar, ou mesmo assumindo crianças entregues diretamente aos pais adotivos por seus pais biológicos e, em vez de passar pelos processos legais de adoção, desconhecem o programa da Justiça e depois buscam o juizado para "oficializar" a adoção.

Cotejo teleológico que Moreira (2011) apud Elias (2010) é que ao registrar como seu um filho que sabia ser de outro, a pessoa cria expectativas (que não podem ser desleais) de que se comportará, realmente como pai. Logo entra - se como ação negatória de paternidade, posteriormente, evidencia um comportamento contraditório, inadmissível pela quebra de confiança e lealdade, devendo ser rechaçada a pretensão do autor. Sendo assim considerada a natureza irreversível e irrevogável da adoção.

> Propaga-se, como conseqüência, uma espécie de "mercado negro" – em que a "ligação/contato" entre a família biológica e os adotantes é feita por intermediários –, e cresce o risco de chantagens e ameaças aos pais adotivos que participam do esquema. Tem-se ainda um círculo vicioso, que alimenta a ilusão de que a adoção é um processo demorado e burocrático. Com a "adoção à brasileira", as crianças não são entregues à Justiça, o que aumenta é o tempo de espera dos candidatos a pais adotivos que estão nas filas dos juizados e que, desanimados, acabam se rendendo às formas mais rápidas de adoção. Na “Adoção à Brasileira”, um golpe cria um atalho ilegal para um processo complexo. Segundo o Código Penal, artigo 242, "é crime contra o Estado de Filiação, com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem". (VENOSA, 2015, p.15).

Segundo Moreira (2011) usam-se também a expressão de "adoção simulada" que foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua crime de falsidade ideológica na esfera criminal, mas absolvido os casais pela inexistência de dolo.

2.1 Características da Adoção à Brasileira

As pessoas que realizam a "adoção à brasileira", podem ser divididas em dois grupamentos distintos do ponto de vista de móvel psicológico para o ato: (EHRLICH, 2006).

> Os que precipitadamente realizam essa colocação indevida por medo de constarem na fila de interessados em adoção. Com eventual demora na chamada por especificação excessiva das características da criança pretendida (geralmente branca, recém-nascida e do sexo feminino), poderia haver o medo de envelhecimento dos interessados, com profundo distanciamento em relação à faixa etária do "adotado" (quebra da mística de geração natural no seio familiar) ou frustração decorrente de situação não resolvida (mito do tempo perdido, que poderia ser aproveitado com uma criança já inserida na família); *Os que recorrem à "adoção à brasileira" com apreensão de desaceitação do Poder Judiciário (ou do Ministério Público) em aceitar o perfil dos interessados*. Há pessoas que têm insegurança em suas atitudes, imaginando que o Juiz de Direito (ou o Promotor de Justiça) possa criar dificuldades à colocação adotiva com objeções variadas (falta de recursos financeiros, anomalias psíquicas, inadequação para os cuidados de uma criança etc.)

Os adotantes à brasileira conforme relatado acima recorrem este meio por ser mais rápido e menos burocrático e com temor do tempo e a criança ali disponível não obedecem o preconizar o Lei em função do melhor para criança assim pensam acabam por proceder todas as formas de falsidades e deturpações com intenção de conseguir o fim desejado.

A prática tem mostrado que a esmagadora maioria dos praticantes dessa "adoção" objetivamente tem o seguinte perfil (FELIPE, 2016, p.15).

> - são pertencentes à classe média; - a faixa etária gira entre os 40 e 50 anos; - residem em local não pertencente à circunscrição do Cartório de Registro Civil onde o registro de nascimento da criança é impropriamente lavrado; - expõem necessidades iminentes do jovem (inserção em plano de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

saúde, hospitalização, acesso a recursos médicos etc.) quando são acareados, tentando justificar o ato.

Em geral essas pessoas pertencem como vimos acima a classe média mais o que isso tem haver se analisarmos será que classe média brasileira não está mais procriando seus próprios filhos naturais ou as mulheres já estão ficando em demasia com seus úteros envelhecidos e devido a isso não querem correr este risco. Algumas vezes tem a oportunidade e vão até cartório com documento de nascido vivo emitido pela maternidade e fazem o assentamento da certidão de nascimento aí está feito à adoção à brasileira por meio de fraude em documento público.

Por sua vez, a quase totalidade das crianças "adotadas" é composta de recém-nascidos. Não se verifica essa forma espúria de colocação em lar alternativo na forma *tardia*. (LOBO, 2008).

Na medida se justifica em que os autores dessa mentira recorrem ao recebimento de bebês no intuito de aproveitar todas as etapas da infância e vivência-lás "adotado", fazendo com que ele não se rememore ainda que de maneira vaga de fases passadas em que houve supostamente a presença do pai/mãe como se de sangue o fosse. Se oculta a real origem da criança e ao mesmo tempo se mostra à sociedade uma gestação virtual, como se o "adotado" realmente tivesse nascido daquele núcleo familiar.

