BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 971

(Ano XII)

(15/08/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

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. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

A suspensão do cumprimento de acordos trabalhistas é inconstitucional
Pedro Mahin, 05.

ARTIGOS

A Tutela Jurídica do Meio Ambiente no Contexto Internacional
Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, 07.

Diálogos entre a ontologia e a retórica na construção da ciência jurídica
Anna Alice Ribeiro Brandão, 19.

Análise histórica do problema da repartição da competência tributária nas Constituições brasileiras
Renato Cesar Guedes Grilo, 32.

A natureza jurídica do rol de hipóteses de agravo de instrumentos: e a suas respectivas divergências
Rogério de Cássio Neves Ferreira Filho, 47.

Comentários ao Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Administrativo: o caso da decisão administrativa robótica
Elder Soares da Silva Calheiros, 67.

O Estado e a sua responsabilidade internacional por danos ao meio ambiente
James Ricardo Ferreira Piloto e Kamile Jeane Silva Nascimento, 74.

Uma Análise do Chamado "Inquérito das Fake News" pelo Prisma da Liberdade de Expressão
Relivaldo Jose da Silva, 96.

As Vantagens e Desvantagens do Pregão Eletrônico na Administração Pública
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, Adriana Martinelli Martins e Cláudio Maldaner Bulawski, 108.

Princípio da insignificância no direito material

Dreisson Florêncio de Oliveira, 127.

Perspectivas legais de um sistema de áreas municipais protegidas em Belo Horizonte – MG: breve cenário dos contextos ecológicos atualmente estabelecidos
Vagner Luciano de Andrade, 141.

A constitucionalidade do agendamento prévio de reuniões e audiências entre magistrados e advogados
Elder Soares da Silva Calheiros, 173.

Psicopatia no direito penal: o que o Código prevê e a ineficácia do sistema prisional brasileiro quanto a reeducando psicopatas.
Kenya Flávia Coelho Dos Santos, 183

A democratização da educação por meio da tecnologia
João Hélio Reale da Cruz, 198.

Aspectos Conceituais e Jurídicos da Pesquisa Clínica no Brasil
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, 205

Breves reflexões sobre a inovação nas audiências de instrução por videoconferências: é possível conciliar o avanço tecnológico com a paridade de armas?
Rodrigo Silveira Chung, 217.

Comentários sobre a efetividade da aplicação dos métodos adequados de resolução de conflitos em matéria ambiental
Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 221.

Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia da lei brasileira em face das políticas de segurança pública e política criminal
Hugo Hayran Bezerra Silva, 234.

Tema 899 – STF – Dúvidas, incertezas e certezas na aplicação da "prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas" (RE 636.886)
Alessandro Prazeres Macedo, 258.

O vai e vem processual – a renúncia do foro privilegiado pelo consumidor versus o princípio Kompetenz-Kompetenz invocado pelo juízo singular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Lucas Felipe Zuchi, 281.

Aspectos Jurídicos na Prática da Telessaúde no Brasil
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, 298.

Obras de Cândido Portinari no conjunto urbano da represa Pampulha em Belo Horizonte-MG: biografia e ações de homenagem em parque municipal nas adjacências
Vagner Luciano de Andrade, 309.

A responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica.
Igor Daniel Lima de Souza, 346.

O Papel Institucional das Forças Armadas Brasileiras e a eventual possibilidade de intervenção militar.
Igor Veiga Carvalho Pinto Teixeira, 365.

Dação em pagamento de bens imóveis como causa extintiva do crédito tributário: possibilidade de sua previsão por legislações municipais e estaduais anteriormente à edição da Lei Complementar nº 104/2001 e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Ana Maria Fernandes de França Alves, 369.

Auxílio emergencial: homem chefe de família monoparental tem direito à cota dupla?
Maria Do Carmo Goulart Martins Setenta, 375.

A evolução de alimentar-se até o seu direito adquirido
Rosana Aparecida Teixeira Drumond, 383.

A acessibilidade nos transportes públicos do Brasil como um fator limitante de direitos das pessoas com deficiência.
Igor Vinicius Pires Maranhão, 396.

MONOGRAFIA

A embriaguez ou o uso de drogas, habitual ou em serviço pelo empregado é falta grave a ser punida com dispensa por justa causa ou uma doença a ser tratada?
Luciano Robinson Calegari, 414.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DE ACORDOS TRABALHISTAS É INCONSTITUCIONAL

PEDRO MAHIN: é advogado especialista em Direito do Trabalho e sócio do escritório Mauro Menezes & Advogados

No último dia 17 de junho, a Câmara dos Deputados aprovou a Medida Provisória 927/2020, que dispõe sobre medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública decorrentes da pandemia do Covid-19. O texto aprovado inclui emenda proposta pela deputada Soraya Santos (PL/RJ), que prevê a possibilidade de suspensão do cumprimento de acordos trabalhistas e de planos de demissão voluntária por empresas atingidas por determinação do poder público de paralisação total ou parcial de suas atividades. Essa suspensão vigerá durante o período de calamidade pública, que se estenderá, pelo menos, até 31 de dezembro de 2020 (Decreto Legislativo 6/2020, do Congresso Nacional).

O objetivo da emenda é reduzir o impacto da paralisação das atividades das empresas sobre sua saúde financeira. Embora essa deva ser uma preocupação do poder público, inclusive como forma de viabilizar a retomada da atividade econômica e do emprego após a fase mais aguda da pandemia, os ônus de tal medida não podem recair sobre os trabalhadores. Esses não são responsáveis pelos riscos inerentes aos negócios empresariais. Ao contrário, são a parte mais vulnerável da relação de trabalho, o que se torna mais evidente num cenário de calamidade pública, como o imposto pela pandemia do Covid-19.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre abril e maio, cerca de 7,8 milhões de postos de trabalho foram fechados no Brasil, elevando a taxa de desemprego no país para 12,9% da população economicamente ativa. Aproximadamente, 75% dos postos de trabalho fechados referem-se ao setor informal da economia, que vinha absorvendo o contingente de trabalhadores que perdiam seus empregos com carteira assinada. Isso significa que os trabalhadores estão perdendo o seu emprego e não estão obtendo nova colocação, nem mesmo no setor informal.

Entretanto, o trabalho é a principal fonte de renda das famílias brasileiras. É a remuneração proveniente do trabalho que assegura o acesso da população a direitos sociais fundamentais, previstos na Constituição de 1988, como saúde, educação, alimentação, moradia e transporte. Com o avanço da taxa de desemprego, a despeito do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, o gozo desses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direitos e a subsistência das famílias encontram-se sob grave ameaça. Nesse contexto, a renda oriunda de acordos trabalhistas e de planos de demissão voluntária serviria de um amparo mínimo aos trabalhadores atingidos pelo desemprego. A postergação do pagamento desses valores para, no mínimo, o ano de 2021, como previsto na emenda proposta pela deputada Soraya Santos (PL/RJ) à Medida Provisória 927, coloca-os em situação de extrema vulnerabilidade social e econômica, sobretudo no contexto da pandemia do Covid-19.

A ordem econômica brasileira, tal como desenhada pela Constituição Federal, é fundada não apenas na livre iniciativa privada, mas também na valorização do trabalho e na função social da propriedade. Adicionalmente, a ordem econômica nacional tem como objetivo principal assegurar uma vida digna a todos. Isso significa que a sobrevivência das empresas ao custo da subsistência dos trabalhadores contraria os propósitos da ordem econômica brasileira. Assim, não há conciliação possível entre a suspensão do cumprimento de acordos trabalhistas e de planos de demissão voluntária e uma ordem econômica justa e solidária, como a prevista na Constituição de 1988.

Enfim, o acordo trabalhista constitui um ato jurídico perfeito e, uma vez homologado pela Justiça do Trabalho, equivale a uma sentença judicial irrecorrível. Da mesma forma, após a adesão dos trabalhadores às cláusulas do plano de demissão voluntária, estas integrarão seu patrimônio jurídico, convertendo-se em direito adquirido. Assim, ao autorizar a suspensão do cumprimento de acordos trabalhistas e de planos de demissão voluntária, a emenda da deputada Soraya Santos (PL/RJ) vai de encontro ao direito fundamental dos trabalhadores à preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Como toda norma jurídica produzida pelo Estado brasileiro, a conformidade das Medidas Provisórias ao texto da Constituição de 1988 é requisito essencial de sua validade. A MP 927/2020, na parte em que prevê a possibilidade de suspensão do cumprimento de acordos trabalhistas e de planos de demissão voluntária, viola, simultaneamente, o direitos dos trabalhadores a uma vida digna, ao gozo dos direitos sociais fundamentais e à preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como viola os princípios da ordem econômica brasileira. Nesse sentido, é inafastável a conclusão pela invalidade dessa norma, por inconstitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO INTERNACIONAL

ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE: Oficial de Justiça Avaliador Federal. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UFPEL.

RESUMO: As preocupações relacionadas ao Meio Ambiente ocupam um lugar de destaque no cenário internacional, fomentando o fortalecimento do Direito Internacional Ambiental. A instabilidade ambiental conjugada com o interesse da conservação dos recursos naturais, permitem a construção de balizas comuns a toda a comunidade internacional, que necessita dos recursos naturais para sustentar o modelo de desenvolvimento econômico vigente. Na primeira parte do artigo ocorrem as considerações introdutórias do Direito Internacional Ambiental, desde o seu surgimento perpassando pelos eventos históricos e diplomáticos que contribuíram para a sua consolidação. Na segunda parte, faz-se uma análise sistemática das Convenções e Tratados Internacionais no âmbito ambiental, vez que a compreensão desses instrumentos internacionais é crucial para o entendimento dos desafios e tendências atuais do Direito Internacional Ambiental. Por fim faz-se uma análise sucinta da implementação do Direito Internacional ambiental nos casos Hungria x Eslováquia e Argentina x Uruguai, que servem como base jurídica para diversos litígios envolvendo o Meio Ambiente.

Palavras – Chave: Tratados Internacionais; Responsabilidade Internacional; Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As Dicotomias do Direito Internacional Ambiental: 2.1. Objetos Amplos e Objetos Específicos; 2.2. Biocentrismo e Antropocentrismo. 3. Aplicação dos Tratados Internacionais relacionados ao Meio Ambiente. 4. A contribuição dos casos Hungria x Eslováquia e Argentina x Uruguai para a consolidação do Direito Internacional Ambiental. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1.Introdução

O Direito Internacional Ambiental é formado por um complexo conjunto de regras e princípios, que regem a proteção ambiental no âmbito internacional. Os seus princípios norteiam a resolução de conflitos envolvendo preocupações ambientais comuns à comunidade internacional, bem como possuem regras para situações particulares em regiões específicas do planeta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A evolução histórica do Direito Internacional Ambiental é de difícil sistematização. Não é raro que os acordos firmados entre os países possuam níveis de cogência diferentes e entrem em contradição em searas idênticas. De igual modo, as mudanças nas políticas governamentais dos países em relação à temática ambiental devido a conjunturas nacionais representam uma barreira para um aumento progressivo da observância dos mecanismos de defesa do meio ambiente.

É possível afirmamos que é na segunda metade do século XX que os moldes iniciais do Direito Internacional Ambiental são delineados. É certo que no decorrer da história vários Tratados Internacionais tangenciavam a temática ambiental. Contudo, é a partir do pós-segunda guerra que um conjunto de regras começam a estruturar o Direito Internacional Ambiental. Afinal, o aumento da população mundial, e o processo, daí decorrente, de maior poluição e destruição de vários ecossistemas, impôs uma maior atenção por parte dos Estados.

Com as lições deixadas pela Segunda Guerra Mundial observou-se a necessidade de mecanismos internacionais que articulassem a cooperação por um desenvolvimento econômico pautado na observância das problemáticas ambientais. Os grandes acidentes ambientais[1] também deixaram evidente a necessidade de uma maior regulamentação, seja para promover o manejo sustentável dos recursos, seja para garantir a saúde e a qualidade de vida da população. Nesse sentido, o Direito Ambiental surge como uma corrente dos próprios direitos humanos, nascendo em uma perspectiva antropocêntrica. (TRINDADE, 1993).

2.As Dicotomias do Direito Internacional Ambiental

2.1Objetos Amplos e Objetos Específicos

No decorrer da história se sucederam a produção de Tratados com objetos amplos destinados à regulação de amplas conjunturas, nesse sentido temos a Convenção de Londres de 1933, que buscava proteger a fauna e a flora nos seus estados naturais, como também se destaca a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, de 1940.

Com a finalidade de promover a máxima efetividade de suas disposições, os Tratados com objetos amplos serviram como impulso para a formulação de Tratados com objetivos específicos. Além de otimizar os Tratados com objetivos amplos, os Tratados com objetos específicos podem surgir de forma independente para resguardar uma situação específica. Podemos mencionar como exemplo a Convenção Internacional sobre a Regulação da Pesca da Baleia, de 1946, e a Convenção sobre o Estabelecimento da Comissão Interamericana para a Pesca do Atum. (MILARÉ, 2007).

2.2 Biocentrismo e Antropocentrismo

justificação teórica para a proteção dos objetos ambientais ainda é um tema controverso no debate contemporâneo. Ora a proteção se dá devido a um valor intrínseco da natureza, ora a justificação se dá, sobretudo, devido ao relevante papel da estabilidade ambiental para a manutenção dos objetivos humanos em nível de sobrevivência e reprodução do modelo de produção vigente.

Sob uma perspectiva biocentrista, ao menos em tese, podemos destacar a Convenção Relativa à Preservação da Fauna e da Flora em seu Estado Natural, também conhecida como Convenção de Londres de 1933, que assegurava uma proteção a fauna e a flora nos seus estados naturais, bem como a Convenção sobre o Tráfico de Espécies Ameaçadas de Extinção, de 1973. Nessas Convenções defende-se a importância inerente aos seres pertencentes aos ecossistemas protegidos. De acordo com Dworkin (1998), a natureza possui um valor intrínseco porque os seus elementos constitutivos não podem ser susceptíveis de avaliação material, ou seja, a totalidade dos elementos que constituem o meio ambiente não são precisamente mensuráveis, já que dependerão de um fator temporal. O valor intrínseco da natureza constitui-se em função do investimento natural de bilhões de anos, que forneceram as condições para a sua construção.

Em uma perspectiva antropocentrista, destacam-se as Convenções que aspiram assegurar a qualidade de vida do indivíduo, bem como preservar as demandas das gerações presentes e futuras. Nesse sentido, podemos citar a Convenção sobre a Proteção dos Pássaros Úteis à Agricultura de 1903.

Grosso modo, a caracterização de um Tratado ou Convenção como biocêntrica ou antropocêntrica não é absoluta, pois em larga escala o correto manuseio dos recursos naturais repercutirá em todo o planeta. Em face disso, a dicotomia biocentrismo e antropocentrismo tem um forte cunho didático, pois um mesmo Tratado pode ser assinado por motivos diversos. Alguns Estados podem se tornar signatários por acreditar que a defesa daquele interesse tenha utilidade para as pessoas, assim como outros Estados podem vincular-se ao tratado visando garantir os valores intrínsecos à natureza, não aspirando naquela proteção um meio para a consecução de benefícios no futuro. (MILARÉ, 2007).

Dessa maneira, não é possível reduzir as Convenções a essa dicotomia de forma definitiva, vez que as motivações para a assinatura podem variar de um Estado para outro, signatários de um mesmo Tratado ou Convenção.