2.1.1 Possíveis fatores que levam à conduta da adoção à brasileira

De acordo com o relatório de pretendentes cadastrados para a adoção, fornecido pelo site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ , atualmente há no Brasil exatamente 43.891 mil pessoas na fila da adoção aguardando pela obtenção da guarda de uma criança, sendo que 20.721 mil destas pessoas estão concentradas na região sudeste. Por outro lado, no Cadastro Nacional da Adoção – CDA , também é fornecido que exatamente 8.889 mil crianças ainda estão disponíveis para a adoção; ora, por uma obviedade, há mais possíveis adotantes do que crianças para serem adotas, mesmo assim, tanto a morosidade do processo judicial, como exigências dos possíveis pais em relação a criança (raça, cor, idade etc.) acabam por dificultar ainda mais tal procedimento, fazendo com que estes se esgotem e acabem por optar por uma solução mais fácil, uma vez que o desejo de obter uma nova prole é gigantesco.

Como mencionado, no Brasil há 8.889 mil crianças esperando para serem recebidas em uma nova família. Como a adoção, segundo o ECA, trata-se de medida excepcional, percebemos que de fato há uma realidade que demonstra que milhares de menores de idade não podem conviver com sua família biológica, gerando consequentemente um abandono afetivo que reflete nas condições emocionais destas crianças, fazendo com que, paralelamente, outros milhares de adultos se comovam com tal situação, optando estes por trazerem alguma destas para seu seio familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que o sentimento em face de crianças abandonas, se somado ao desejo de se aumentar a composição familiar faz com que várias pessoas optem pela adoção, sendo este um ato nobre. Entretanto, embora existam várias crianças em abrigos, muitas delas deixam de ser adotadas, uma vez que o processo de adoção exige tempo e paciência. Assim, aqueles que desejam a adoção acabam por optar por uma mais fácil, mesmo se tratando de um ato ilegal.

2.1.2 A prática da adoção ilegal atualmente

Ora, é fato que estes "pais ilegais" optam pelo procedimento mais fácil por não acreditarem no sistema oferecido pela legislação, realizando todos os atos à margem da lei, sem se preocuparem (naquele momento) com as consequências deste ato, que poderá ser descoberto um dia, ou não. No mundo social esta prática de adoção sequer é conhecida como crime, pelo contrário, acredita-se que a sua realização é um ato nobre, não devendo de forma alguma ser investida de ilegalidade. Na realidade e de acordo com a legislação, tal ato sequer pode ser chamado de adoção, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo na verdade, uma simulação errônea de filiação. (CAVALCANTE, 2013).

Em geral, aqueles que optam pela prática desta adoção possuem boas intenções, apenas desejam tornar para si aquele ser como filho e ao mesmo tempo, impedir que mais uma criança venha a se isolar e até mesmo permanecer por anos em um abrigo, sem qualquer expectativa de vida digna, assim percebemos que estas pessoas diferem daquelas que jamais optariam por tal procedimento, por ferir a legislação, sendo classificadas em dois grupos, como demonstra Moreira (2011, p.19):

> As pessoas que realizam a "adoção à brasileira", podem ser divididas em dois grupamentos distintos do ponto de vista de móvel psicológico para o ato: os que precipitadamente realizam essa colocação indevida por medo de constarem na fila de interessados em adoção. Com eventual demora na chamada por especificação excessiva das características da criança pretendida (geralmente branca, recém-nascida e do sexo feminino), poderia haver o medo de envelhecimento dos interessados, com profundo distanciamento em relação à faixa etária do "adotado" (quebra da mística de geração natural no seio familiar) ou frustração decorrente de situação não resolvida (mito do tempo perdido, que poderia ser aproveitado com uma criança já inserida na família); os que recorrem à "adoção à brasileira" com apreensão de desaceitação do Poder Judiciário (ou do Ministério Público) em aceitar o perfil dos interessados. Há pessoas que têm insegurança em suas atitudes, imaginando que o Juiz de Direito (ou o Promotor de Justiça) possa criar dificuldades à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> colocação adotiva com objeções variadas (falta de recursos financeiros, anomalias psíquicas, inadequação para os cuidados de uma criança etc.).