3.Aplicação dos Tratados Internacionais relacionados ao Meio Ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os Tratados internacionais não são uma criação recente[2], mas é a partir do pós-segunda guerra que eles ganham força e figuram na condição de fonte primordial do Direito Internacional. Importância corroborada pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que coloca as Convenções Internacionais, celebradas pelos Estados, como fonte primeira do Direito Internacional[3]. O Tratado, como a principal fonte do Direito Internacional, regula as principais matérias de cunho internacional e melhor condiz com o ideal democrático, vez que há a participação direta dos Estados para a sua elaboração.

A Convenção de Viena de 1969 sobre os Tratados dá a seguinte definição: "Tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja sua designação específica".

A Convenção de Viena ainda preocupou-se em relatar os requisitos primordiais para a validação dos Tratados. Delimitando como requisitos: a capacidade dos contraentes; que os signatários estejam legalmente habilitados através da carta que dê plenos poderes, assinada pelo chefe do executivo; que o objeto seja lícito e possível e que haja um mútuo consentimento entre as partes.

Conforme já foi destacado, os Tratados Internacionais no âmbito ambiental não surgiram recentemente, mas o despertar do Direito Internacional Ambiental só se deu na segunda metade do século XX[4], mais precisamente com os efeitos irradiados da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 em Estocolmo. Nesta linha de análise observa Guerra:

> Para se ter a ideia da proliferação de documentos internacionais em matéria ambiental após 1972, alerta que até os anos 60, existiam apenas alguns dispositivos para a proteção dos pássaros úteis à agricultura, a proteção das peles de focas e sobre a proteção das águas. De 1960 até 1992, foram criados mais de 30.000 dispositivos jurídicos sobre o meio ambiente, entre os quais 300 tratados multilaterais e 900 acordos bilaterais, tratando da conservação e mais de 200 textos oriundos das organizações internacionais (GUERRA apud VARELLA, 2004, p.3).

Na Conferência de Estocolmo ficou explícito a divergência entre os países do hemisfério Norte e do hemisfério Sul. Os países do hemisfério sul, majoritariamente subdesenvolvidos, enxergavam nas medidas ambientais como uma forma imposta pelos países desenvolvidos de limitar o desenvolvimento de sua

economia. O Brasil, na época da Conferência, estava em pleno "milagre econômico", que tinha como um dos pilares a exploração de recursos naturais em larga escala, motivo porque resistiu a certos postulados da Conferência de Estocolmo. Conforme informa Melgaço e Alvim (2008, p.17):

> Na Conferência de Estocolmo, o Brasil liderou 77 países (do total de 113) com acusações aos países industrializados e na defesa do crescimento a qualquer custo. Em protesto estendeu uma faixa com os dizeres: "Bem vindos à poluição, estamos abertos a ela. O Brasil é um país que não tem restrições, temos várias cidades que receberiam de braços abertos a sua poluição porque nós queremos empregos, dólares para o nosso desenvolvimento".

Gradualmente, os países em desenvolvimento começaram a recepcionar a ideia de conservação ambiental dos Tratados Internacionais de Meio Ambiente. O pioneirismo da Conferência de Estocolmo, que reuniu 113 países e 400 ONG's, desencadeou uma profusão de Tratados internacionais bilaterais e multilaterais que tratavam da temática ambiental[5]. Depois de dez anos da Conferência de Estocolmo, ocorre, na cidade de Nairóbi, um encontro que tinha como objetivos: avaliar a observância e o cumprimento dos princípios emanadas da Conferência de Estocolmo; criar uma Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esta foi constituída em 1983, e em 1987 recomendou a criação de um novo documento internacional que zelasse pelo meio ambiente e por um desenvolvimento sustentável (GUERRA, 2006). Já no ano de 1987 foi apresentado o Relatório Brundtland, também chamado Relatório Nosso Futuro Comum, que apontou os principais problemas ambientais a serem resolvidos[6]. O conceito de desenvolvimento sustentável também teve sua definição trazida nesse Relatório, que assim o definiu: "O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades". (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p.46).

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, realizou-se a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ou Rio-92, que trouxe uma grande discussão multilateral entre os diversos atores internacionais. As discussões trazidas nesta Conferência resultaram na elaboração da Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que corroborou a definição de desenvolvimento sustentável anteriormente inaugurada pelo Relatório Brundtland. Outro mecanismo viabilizado pela Rio-92 foi a Agenda 21, baseada em um documento constituído por 40 capítulos, que reuniu a vontade de 179 países dispostos a conciliar proteção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ambiental, justiça social e eficiência econômica na promoção de um novo modelo de desenvolvimento[7].

A Rio-92 foi um marco importantíssimo, estabelecendo diversos instrumentos, como, por exemplo, a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, que contemplou a assinatura de um compromisso que desencadeou a realização de reuniões anuais entre os Estados. Inicialmente, a Convenção Quadro das Nações Unidas foi assinada por 154 países, e entrou em vigor em 1994, sendo a primeira Conferência das Partes da Convenção (COP) realizada no ano de 1995. (GUERRA, 2006).

Até hoje ocorreram 25 reuniões da COP, destacando-se a importância da COP 3, que instituiu o protocolo de Kyoto, delimitando a diminuição dos gases do efeito estufa responsáveis pelas mudanças climáticas. Todavia, os postulados construídos em Kyoto não surtiram o efeito esperado, devido a tantos interesses envolvidos está sendo difícil encontrar um denominador comum entre os Estados.

A 25º Conferência da ONU sobre mudanças climáticas, realizada em 2019, na cidade de Madri, foi o último encontro entre as partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudanças climáticas. E nele ainda não foi possível definir medidas mais rígidas a fim de diminuir a emissão dos gases de efeito estufa, sobretudo, pois os Estados Unidos não ratificaram o Protocolo de Kyoto. Isso impossibilita o avanço nas negociações, uma vez que o país é o segundo maior emissor de gases causadores do efeito estufa, atrás apenas da China, e influencia a posição dos demais países.

Ao longo desse processo de evolução do Direito Internacional Ambiental, o Brasil foi ratificando os acordos internacionais e os incorporando ao ordenamento jurídico, influenciando diretamente o legislador na construção de importantes leis ambientais, como a lei 6.938/81 que criou a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA e o Sistema Nacional do Meio Ambiente SISNAMA.

É de suma importância enfatizar que a soberania é um fator de grande influência no que diz respeito a Tratados internacionais, pois de acordo com o conceito clássico, não seria possível que fatores externos interferissem na ordem interna. Por outro lado, é preciso conciliar os interesses nacionais com as problemáticas que exigem uma articulação mundial. Aliás, como ressalta Choukr (2001), o respeito e a observância dos dispositivos dos Tratados Internacionais ratificados pelo Estado-parte são ações que corroboram a soberania estatal. Haja vista que: "ainda que por sede argumentativa se queira recorrer aos padrões clássicos de soberania, é necessário ser destacado que mesmo a atuação nacional na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

celebração de tais Tratados é uma das mais importantes e louváveis manifestações da atividade soberana do Estado"(CHOUKR, 2001, p.12).

4.A contribuição dos casos Hungria x Eslováquia e Argentina x Uruguai para a consolidação do Direito Internacional Ambiental

O Direito Internacional evolui constantemente na busca por melhores soluções dos impasses existentes. A medida que há ideias antagônicas e que não podem ser resolvidas sem que haja mediação de uma Corte, temos pontos de penumbra quanto ao esclarecimento. Tais situações forçam uma evolução e maiores explicações a respeito de controvérsias no âmbito do Direito Internacional.

Veremos que, nos casos de Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia), e no das Usinas de Celulose (Argentina x Uruguai), temos casos de violações de obrigações internacionais envolvendo o Direito Internacional Ambiental, que influenciam direta e indiretamente questões econômicas e sociais. Em ambos os casos citados, temos um tratado de base na relação entre as partes a respeito do aproveitamento e gestão de recurso natural comum, além de apontarem também violações mútuas.

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas. A ele cabe a resolução de conflitos envolvendo Tratados internacionais, tendo estatuto e regulamento próprios e juízes que devem representar a posição da Corte, e não interesses particulares de seus países de origem. Atuando na solução pacífica de litígios, a Corte Internacional de Justiça contribui para paz mundial. Diante da igualdade de direitos entre os Estados, há a necessidade de um terceiro imparcial para resolução do conflito, função que a referida Corte exerce.

Tomando para análise particular o caso de Gabcíkovo-Nagymaros, temos que a origem da disputa entre Hungria e Tchecoslováquia deu-se sobre um projeto de execução de aproveitamento e valorização do Rio Danúbio, que serve de fronteira, em certo trecho, entre os dois Estados. (HICKMAN, 2006).

O projeto denominado Gacíkovo-Nagymaros surgiu de um tratado firmado em 1977 entre a República Popular Húngara e pela República Socialista Tchecoslovaca e destinava-se à exploração de recursos naturais.

Após iniciadas as obras, a Hungria, devido o recebimento de muitas críticas relativas às obras, suspendeu os trabalhos em Nagymaros. A Tchecoslováquia realizou estudos na esperança de que fosse encontrada uma alternativa menos agressiva e que suscitasse menos dúvidas em relação a segurança e necessidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

projeto, encontrando assim uma solução alternativa, chamada de "Variante C", decisão ratificada pelo governo federal tchecoslovaco. Os trabalhos na "Variante C" começaram, mas as negociações permaneceram sem acordo, até que a Hungria comunicou o término do Tratado. Quando a Eslováquia tornou-se um Estado independente, Hungria e Eslováquia firmaram um compromisso de gestão das águas do Danúbio, durante a submissão do caso à Corte Internacional de Justiça. Após diversos impasses, firmaram o acordo que perdurou apenas quatorze dias após o fim da Corte. O litígio no caso Gabcíkovo-Nagymaros foi apresentado à Corte em forma de Compromisso, que é um acordo entre as partes, no qual são delimitados os poderes da Corte e as questões de procedimentos. (HICKMAN, 2006).

A responsabilidade internacional teve pertinência devido às violações de regras convencionais e de Direito Internacional geral, além dos prejuízos reais advindos do conflito, do desvio do Rio Danúbio e das obras inacabadas. Neste caso, mesmo a Eslováquia tendo como principal interesse o de ver cumpridas as obrigações do Tratado de 1977, e não necessariamente receber um reparo, tem pretensões corroboradas pelo Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados. Pois o desenvolvimento do Direito Internacional conduziu à supressão do prejuízo como elemento da responsabilidade, não sendo, porém, o reparo o único objetivo da responsabilidade internacional. Portanto, a Hungria, ao violar o Tratado do qual foi parte voluntariamente, "violou a obrigação de dar cumprimento de boa-fé aos Tratados". (HICKMAN, 2006, p.76).

No caso das usinas de celulose (Argentina x Uruguai), temos um contencioso devido à construção de duas usinas de celulose na fronteira entre os dois países. Duas fábricas de papel e celulose seriam construídas em território uruguaio, uma espanhola da empresa S.A. (ENCE) e outra finlandesa da empresa Oy Metsä-Botnia Ab (Botnia). As usinas seriam construídas às margens do Rio Uruguai. A Argentina declarou que o governo uruguaio descumpriu o Estatuto do Rio Uruguai, que estabelece a gestão das águas do rio, apontando que toda e qualquer decisão referente a navegação ou qualidade das águas deve ser tomada por ambos os países. Diante do ocorrido, manifestantes argentinos, preocupados com os impactos ambientais que tais usinas poderiam causar, passaram a bloquear vias de acesso a pontes internacionais que ligam os dois países. Tal situação veio a prejudicar o Uruguai, devido o impedimento de circulação de pessoas e mercadorias, mas também a Argentina, pois o Uruguai usaria, mais tarde, o evento como um contra-argumento diante das reclamações argentinas.(HICKMAN, 2006).

Após inúmeras tentativas de solucionar o problema, o governo uruguaio denunciou a obstrução à livre circulação de mercadorias como violação ao Tratado de Assunção (art. 1º) e ao Protocolo de Montevidéu sobre Comércio de Serviços,

assim como às regras do Direito Internacional aplicáveis ao caso concreto. Diante desse fracasso diplomático, o país buscou então a instalação de um Tribunal Arbitral Ad Hoc em 19 de abril de 2006, nos termos do Mercosul. Paralelamente a esse processo, a Argentina acionou o Uruguai perante a Corte Internacional de Justiça em 4 de maio de 2006, alegando a falta de cumprimento das obrigações procedimentais e substanciais referentes ao Estatuto do Rio. (HICKMAN, 2006).

Diante dos já citados bloqueios argentinos, o Uruguai alegou que diversos setores relacionados aos serviços teriam sido prejudicados. Também alegou a ocorrência de violação ao princípio fundamental da livre circulação de pessoas, constante de instrumentos jurídicos internacionais relativos a Direitos Humanos. Além disso, argumentou que teria o direito ao seu desenvolvimento econômico, tendo soberania permanente sobre seus recursos econômicos.

A Argentina tentou justificar-se alegando a liberdade de expressão dos manifestantes, que é um direito humano fundamental, previsto na constituição argentina, sendo superior ao direito do Mercosul. Argumentou também que teria tentando regularizar a situação, e que os bloqueios nada tinham a ver com a opinião do Governo. O Tribunal Ad Hoc do Mercosul decidiu que os bloqueios argentinos não seriam legítimos, devido a proporção que tomaram além de ter ficado claro apoio dado pelo governo. A Argentina, optando por continuar os bloqueios, sustentava que o Uruguai teria autorizado, de maneira unilateral, a construção das usinas de celulose no rio Uruguai, sem respeitar o procedimento obrigatório de informação e de consulta prévios. Pelo Estatuto, caso um dos países pretendesse realizar obras às margens do rio, o outro deveria ser notificado e teria o direito de se opor, se a obra afetasse seus interesses. (HICKMAN, 2006).

A Argentina requereu o reconhecimento de que o Uruguai não teria cumprido as obrigações previstas no estatuto, que deveria realizar estudos de impacto ambiental, e reparar integralmente o prejuízo causado. Outra exigência argentina foi a paralisação das obras até a decisão definitiva da Corte, alegando que prejuízos irreversíveis poderiam ser causados diante da continuidade das obras.

O Uruguai solicitou uma medida cautelar para impedir os bloqueios, alegando que já havia sofrido grandes prejuízos em virtude dos mesmos. Segundo o Uruguai, o objetivo declarado do bloqueio seria o de obrigar o país a abandonar a construção da usina de celulose e impedir que a mesma entrasse em funcionamento.

A Corte Internacional de Justiça divulgou, no dia 20 de abril de 2010, sua decisão sobre a instalação das usinas de celulose. Entendeu-se que o Uruguai deveria ter consultado a Argentina antes da instalação das usinas, como previsto pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Estatuto do Rio Uruguai. Embora assim tenha decidido, afirmou que, quanto a questão ambiental, o Estatuto não teria sido desrespeitado, pois os níveis de poluição não sofreram alterações após a construção das usinas. Além disso, as usinas não beneficiam todo o Uruguai e nem são empreendidas pelo governo uruguaio, mas por pessoas privadas que cuidam de seus interesses particulares. Diante disso, ficou-se acordado que o Uruguai deverá consultar a Argentina em todas as questões que envolvam o rio. (HICKMAN, 2006).