Tal conduta é tipificada pelo ordenamento jurídico, entretanto, ao mesmo tempo em que há a tipificação, também há uma excludente prevista no parágrafo único do Art. 242, CP: Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Vemos que a própria legislação exclui a imposição de pena quando o delito é praticado por reconhecida nobreza, ou seja, quando a conduta está revestida de boas intenções, visando uma vida digna para aquele pequeno ser, logo, percebe-se que de fato há a tipificação para se evitar que crianças sejam adotadas com fins maléficos, e ao mesmo tempo, se reconhece que há casos em que o objetivo é garantir a dignidade daquele indivíduo. Como menciona Assis (2014, p.49):

> A conduta configura o delito insculpido no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante" (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei nº. 6.898/1981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza.

A falsificação de documento público para efetuar a adoção à brasileira é visto no direito penal como uma forma privilegiada tendo como fulcro o perdão judicial por motivo de reconhecida nobreza em criar outro ser com condições dignas então se percebe que apesar de inadmissível e inarredável. Quando praticado se cria o liame entre adotante e adotando que não pode ser mais quebrado restando a Justiça reconhecer.

2.2 Identificação de casos de "Adoção à Brasileira

O expediente, conhecido entre nós como 'adoção à brasileira', que consiste no falso registro de nascimento do filho de outro como próprio, tem sido comumente utilizado por casais brasileiros [...]. O procedimento, que tem sido indiretamente estimulado pela passividade e tolerância das autoridades, também muito comum em outros países [...]. (LAMENZA, 2008).

No Estado de São Paulo, tem-se uma interessante experiência em termos de diligências tendentes ao combate à "adoção à brasileira". A Corregedoria Geral da

Justiça bandeirante, com a edição do Provimento n° 21/01, de autoria do Desembargador Macedo assim indicou o subitem 42.1, alínea "a":

> O registrador civil, nos cinco dias após o registro de nascimento ocorrido fora da maternidade ou estabelecimento hospitalar, fornecerá ao Ministério Público da Comarca os dados da criança, dos pais e o endereço onde ocorreu o nascimento.

Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo, em obediência ao Provimento já mencionado, têm remetido aos Promotores de Justiça da Infância e da Juventude as informações necessárias para a formação do necessário processo investigatório pelo Parquet para análise das circunstâncias em que sucedem os nascimentos noticiados fora de maternidade ou estabelecimento hospitalar.

Com o recebimento das peças informativas por parte dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais cuja remessa é obrigatória, a Promotoria de Justiça examina as circunstâncias relativas ao nascimento e outros fatores daí decursivos. Se os elementos referentes a determinado parto domiciliar se revestirem de suspeitas, avalia-se um pedido de instauração de procedimento verificatório que tramitará pela Vara da Infância e da Juventude.

A seguir, as partes são solicitadas para, diante dos Setores Técnicos, demonstrarem a concretização de uma vivência pré-parto (juntada de laudos de exame pré-natal, registros ultrassonográficos, fotografias da mulher grávida).

Havendo a caracterização da "adoção à brasileira", na totalidade dos casos suspeitos os "pais" confessam a autoria do ilícito nas entrevistas feitas pelos Setores Técnicos da Vara da Infância e da Juventude – não raro vêm acompanhados de advogados para evitar a busca e apreensão das crianças "adotadas" e/ou de pleitear a regularização do caso (nesse momento se mostra escancarada a faceta da insegurança que leva vários desses casais a praticar a "adoção à brasileira").

2.3 Suspeitas de uma "adoção à brasileira"

Quando do recebimento das peças informativas por parte do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, o Promotor de Justiça já deverá contar com alguns ou vários elementos indicativos de que se está diante de um caso duvidoso de "adoção à brasileira". (LOBO, 2014).

a) Declaração de nascido vivo

Segundo Lamenza esse documento, que às vezes acompanha a cópia do assento de nascimento da criança (indicação de socorro hospitalar logo após o parto fora do hospital), pode conter os seguintes pontos discordantes:

> Preenchimento por parte de pessoa que não é funcionária da maternidade ou hospital (há casos de preenchimento pelo "pai" ou até mesmo pelo serventuário do Cartório de Registro Civil); Ausência de impressão palmar do recém-nascido e/ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> da impressão digital da parturiente; Anotação de índices técnicos, como o *Apgar* (principalmente se a declaração é preenchida por pessoa estranha aos quadros de maternidade ou hospital). (LAMENZA, 2011, p.2).

b) Indicação de residência

É muito comum casais adeptos dessa prática perniciosa declaram endereço residencial falso. Há casos de indicação de moradias inexistentes. A experiência nos tem mostrado que, na totalidade de casos em que foi apontado endereço falso, foi detectada a "adoção à brasileira".