5. Considerações Finais

Percebe-se que o Direito Internacional é constituído por normas que regulam temáticas como integração regional, meio ambiente, direitos humanos e cooperação interjurisdicional. Esse amplo leque de temas reflete o fortalecimento e o desenvolvimento do Direito Internacional desde a Idade Média. Nesta época, as normas consagradas no âmbito internacional regiam quase que, restritamente, as matérias relacionadas a seara dos tempos de guerra e paz[8]. Hoje, a intensa internacionalização de diversas temáticas motivou o diálogo entre os povos, que delineia parâmetros comuns a toda comunidade internacional.

A efetividade das recomendações internacionais envolvendo ao Meio Ambiente dependerá de uma mudança de paradigma por parte dos Estados. A adesão e a submissão aos organismos internacionais, e a observância dos dispositivos advindos de Tratados e Convenções internacionais são pressupostos basilares para a garantia das questões de cunho universal. Portanto, as sucessivas alegações de competência exclusiva dos Estados ou violação da soberania estatal precisam ser paulatinamente substituídas por uma colaboração dos Estados, dada a necessidade de articulação internacional para a resolução da crise ambiental de nossa época.

6. Referências

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2001, p.12.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **El domínio de la vida**. Barcelona: Ariel. 1998.

GUERRA, Sidney. Direito Internacional Ambiental: Breve Reflexão. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, América do Sul, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

HICKMANN, Marcos Homrick. **A Corte Internacional de Justiça e a interação do direito ambiental com a responsabilidade internacional nos casos Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia) e Usinas de celulose (Argentina x Uruguai)**. 2006. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MELGAÇO, Cássia M. M. da Silva; ALVIM, Dower R. F. **O Poder Legislativo e a Agenda 21**. 2008. Monografia de conclusão de curso de especialização em Poder Legislativo. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 211.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

NOTAS:

[1] Pode-se elencar as seguintes tragédias: Grande intoxicação na Baía de Minamata, no Japão, em 1957; vazamento de dioxina em Seveso, Itália, 1976; vazamento de isocianato de metila em Bhopal, Índia, 1984; Derramamento de agrotóxico em Basiléia, Suíça, 1986. Os graves acidentes nucleares: Flisborough, Reino Unido, 1974; Three Mile Island, EUA, 1979; Chernobyl, Ucrânia, 1986; Goiânia, Brasil, 1987. Os graves acidentes petrolíferos: Torrey Canyon, Inglaterra e França, 1967; Amoco-Cadiz, 1978.

[2] Estima que de 1500 a.C. a 1860 foram celebrados mais de 8.000 Tratados, sendo instrumentos primordiais para o regramento dos direitos de guerra e paz das sociedades existentes (MELLO, 2004).

[3] Estatuto da Corte Internacional de Justiça

Art. 38

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;

2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[4] Cabe ressaltar, que ainda na primeira metade do século XX já existiam algumas convenções que regiam medidas protetivas do meio ambiente. Como, por exemplo, a Convenção para a regulamentação da pesca da baleia, de 1931 e a Convenção Internacional da pesca da baleia de 1946, mas a proliferação de acordos e tratados internacionais relativos ao Meio Ambiente se deu com a consolidação do Direito Internacional Ambiental, decorrida da Conferência de Estocolmo, de 1972.

[5] De grosso modo podemos enumerar alguns documentos internacionais ratificados pelo Brasil após 1972: Convenção Sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, ratificada em 1992; A Convenção Sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna selvagens em perigo de extinção – CITES, ratificada em 1975; a Convenção Sobre os Direitos do Mar (UNCLOS), ratificada em 1995; o Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio, aprovado em 1989(MILARÉ, 2007).

[6] De grosso modo, pode-se classificar os principais problemas ambientais constatados no Relatório em três grandes grupos:

1. Poluição ambiental, emissões de carbono e mudanças climáticas, poluição da atmosfera, poluição da água, dos efeitos nocivos dos produtos químicos e dos rejeitos nocivos, dos rejeitos radioativos e a poluição das águas interiores e costeiras.

2. Diminuição dos recursos naturais, como a diminuição de florestas, perdas de recursos genéticos, perda de pasto, erosão do solo e desertificação, mau uso de energia, uso deficiente das águas de superfície, diminuição e degradação das águas freáticas, diminuição dos recursos vivos do mar.

3. Problemas de natureza social tais como: uso da terra e sua ocupação, abrigo, suprimento de água, serviços sanitários, sociais e educativos e a administração do crescimento urbano acelerado. (GUERRA, 2007)

[7] Outros documentos importantes criados no Rio-92 foram: a Carta da Terra, a Declaração de Princípios sobre as Florestas, a Convenção da Biodiversidade e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

[8] Muitos autores pontificam a obra *De jure belli ac pacis* (Paris), de Hugo Grócio, como o ponto de partida do Direito Internacional moderno, essa obra tratava de questões concernentes ao regramento mínimo de um direito de guerra ou paz.

www.conteudojuridico.com.br

DIÁLOGOS ENTRE A ONTOLOGIA E A RETÓRICA NA CONSTRUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

ANNA ALICE RIBEIRO BRANDÃO:
Advogada formada pela Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO: O presente estudo trata do uso da linguagem como instrumento de revolução e posicionamento do homem diante das normas. A forma complexa como a sociedade se porta, tornou impossível uma universalização do Direito e a busca por uma perspectiva axiológica geral, afinal, um código fechado jamais contemplará todas as nuances de uma sociedade dinâmica. Diante disso, surge a retórica, revelando uma perspectiva jurídica relativa e multifacetada. Desde então, o Direito tem sido submetido a uma ótica mais flexível, pontualmente indeterminada, na qual os jogos interpretativos assumiram o protagonismo. No entanto, essa faceta hiper flexível criou um Direito imprevisível, com vaguezas perigosas e sedento de padronagens aptas a emoldurar comportamentos humanos e facilitar a aplicação de leis. Dito isso, a solução mais interessante é estabelecer um diálogo entre a ontologia e a retórica, com a finalidade de buscar uma ideia mais justa de conceitos.

PALAVRAS-CHAVES. Retórica. Ontologia jurídica. Criação de normas.

SUMÁRIO:1. Introdução 2. A compreensão do mundo e o construtivismo radical 3. Biologismo moral 4. O ser humano enquanto pleno ou carente na antropologia retórica 5. Limites de uma ontologia jurídica 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A linguagem é um relevante recurso na vida humana, sendo um apetrecho da transmissão de ideias tanto na sua dimensão falada como simbolizada. A comunicação, desde os primórdios, tem o poder de dirimir conflitos e possibilitar a coexistência humana. Dito isso, seu valor está não só em estabelecer um ambiente melhor para convivência, mas de propriamente fomentar o espaço de vivência. O ser humano deve a vida à linguagem.

Na primeira metade do século XX, o estudo da linguagem mostrou-se promissor, tendo sido criado diversos núcleos de estudos para aprofundar a matéria e definir o alcance que ela possuía na sociedade. Também reconhecido como empirismo lógico, o positivismo lógico foi um dos produtos gerados pelos pensadores do Círculo de Viena. Essa corrente de pensamento volta seus estudos para a elaboração de uma linguagem científica ideal orientada por nortes como

precisão, lógica e verificacionismo e, principalmente, repulsa às proposições metafísicas.

É claro que o verificacionismo é um método importante de cientificar a linguagem, mas ele não exaure as possibilidades e, por vezes, a realidade observada não é definida em sua totalidade. Assim surge a textura aberta de Stegmuller, demonstrando a impossibilidade de estabelecer um conceito de forma definitiva que abarque todas as facetas que o mundo e o Direito demandam.

Dessa forma, a retórica surge como uma alternativa à realidade deontológica, mostrando um Direito relativo e multifacetado, satisfazendo as inquietudes humanas através da uma orientação de comportamento que é viva, provisória e mutável a depender do contexto a que está inserida.