A lógica de atitude dos agentes nessas circunstâncias é bastante direta. Com a indicação de endereço residencial falso, dificulta-se (ou impossibilita-se) a localização do grupo familiar para que haja a prestação de esclarecimentos perante quem de direito. Seguindo esse raciocínio, pode até haver uma localização tardia, mas aí a convivência da criança com os "pais" estará consolidada, dificultando-se uma ruptura de relacionamento caso o casal seja considerado inadequado.

c) Testemunhas

Há a possibilidade de que parentes ou pessoas bastante próximas dos "pais" sirvam como testemunhas de que teria havido parto domiciliar art. 52, §1º, da Lei n° 6015/73). Com pouco menos freqüência também há casos em que as próprias mães biológicas, após terem dado à luz em hospitais, entregam seus filhos para a "adoção à brasileira", servem como testemunhas, sendo desmascaradas hospital.

d) Perfil social dos "pais"

No tempo em que se está em meio de tantas possibilidades que um plano de saúde pode oferecer, é de se surpreender com a notícia de que uma mulher de classe média, por exemplo, deu à luz em casa sem que o filho tenha os cuidados hospitalares logo em seguida, algo bastante incomum na atualidade.

Pode ser de acontecer um acidente com gestante de classe econômica alta, como parto fora de hora em plena via pública, ou algo semelhante. O que não é admitido como uma normalidade é que haja o parto, e o recém – nascido fique restrito a ambiente extra-hospitalar e permaneça dessa forma, sem que haja cuidados médicos adequados, para só depois surgir à notícia quando for o momento da lavratura do assento de nascimento.

2.4 Regularização da situação

Quem quiser regularizar a situação em relação à adoção feita sem o conhecimento da justiça, deve constituir um advogado e entrar com um processo no Juizado da Infância e da Juventude, na Comarca onde residem os pais biológicos da criança ou não caso não os encontrem. Os pais biológicos serão ouvidos em audiência e devem expressar a sua concordância com a adoção.

Conforme a Lei nº. 8.069/90 "art. 50 § 5° Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e de pessoas ou casais habilitados à adoção". No art. 50 o § 8º a

autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste art., sob pena de responsabilidade.

3 ADOÇÃO E A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO

A adoção encontra-se intimamente correlacionada com a afetividade, a qual por sua vez, é orientada na posse de estado de filiação. A posse de estado de filiação é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória.

O Código Civil Brasileiro é bastante acanhado de acordo com Cabette; Rodrigues (2019), no que se refere à prova do estado de filiação. Diante disso é importante a execução de um trabalho criativo pelo julgador, pautado pelos princípios constitucionais que informam as relações de filiação, a fim de apreciar, minuciosamente, todas as circunstâncias presentes no caso concreto.

O conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico evoluiu da filiação biológica até a atual filiação socioafetiva que prepondera em nosso ordenamento. Na doutrina, o estado de filiação não tem merecido o tratamento devido, sem empecilho de sua evidente essencialidade, salvo quando se cuida do estado de fato, na modalidade de posse de estado, ou do reconhecimento espontâneo ou forçado. Entretanto, são situações que têm por intuito evidenciar a existência de estado de filiação, quando este seja matéria de dúvida ou demanda.

O estado de filiação constitui-se ope legis ou em razão da investidura de estado, por força da convivência familiar (a fortiori, social), firmada na afetividade. Nesse aspecto, a filiação jurídica é sempre de categoria cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica.

No direito brasileiro atual, com base no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, consideram-se estados de filiação ope legis:

a) filiação biológica em presença de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família mono parental;

b) filiação não-biológica em presença de ambos os pais, proveniente de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e

c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

Estabelecido o vínculo da filiação, o mesmo poderá, contudo, ser contestado ou repelido, desde que não mais se observe o interesse da criança, pela perda do pátrio poder, ou desde que não haja permissão livre em face da inseminação heteróloga feita, ou se o mesmo for externado sob fraude, erro ou coação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, o vínculo de filiação, uma vez constituído, não mais será objeto de contestação ou de discussão e imporá, aos que externarem de forma livre e esclarecida o seu consentimento, os direitos e obrigações relativos à filiação.

O art. 27 da Lei 8.069/90 estabelece o seguinte: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

3.1 A verdade socioafetiva: Discussão Doutrinária Questões

O aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genérica. A matéria é muito mais sociológica ou psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.

Os fatores quem concorrem num processo que indica uma "adoção à brasileira", afirmam com muita tranqüilidade que o que ocorre com a criança, nada mais é de um cenário assustador e irreal. Como num reality show em que tudo é falso, menos os participantes, os "pais" são impostos ao jovem como sendo o grupo familiar. Como que apagando todas as pegadas feitas num solo arenoso que foram deixadas para trás, os indivíduos praticantes da "adoção à brasileira" procuram esconder do petiz sua real origem, evitando ao máximo expô-lo aos verdadeiros genitores.