Apesar de surgir como uma contraposição à rigidez do "dever ser", a retórica não possui legitimidade suficiente para superar a visão deontológica; isso porque submeter as relações humanas a um jogo interpretativo ausente de direcionamentos padrões de conduta que sustentem o ordenamento, é garantir que as relações sejam regidas por uma verdadeira orgia de conceitos sem parâmetros mínimos de certo e errado e assumir que o Direito nada regule.

Passado os séculos, a solução mais plausível encontrada foi estabelecer um verdadeiro diálogo entre a deontologia e a retórica, a fim de proporcionar um ambiente saudável de relações humanas e a construção de uma ciência jurídica que atue da forma mais justa possível.

2. A compreensão do mundo e o construtivismo radical

"É natural do ser humano o desejo de conhecer." Essa sentença inicial da *Metafísica* de Aristóteles pode, em uma primeira leitura, parecer um exagero. Entretanto, Aristóteles estava certo, pois, como é dotado de inteligência, enquanto poder de conhecer o real, o ser humano a emprega em seu favor. A inteligência, com efeito, não é uma função, uma faculdade em particular: é a expressão da pessoa inteira enquanto sujeito do ato de conhecer. Ela não é um instrumento, um aspecto, um órgão do ser humano, mas o próprio ser humano, considerado no pleno exercício daquilo que nele há de mais essencialmente humano, ou seja, a inata vontade de conhecer.

Entre as possíveis óticas filosóficas que se ocupam de entender o cérebro humano, encontra-se o construtivismo radical, que se encarrega de estudá-lo na análise do conhecimento e de seus corolários. Não se deve, no entanto, tomar esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estudo do cérebro humano como um fator biológico, pois quem deve assim o fazer é o biologismo moral.

Ao partirem do pressuposto de que o mundo real, por ser externo à mente humana, existe e permanece a existir, imprescindindo da tentativa de apreensão e conhecimento a partir dos seres humanos para tal, nos adeptos do construtivismo radical prepondera uma perspectiva de *razão objetiva*, isto é, da acepção da realidade como racional em si mesma. Destarte, os construtivistas aceitam o objeto do conhecimento, a realidade cognoscível, como racional, sem, contudo desprezar a *razão subjetiva* – razão como capacidade intelectual e moral dos seres humanos – [1], até porque ambas estão umbilicalmente relacionadas.

Aproximando-se o pensamento construtivista de uma concepção kantiana, pode-se inferir que, nesses dois entendimentos, o conhecimento não tem como ponto de partida a realidade, seja externa ou interna. Para Kant, o processo cognitivo teria início com o estudo da própria faculdade de conhecer, ou seja, com o estudo da razão. Nesse mesmo diapasão, os construtivistas defendiam que o conhecimento, a percepção dos fenômenos dava-se não pela apreensão da realidade em si, mas era edificado a partir do próprio cérebro humano e dos órgãos sensoriais, individualizando tal percepção, que estaria suscetível às variações e particularidades dos sujeitos cognoscentes.

Ainda nessa esteira, pode-se dizer que, no construtivismo, admite-se que os objetos é que devem regular-se pelo conhecimento humano, e não a situação inversa, pois, "de maneira universal e necessária, os objetos se adaptam ao conhecimento, e não o conhecimento aos objetos[2]." Insta mencionar que a visão de um mundo real em si ("que não pode ser apreendido") dos construtivistas é paralela ao conceito de *noumenon* de Kant. Já o *phainomenon*, correspondente à realidade tal como é organizada pela razão, que submete os conteúdos da experiência às estruturas da sensibilidade e do entendimento[3], seria, numa interpretação construtivista, variável de acordo com o observador.

> "De qualquer forma, sempre que tentamos transcender a aparência para além de toda experiência sensorial, [...] a fim de apreender os segredos últimos do Ser que, segundo nosso conceito de mundo físico, é tão tremendamente poderoso que produz todas as aparências, [...] o que encontramos talvez nada tenha a ver com o macrocosmo ou com o microcosmo, que lidamos apenas com configurações da nossa própria mente[4]"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao captar os estímulos do meio em que se inserem, os indivíduos podem interpretá-los de maneiras distintas. Em muito isso se deve à grande quantidade de canais percorridos até que uma informação seja armazenada pelo ser humano, além da conexão do que foi captado com outras informações correlatas. Ademais, são muitas as influências que um indivíduo traz, não só do meio, mas de suas experiências prévias, o que dá margem às diferentes perspectivas de um mesmo estímulo.

> "Além das partículas, dos campos de força, da geometria, do espaço e do tempo, será o componente fundamental o ato ainda mais étereo do observador participante? - ou seja, o fóton se decide assim por haver "alguma interferência do "pensamento" do observador?[5]"

Assim, pode-se interpretar que a forma de entender a realidade depende dos seres humanos, por o desejarem de um modo definido. Os sujeitos cognoscentes não só captam, como emanam influências no mundo em que vivem, tornando o processo cognitivo ainda mais complexo. Para Archibald Wheeler, a consciência humana é o elo entre o mundo dos elétrons e a realidade cotidiana[6]. Desse modo, as ações humanas constituem efeitos que a consciência produz na realidade física.

Outrossim, ainda há fatores somáticos que interferem no processo de compreensão da realidade expressa, que são levados em consideração pelos construtivistas, a exemplo da variação hormonal observável entre indivíduos, que pode se dar não só entre homens e mulheres, mas entre indivíduos de um mesmo gênero ou em diferentes idades ou fases da vida.

Um empecilho ao pensamento construtivista verifica-se na medida em que a linguagem media a relação entre o indivíduo e o mundo exterior, não raro fugindo à objetividade. Uma definição muitas vezes equivale ao relato vencedor, à tendência da maioria, e não à realidade em si, ao nômeno proprimamente dito, e sim ao fenômeno avaliado sob o juízo axiológico dominante, o que não implica que esse seja o único ou o correto meio de compreendê-lo.

Para os construtivistas, a linguagem é um elemento mediador, indispensável ao processo cognitivo, de maneira tão instintiva que muitas vezes nem é reconhecida como tal. Desse modo, os sujeitos do conhecimento enxergam o meio como um dado empírico, um fato observável, e não um produto de sua interpretação particular.

Ao receber os estímulos do ambiente e interpretá-los a sua maneira, fica evidente para os construtivistas que o cérebro é um sistema autopoietico, uma rede fechada que produz a si mesma e, por conseguinte, opera os aludidos estímulos segundo critérios próprios. Nesse sentido, os construtivistas acabam por isolar a

mente humana do contexto em que ela se encontra, da sociedade e que vive e das influências que recebe.

Seguindo essa linha de pensamento, os adeptos do construtivismo radical ignoram o caráter alopoietico do cerébro humano e reduzem a sociabilidade inerente ao ser humano que implica que este, por ter introjetado diferentes fatos sociais, não raro aceitam verdades preconcebidas, não produzindo o próprio conhecimento de maneira crítica. Amiúde, o indivíduo imerso em um dado contexto social aceita a crença coletiva do meio sem, no entanto, construir suas próprias ideias em equilíbrio homeostático entre o fechamento operacional e a abertura cognitiva.

3. O biologismo moral

Dentre as concepções biologistas, que procuram explicar os fenômenos humanos a partir de critérios genéticos e reações quimicas orgânicas, encontra-se o biologismo moral. Nesse sentido, o conhecimento humano, a apreensão do mundo real pelo indivíduo ocorreria, também, devido às determinações biológicas.

Essa tendência aos fatores biológicos como justificativa ao comportamento humano é axiologicamente reducionista, privilegiando instintos e respostas imediatas em detrimento de julgamentos éticos na execução de um ato. De certo modo, tal perspectiva de que condutas eticamente corretas – como a solidariedade em uma comunidade – são resultantes do ímpeto de autoconservação inerente à natureza humana aproxima-se de uma visão pessimista de Thomas Hobbes, quando esse descreve o estado de natureza.

Para Hobbes, como todo homem é opaco aos olhos de seu semelhante, são feitas suposições recíprocas acerca da atitude que o outro pode vir a tomar e, portanto, para se autoconservar, o homem ataca o semelhante, a fim de manter sua integridade [7]. Desse modo, prevaleceriam os instintos, o desejo de preservar a si mesmo, em prejuízo do julgamento axiológico e do livre arbítrio.

O biologismo moral converge com o construtivismo radical ao considerar o papel que desempenham os hormônios nas reações químicas envolvidas nas condutas humanas. Todavia, o bilogismo moral se aprofunda ainda mais nesse âmbito, chegando a defender que os seres humanos são apenas capazes de ações consideradas boas ou justas devido à satisfação que elas lhes trariam ao serem liberados certos hormônios ligados à sensação de prazer. Assim, haveria, na natureza, um sistema autossustentável de manutenção da coesão, através de reações químicas, e independente de reflexões éticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aludida visão biologista peca por reduzir – ou melhor, anular – a importância da moral no comportamento humano. Apesar de alegarem uma tentativa de extinguir um tipo ideal de moral – o que é contraditório, visto que, ao defenderem uma biologia humana unívoca, é de se estranhar que não defendam uma moral também universal –, de abolirem a busca e, por conseguinte, a imposição de uma moral correta, os biologistas morais desconsideram o peso dos conceitos de bem e mal, justiça e injustiça, certo e errado que movem as ações humanas.

O senso e a consciência morais têm como pressuposto fundamental a ideia de liberdade do agente, sendo constitutivos da existência intersubjetiva. Eles não podem ser desprezados, pois exigem que os sujeitos decidam e justifiquem suas ações sem ser obrigados por outros, gerando, desse modo, uma responsabilidade do indivíduo em relação a suas decisões [8]. Em se tratanto de ações realizadas inconscientemente, cabe aqui recordar a centopeia de Kipling, que andava sem qualquer esforço sobre as cem patas, até que um adulador da corte começou a elogiá-la, pois sua memória permitia que ela nunca pisasse a octogésima quinta perna antes da trigésima sétima ou a quinquagésima segunda antes da décima nona. Tornada consciente de si mesma, a centopeia perdeu a capacidade de andar [9].

Portanto, faz-se necessária ao ser humano consciência tanto moral quanto a de si mesmo, enquanto autor de suas ações. Ademais, caso as justificativas dos comportamentos humano permaneçam no plano biológico e não adentrem a esfera metafísica, será eximida a responsabilidade do ser humano e, então, conceitos como dolo e culpa perderão seu valor.

4. O ser humano enquanto pleno ou carente na antropologia retórica

A percepção e a apreensão da realidade por parte do ser humano envolvem, inevitavelmente, abstrações. Ao observar um evento, de caráter único e irrepetível, o sujeito tem uma experiência não só sensível, mas também intelectual. O ser humano nunca percebe um acontecimento como exatamente igual a outro, assim como a experiência mental também nunca se dá de uma mesma maneira em dois indivíduos. Por isso, é necessário, ao fixar conceitos, que se façam abstrações das características acidentais de um objeto, a fim de alcançar o que ele, de fato, é. Tal tese de Husserl, que busca subtrair aspectos individualizadores de objetos para que se possa chegar à essência deles, é de grande relevância na produção de significados [10].

Contudo, ainda que sejam feitas generalizações acerca dos fenômenos, existem outras generalizações a se fazer, na esfera da linguagem. Destarte, o conhecimento está sujeito a eventuais distorções em seu processo de transmissão. Apesar de suas suscetibilidades à vagueza e à ambiguidade, a linguagem é indispensável tanto ao

conhecimento quanto ao próprio ser humano, haja vista que é com palavras que o indivíduo se insere no mundo humano, e aludida inserção é como um segundo nascimento, no qual é confirmado o aparecimento físico do ser. Sem o discurso, a ação deixaria de ser ação, pois não haveria ator, já que o agente do ato só existe como tal se for, concomitantemente, o autor das palavras [11].

Os fatos – sobretudo os fatos jurídicos – não são dados puros da realidade, não se confundem com os eventos do mundo; fatos são versões linguísticas sobre eventos [12]. A realidade jurídica, assim como a língua, é retórica, e essa retórica não pode pautar-se em determinismos ou na sociobiologia para fundamentar a argumentação jurídica, precisando ir além de visões maniqueístas ou que almalgamem o Direito aos demais sistemas normativos – algo que, para Niklas Luhmann, é indicativo de um baixo grau de complexidade na sociedade [13].

A correspondência de uma ideia a um significante, que se dá no âmbito da linguagem, é uma questão primordial no estudo do conhecimento. Se a realidade é infinita, a linguagem, por conseguinte, também o deveria ser. Apesar de o código, isto é, a língua ser um elemento vivo, adaptando-se às transformações correntes na sociedade, ela não é capaz de abarcar toda a realidade existente, sendo, portanto, falha. O latim, por exemplo, por ser uma língua que parou de sofrer modificações, torna inviável a exteriorização de certos conceitos mais atuais, apesar de, justamente por esse seu caráter de imutabilidade, ser de extrema importância para o conhecimento, haja vista que fixa significados em áreas como a Biologia.

Enquanto meio de expressão da realidade fática, a linguagem representa um fator imprescindível para que seja adquirido o conhecimento. George Orwell já previa, em sua obra "1984", o enorme prejuízo que constituiria a destruição da linguagem, por assim dizer [14]. Ao descrever a *Novafala*, língua que vinha sendo utilizada no contexto em que se passa a trama, fica evidente o poder de estreitar o âmbito de pensamento, pois a redução abissal do número de palavras viria a impedir a expressão das ideias contrárias à ideologia opressora. Desse modo, fica claro que a limitação do vocabulário e o enxugamento da língua caracterizariam a progressiva perda do alcance da consciência e, portanto, a limitação do conhecimento humano.

Para Hans Blumenberg, há duas tendências opostas no modo de ver o ser humano: uma entendendo-o como um ser pleno e outra como um ser carente. Em sua plenitude, o homem é reconhecido como apto a conhecer a verdade – o nômeno, a coisa em si –, e não apenas sua representação. No entanto, essa percepção da verdade não se daria por meio do dogmatismo filosófico, corrente que identifica os filósofos que estão convencidos de que a razão pode alcançar a certeza absoluta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como René Descartes, que acreditava na possibilidade de se atingir uma verdade indubitável [15].

Como ser pleno, o homem lançaria mão da linguagem e da retórica como subterfúgios, a fim de tanger a verdade. A língua, enquanto código, fixa pontos de referência e, desse modo, cumpre uma função de realidade artificial, uma convenção que possibilita – assim como um mito – uma intuição compreensiva da realidade, que afugenta a insegurança e a angústia diante do desconhecido [16]. Destarte, a língua tem uma função que transpassa o âmbito restrito à comunicação, para assumir uma dimensão de posicionamento do homem no mundo, empoderado pela possibilidade de conhecer a verdade que a linguagem lhe atribuiu.

Ao ser abordado como ser carente, o homem aparenta viver voltado para o futuro em detrimento do presente. Nessa conjectura, a linguagem lhe serve não só como ferramenta para construir a fantasia em que vive o homem, o mundo construído por ele mesmo, mas também como forma de adaptá-lo a esse mundo próprio.