A criança não pode ser criada num ambiente de "faz-de-conta", em uma cenário que no futuro virá somente em prejuízo em seu desenvolvimento. A mentira gera ainda mais mentira. No presente escondem fatos da mente do infante - mas até quando essa farsa vigora? Não deixamos nos esquecer de que o profissional da área da Infância e da Juventude não pode ser imediatista, deve pensar (e agir) com a mente voltada para o futuro, justamente quando o jovem usufruirá dos benefícios hoje plantados para si.

3.2 Adoção à Brasileira na Visão dos Tribunais

Os Tribunais superiores mantêm entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor nas práticas de adoção à brasileira, não há de forma alguma nenhuma inconstitucionalidade nestas decisões, uma vez que o parágrafo único do Art. 242, CP permite a não aplicação da pena e, além do mais, o que importa é o bem-estar do adotado, uma vez que este terá seus direitos mínimos estipulados pelo Art. 227 da Carta Maior garantidos, sendo assim, vejamos:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS

> QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 2 - Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o **princípio do melhor interesse do menor**, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 27/02/2018. HC 385507/PR. Ministra Nancy Andrighi).
>
> HABEAS CORPUS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. MEDIDA LIMINAR PROTETIVA DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇA EM ABRIGO. GRAVE SUSPEITA DA PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA" EM DUAS OCASIÕES DISTINTAS. INDÍCIOS DE ADOÇÃO DE CRIANÇA MEDIANTE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA. GRAVIDEZ FALSA. INDUZIMENTO A ERRO. AMEAÇA GRAVE A OFICIAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ABRIGAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 05/12/2017. HC 418431/SP. Ministro Moura Ribeiro).

O próprio STJ vem decidindo pela permanência da criança na família adotiva, mesmo que isto tenha ocorrido por meios ilegais; o que se leva em consideração é o melhor interesse para este menor, uma vez que, se a finalidade do Estado é o bem social, deixar que o menor permaneça em seu lar onde houve a criação do vínculo afetivo, é respeitar o adotado.

Partilhando do mesmo entendimento, os Tribunais inferiores também proferiram decisões que não condenam tal prática ilegal de adoção, sempre enaltecendo o melhor interesse do menor, além de levarem em consideração que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com a criação do vínculo sócio-afetivo, não há por que descaracterizar tal ato, pois na maioria das vezes, o reconhecimento de paternidade/maternidade é feito de maneira voluntária, por parte daquele que adota:

> APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA -APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretratável (arts. 1609e 1610do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. (AC Nº 70040743338, TJRS).
>
> 2. Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. (TJPI. Data do julgamento: 26/05/2015. AC nº 201000010064408 PI 201000010064408. Relator Desembargador Brandão de Carvalho.).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA.
>
> Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS. Data do julgamento: 26/11/2014. Apelação Cível Nº 70062283361, Relatora Liselena Schifino).

Conforme Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), mantém decisão sobre caso de adoção à brasileira julgado na Paraíba no recurso especial nº 1.088.157/PB:

> Um caso típico de adoção à brasileira, que teve origem na Paraíba, foi julgado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse tipo de adoção é considerado crime, definido no artigo 242 do Código Penal, e ocorre quando alguém, sem observar o regular procedimento de adoção

> imposto pela Lei Civil, registra a criança como filho. Isto foi o que aconteceu com A.T.S., (já falecido), que em 1964 declarou falsamente a paternidade de S.A.T. Só que, após 30 anos do fato, a viúva dele, L.M.F.T, ingressa na Justiça com ação declaratória de nulidade de registro civil. O processo percorreu um longo caminho até chegar ao STJ. Primeiro, passou pelas mãos do juiz Romero Carneiro Feitosa, da 7ª Vara Cível da comarca de João Pessoa. Ele julgou o pedido improcedente, entendendo que, na adoção à brasileira, o adotante assume o risco da prática de um delito para poder tomar como sua criança de outrem. "Acho injusto, inclusive, nas circunstâncias do presente processo, com tal decurso de tempo, negar validade inferior para adoção à brasileira do que para as adoções por escritura pública, muito embora seja "àquele crime", disse o juiz Romero Feitosa em sua sentença (...).

Além do posicionamento jurisprudencial, a doutrina também entende e exemplifica tal situação. Damásio de Jesus expõem por que há a diminuição da pena e também o perdão judicial (2011, p.253):

O parágrafo único do art. 242 do CP prevê uma causa de diminuição de pena, consistente em o agente realizar a conduta impelido por motivo de reconhecida nobreza. O privilégio aplica-se a todas as modalidades de conduta descritas no caput. Reconhecida nobreza significa motivo que demonstre humanidade, altruísmo, generosidade por parte do agente. Existindo tais motivos, é possível ao juiz atenuar ou até conceder o perdão judicial. Embora o CP empregue a expressão "podendo o juiz deixar de aplicar a pena", o perdão judicial constitui um direito do réu e não simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder aplicá-lo ou não, segundo o seu puro arbítrio. Desde que presentes circunstâncias favoráveis ao réu, o magistrado está obrigado a não aplicar a pena.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, Rogério Greco também menciona a atitude do legislador em atenuar a pena ou conceder o perdão judicial, em casos que realmente há motivo nobre (2014, p. 701):

Existem situações, que não são incomuns, em que o agente pratica o delito tipificado no art. 242 do Código Penal, em qualquer de suas modalidades, impelido por um motivo nobre, que denota generosidade, altruísmo, humanidade, enfim, sentimentos que merecem ser considerados para efeito de aplicação da lei penal, ou mesmo para que seja evitada sua aplicação. Imagine-se a hipótese em que uma mulher grávida, vivendo em condições de extrema miséria, morando em um vilarejo muito pobre no interior de uma cidade de nosso país, resolva abortar, oportunidade em que é impedida por uma família de condições pouco melhores do que as dela, mas que, movida por um sentimento de solidariedade, a convença a levar a gravidez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a termo, sob promessa de que ficaria com a criança assim que ela nascesse. Depois do nascimento, dada a pouca cultura, a família registra o recém-nascido como filho.

CONCLUSÃO

A adoção não é para mera satisfação de um casal que não pode, por qualquer motivo, ter um filho. É, antes de tudo, um ato de desprendimento, de amor e caridade. É oferecer uma oportunidade concreta para uma criança colocada no mundo sem perspectiva de um lar de verdade.

A adoção à brasileira, embora tenha se tornado uma freqüente prática em determinadas sociedades, acostumadas a casos em que pessoas próximas entregam crianças umas às outras "para criar", é intermitente ao ordenamento jurídico como um todo, com consequências para o jovem como pessoa.

A descoberta dessa irregularidade tem consequências. As normas punem os responsáveis por essa adoção, impondo sanções de ordem civil e penal, na civil começa com a anulação do registro de nascimento, até a possível retirada da criança do casal e na área penal, responderá pela prática de crime de registro de parto alheio como próprio.

O direito à filiação não é exclusivamente um direito da verdade. É, também, um direito da vida, do interesse da criança, da harmonia das famílias, do afeto, dos sentimentos morais, do tempo que passa.

Os Tribunais e principalmente o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, não sendo justo desconstruir um laço familiar já consolidado. É mister destacar que esta conduta apenas deixará de ser punida quando estiver claro que a conduta do agente foi realizada com a finalidade de garantir uma vida digna em face daquele menor, sendo este um direito inerente a todo pequeno cidadão, mas que, infelizmente, nem todos possuem.

Ao se reconhecer que esta prática é algo muito comum no Brasil, o legislador buscou ao mesmo tempo punir aquele que a pratica com más intenções e deixar de punir o indivíduo que apenas visa o bem da criança, devendo-se levar em consideração que na maioria das vezes, quem pratica esta adoção ilegal, sequer conhece o seu caráter criminoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Isabel Fernades de. **Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?**. Brasília (DF): UniCEUB, 2014. Centro Universitário de Brasília. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS. Curso de Direito. Trabalho de Conclusão de Curso. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6099/1/21031276.pdf>. Acesso em: 09 ago 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Impressa Oficial, 2009. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 fev 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 19 fev 2019.

BUENO, Manoel Carlos. **Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII Tábuas, Lei de Talião**. São Paulo: Edijur, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; RODRIGUES; Raphaela Lopes. **Adoção à brasileira**: crime ou causa nobre?. Site Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/661836186/adocao-a-brasileira-crime-ou-causa-nobre>. Acesso em: 26 ago 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Adoção à brasileira e a (im) possibilidade de anulação do registro segundo o STJ**. Site Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocaoabrasileiraea-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundoostj> Acesso em: 26 Ago 2018.

ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: UnB, 2006.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. São Paulo: Rt, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial**: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAMENZA, Francismar. **Um Raio - X da Adoção à Brasileira**. São Paulo: MPSP, 2011. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrina>. Acesso em: 26 ago 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Teresina (PI): Jus Navigandi, v. 9, n. 194, 16 jan., 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-edireito-a-origem-genetica/3>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à Brasileira**. Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena - FADI. Curso de Graduação em Direito. Barbacena, 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 6. ed. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instruções de Direito Civil – Direito de Família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil em contraste ao Direito de Família**. Rio de Janeiro (RJ): Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 7. ed. São Paulo (SP): Atlas, 2015.

NOTA:

[1] Professora MSc e Orientadora. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/8597777809090859

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO POSTULADO DA PONDERAÇÃO: ESTUDO DE CASO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 271.286/RS

JÉSSICA CAMPOS SAVI: Bacharela em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC Minas. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, a fim de extrair conclusões acerca da efetivação do direito à saúde em cotejo com a insuficiência financeira e orçamentária estatal. Nesse interim, serão destacados os elementos que geram a responsabilidade estatal pelas prestações relativas ao direito à saúde, bem como, no caso concreto, a definição estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Direito à Saúde, Mínimo existencial

Sumário: 1 Introdução; 2 Apresentação do caso; 3. Análise da teoria; 4 Efetivação do direito à saúde; 5 Considerações Finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o de estudar o direito à saúde, e mais especificamente, o fornecimento de medicamentos por via judiciária às pessoas carentes e portadoras de HIV, sob a perspectiva de diversos autores, dentre eles Humberto Ávila e Germano Schwartz.

Este estudo será dividido em três pontos. O primeiro se dedicará à apresentação do caso, momento no qual serão descritas as minúcias da situação fática subjacente. O segundo buscará analisar o substrato teórico aplicado ao caso concreto. O terceiro, por sua vez, buscará tratar da efetivação do direito à saúde.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

Trata-se do já consagrado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286 do Rio Grande do Sul, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, parte agravante o Município de Porto Alegre e parte agravada Diná Rosa Vieira. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resultado do julgamento, por unanimidade, foi no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

A decisão agravada, que não conheceu o recurso extraordinário, manteve o acórdão emanado do Tribunal de Justiça local, que apoiado no art. 196 da Constituição da República, incumbiu ao recorrente (município de Porto Alegre), solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, do fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

O recorrente alegou que a decisão violou o art. 167, I da Constituição Federal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, afirmando também ser de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e que nessa lei deveria ser previsto o orçamento da seguridade social (art.165, §5º, III, CF/88), bem como que a Lei 9.313/96, art. 2º remete sua eficácia à norma regulamentar.

Aduziu ainda que a decisão agravada, afrontaria o princípio da separação de poderes e o art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal, que responsabiliza as três esferas federativas (União, Estados e Municípios) pelo financiamento, ações e serviços de saúde.

Os argumentos, como não foram no caso, são considerados improcedentes, pois, estão em desconformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a mera alegação de desrespeito a um preceito constitucional não bastaria para legitimar o acesso a via recursal extraordinária.

O Rel. Min. Celso de Mello, em seu voto enfatiza que:

> "(...) entre proteger a inviolabilidade do direito a vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art.196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e a à saúde humana(...)"

Destaque-se que tal jurisprudência permanece atual, uma vez que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal fixou tese acerca do tema, reiterando a responsabilidade solidária dos entes da Federação em ações que tratem sobre medicamentos:

> (...) Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (...) STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).

3. ANÁLISE DA TEORIA

A partir dos estudos feitos sobre a obra "Teoria dos Princípios" de Humberto Ávila, segue-se ao estudo do postulado normativo aplicativo da ponderação.

Os postulados normativos são normas que estruturam a aplicação de outras normas, são, portanto, metanormas, pois se situam no nível aplicativo.

Muito comum é a confusão de princípios e regras, normas que segundo Ávila são de primeiro grau, com os postulados normativos que seriam de segundo grau.

Os princípios são normas finalísticas por excelência e objetivam um estado ideal de coisas. O princípio não determina imediatamente as condutas a serem seguidas para a concretização desse fim. Ainda os princípios, quando a luz do caso concreto, entrarem em contradição deverão ser ponderados de forma que o princípio com maior dimensão de peso incida. Ávila (2010) mostra o conceito de princípio:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para sua promoção." (ÁVILA, 2010, p. 78/79)

Por sua vez, as regras são normas que descrevem imediatamente um comportamento a ser adotado na sua integralidade. Quando duas regras, no plano abstrato, estiverem em antinomia, uma delas poderá ser excluída do ordenamento. Desse modo afirma Alexy (2010):

> Um conflito de regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma clausula de exceção, que elimine o conflito, ou se pelo menos se uma das regras for declarada inválida". (ALEXY, 2010, p. 92)

Humberto Ávila(2010,p.52) faz uma crítica a essa afirmativa trazida por Alexy (2010), defendendo que as regras, que anteriormente convivendo em harmonia no mundo abstrato, podem a luz do caso concreto entrar em colisão e então essas regras poderão e deverão ser ponderadas sem que nenhuma perca sua validade.

Feita a distinção e conceituação de princípios e regras, pode-se agora ter uma visão mais clara do motivo que sustenta a separação dos postulados destas normas de primeiro grau (princípios e regras). Os postulados são normas que vão criar mecanismos para a aplicação de outras normas, assim ensina Ávila (2010):

> Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: Os princípios e as regras são primariamente dirigidos pelo poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto,

> implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas (ÁVILA, 2010, p. 124).

Passa-se agora a analisar o postulado que mais interessa no presente trabalho, que é o da ponderação.

A ponderação é a técnica usada para dirimir o conflito de normas, ela atribui uma dimensão de peso para as normas em conflito para que concretamente uma venha a prevalecer, decidindo o caso. Tanto nas regras quanto nos princípios a ponderação será feito no caso concreto, já que em tese todas as normas estão em harmonia no mundo abstrato. Só é razoável falar em ponderação partindo-se da premissa que as normas não são absolutas, tanto os princípios quanto as regras são passíveis de relativização concretamente. Assim entende Alexy (2010):

> Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outro em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável. (ALEXY, 2010, p. 111)

Podem-se apontar três etapas para estruturar a ponderação; a primeira é reconhecer no ordenamento jurídico quais normas podem ser aplicadas no caso, ou seja, estabelecer quais os objetos de sopesamento que o intérprete irá utilizar concretamente. Ávila (2010, p.146) chama essa etapa de *preparação da ponderação*.

Em segundo lugar, o intérprete irá relacionar esses objetos, criando argumentações para que se possa realizar posteriormente a relação com o caso concreto. A essa etapa Ávila (2010, p.146) denomina *realização da ponderação*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A terceira etapa trata-se de realizar a ponderação com relação aos fatos reais que norteiam o caso em análise, é o momento do sopesamento das normas, em que uma delas prevalecera, sendo que todas permanecerão com validade para além do caso. Ávila (2010, pg.146) denomina essa etapa *reconstrução da ponderação*.

Passemos ao próximo capítulo, onde será utilizado o postulado da ponderação e suas etapas a luz do caso concreto.

4. EFETIVAÇÃO DO DREITO À SAÚDE

No caso em análise, pode-se observar a colisão de alguns princípios. O conflito se dá entre o interesse financeiro do Estado e o direito público subjetivo à saúde.

O município de Porto Alegre, ao negar o fornecimento do medicamento, alega em sua defesa que a decisão recorrida fere o princípio da separação dos poderes, além de não responsabilizar as outras esferas federativas à prestação dos medicamentos solicitados. Contrapondo esta alegação, em seu voto, o ministro relator Celso de Mello reconhece que o município de Porto Alegre, solidariamente com o estado do Rio Grande do Sul, tem a obrigação de fornecer gratuitamente os medicamentos para o tratamento da AIDS para pessoas carentes.

O direito subjetivo a saúde qualifica-se como um direito fundamental, constitucionalmente tutelado e é indispensável para a efetivação do direito à vida. Sendo assim o poder público deve zelar pela saúde da população, deve agir para estabelecer as condições mínimas existenciais, pois a saúde desta é de interesse supra do Estado.

É um direito, como disse Morais:

> (...) ligado a um aspecto comunitário, ou seja, a um Estado que busca a construção de uma ordem social e jurídica com fundamento na solidariedade, um Estado de ação positiva, promocional de cunho transformador.(1997, APUD SCHWARTZ, 2001,p.54)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao ponderar o direito fundamental a saúde e o interesse financeiro público, neste caso concreto, não se vê alternativa a não ser dar uma maior dimensão de peso ao direito à saúde, já que:

> a hipótese de não existência de previsão orçamentária não pode ser alegada pelo estado, até porque não se pode antever com eficácia as necessidades da população, ou ainda, de outra banda, não se pode favorecer a omissão do ente responsável, premiando- o por sua negligência. (SCHWARTZ, 2001, p.80)

Isso porque se trata de direito ínsito ao mínimo existencial, decorrente da eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico de nosso sistema normativo. Nessa linha Sarlet e Figueiredo (2008):

> Premissa central da análise que se passa a empreender é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes), seja pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. Nesta linha de entendimento, além de significativa doutrina, também já se tem pronunciado a jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Prevalecendo desta forma o respeito não só a saúde, mas também à vida e à dignidade da pessoa humana, evitando penalizar o cidadão pela falta de vontade política por parte dos poderes públicos que esquecem, muitas vezes, sua função.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A tarefa de sobrepesar normas é árdua e requer do intérprete um amplo conhecimento jurídico, fundamentação e ética. A luz do caso concreto é que os conflitos ganham vida e no caso estudado prevalece o princípio que melhor supre as finalidades da constituição brasileira que tem como objetivo-mor a vida.

O estudo do caso trouxe questionamentos acerca dos recursos destinados à saúde, se eles seriam suficientes para suprir as necessidades da população brasileira ou se eles estariam sendo devidamente aplicados, ilustrando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Corte, em julgados antigos e recentes, tem se inclinado na efetivação do direito à saúde, em detrimento de considerações acerca da capacidade financeira estatal, mormente diante da aplicação da doutrina do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Theorie der Grundrechte/Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ªEd. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 11 set. 2019.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 924 de 21/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454