Essas duas perspectivas de entendimento do homem compartilham uma característica: ambas têm a linguagem como pedra angular. Essa importância da linguagem deve-se ao seu poder de criação e de dominação em relação ao ambiente em que o ser humano se insere, tornando o homem não um mero produto do meio, mais um escultor, um autor da realidade. Assim, cabe interpretar que o ambiente do ser humano não é a natureza – até porque essa já se encontrava concluída antes da interferência humana –, mas a linguagem, pois nela há terreno fecundo para o exercício do caráter comunicativo inerente à espécie humana.

Convém assinalar que a dicotomia plenitude e carência humana consiste num meio de agrupar os filósofos em ontológicos e retóricos. Todavia, essas duas concepções representam tipos ideais, devido a seu caráter aproximativo, podendo um filósofo que nega qualquer tipo de verdade se encaixar na mesma classificação de outro que aceite que a verdade varia em conformidade com os diferentes conceitos em que está situada [17]. Assim, depreende-se que essa dicotomia é uma simplificação, pois as classificações são problemáticas.

Ainda nessa esteira dicotômica, pode-se relacionar a holística – isto é, as tendências universalizantes, que se propõem definitivas – à plenitude do ser humano, e associar a heurística – ou seja, as tendências relativistas, que não pretendem uma verdade definitiva – à carência do homem.

O holismo em muito se assemelha ao ecossistema, haja vista que leva em consideração relações mútuas entre as partes e o todo. Exemplificando, pode-se citar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que, numa análise holística de uma frase, deve-se contemplar que ela faz parte de um universo que a engloba: no caso, a língua. Assim, de certa forma, tudo está relacionado a tudo, nada está absolutamente isolado de nada [18].

Como ser pleno, o homem é capaz de atribuir significados aos fenômenos e de os nomear conforme um princípio ontológico universalizante. A ontologia clássica essencialista tem em Sócrates o seu pioneiro, na medida em que ele combateu o relativismo da retórica sofística e o conhecimento ordinário das pessoas, o qual ele nomeava *doxa*, propondo, em lugar desse senso comum, um conhecimento racional, refletido, de modo que os conceitos pudessem representar a realidade dos seres [19].

> "Em outras palavras, Sócrates inaugura a ontologia essencialista do ser, ao pretender ancorar o conceito de verdade na busca pela essência de cada ser. Desta forma, o verdadeiro conhecimento deve abandonar a *doxa,* o relativismo típico da sofística e se ancorar na construção de conhecimentos/conceitos universais e absolutos [20]"

Insta mencionar como é demasiada a dificuldade de se fixar conceitos universais na construção do conhecimento, haja vista as transformações que o homem testemunha ao longo do tempo. Outro notável problema intrínseco à fixação de conceitos é a porosidade da linguagem, que faz com que as palavras percam seu sentido originalmente proposto. Assim, a construção de conceitos e conhecimentos universais e absolutos representa uma ideia deveras ambiciosa e que, na prática, não atende às expectativas, inclusive porque, enquanto são necessárias várias hipóteses para provar uma teoria – no caso, um conhecimento universal –, apenas é necessário um evento contrário para quebrá-la.

Por outro lado, a heurística não pretende fixar verdades definitivas, sendo, portanto, menos audaciosa. Nesse sentido, a ideia de Albert Einstein de que "toda doutrina ou teoria tem um prazo de validade" pode ser considerada heurística, visto que admite o caráter perecível dos conceitos e a necessidade de atualização do conhecimento para que ele continue adequado.

A tendência heurísta está atrelada à carência do ser humano, aceitando a linguagem como realidade com a qual o homem pode lidar, mediando a relação dele com o meio em que vive. Como sua relação com o ambiente é mediata, a vinculação do homem com o conhecimento é, igualmente, intermediada pela linguagem. Desse modo, o ambiente é produto da linguagem e, por conseguinte, da consciência humana, já que essa também é autora da linguagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, a visão do mundo natural como produto da linguagem peca por desconsiderar o poder do trabalho na modificação da natureza. Para Marx, por exemplo, o trabalho, ao se exercer sobre determinados objetos, provoca neles uma espécie de "ressurreição", de modo que tudo que é criado pelo homem contém em si um trabalho passado [21]. Portanto, o homem executa transformações no meio em que vive não só pela linguagem, mas também pelo trabalho. Ainda assim, a linguagem prepondera por condicionar o ser humano enquanto tal, como preconizava Hannah Arendt.

5. Limites de uma ontologia jurídica

Sabendo-se que o problema central da gnoseologia constitui-se em observar se a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com elas reduz-se a uma convenção arbitrária [22], ao admitir a possibilidade de uma ontologia jurídica, é eleita a perspectiva do homem como ser pleno e, por conseguinte, é aceito o poder da linguagem de descrever a realidade fática tal como ela é.

Logo, os filósofos ontológicos procuram minar os efeitos dissociativos da linguagem, uma vez que acreditam na viabilidade de se chegar a um conhecimento verdadeiro e independente da linguagem. Mencionada ótica essencialista pode ser vista como uma quimera, visto que "a consciência total depende de se ter uma teoria abstrata que deve ser formulada de modo linguístico [23]". Para Karl Popper, não há nada tão importante como a linguagem, pois é através dela que nos tornamos humanos e que a consciência humana – a consciência do eu – é uma consciência de linguagem [24].

Nesse toar, a ontologia é problemática na medida em que acredita na possibilidade de alcançar o conhecimento sem o intermédio da linguagem, algo inviável aos seres humanos. Caso houvesse tal conhecimento puro, qualquer conjetura acerca dele não seria falseável de nenhum modo e, por não ser falseável ou testável, ele seria metafísico [25]. Daí depreende-se que a ocorrência epistemológica, isto é, o conhecimento do homem acerca do universo, só ocorre por meio da linguagem, sendo impossível chegar à verdade – qualquer que seja – senão através da comunicação.

Em contrapartida à visão ontológica, a retórica julga essa verdade nítida como uma ilusão e posiciona a linguagem como condicionadora da realidade. Destarte, a tendência dos retóricos é conceber o Direito como um fenômeno linguístico. Considerando-se que as normas jurídicas contêm previsões genéricas de fatos, as quais são enunciadas no domínio da linguagem e, sendo a norma um elemento

constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico [26], fica evidente a simbiose entre a linguagem e o Direito.

A fim de regular a vida em sociedade, é instituído o Direito para preservar a ordem. Ao fixar juízos de *dever ser*, o Direito não só estabelece padrões de conduta a serem seguidos – pois a Moral também se encarrega disso –, mas vai além, assegurando seu cumprimento, na medida em que é dotado de coercibilidade. Levando em consideração seu caráter retórico, o Direito é relativo, multifacetado, satisfazendo as inquietudes humanas e orientando o comportamento a partir de uma moral vencedora, que é então positivada. No entanto, essa moral é provisória, variando conforme as necessidades da sociedade em que está contextualizada.

Convém apontar o paradoxo entre a plenitude e a carência humana no que se refere à retórica jurídica. Ao passo que fica evidente o caráter pleno do homem ao eleger os parâmetros de conduta socialmente aceitáveis; ele também se mostra carente ao dispor de uma moral provisória, que, heuristicamente, não se propõem definitiva, mas aparece como relativa.

Portanto, é dedutível que, diante da complexidade inerente à natureza humana, não cabe restringir o homem em uma classificação tipificada, como no caso da dicotomia entre ser pleno e carente. O que pode ser observado é que, em determinadas situações e em pontos de vistas específicos, alguma dessas duas características atribuíveis ao ser humano se sobressairá.

Ainda que se almeje assumir uma postura jurídica fundamentalmente retórica, é impossível dissociá-la por completo da ontologia. Da mesma forma, a ontologia que elege aspectos éticos como corretor, estabelecendo uma moral definitiva, torna-se nociva ao Direito, pois assume uma posição ideológica.

Sendo assim, é válido ressaltar a ontologia subjacente à retórica não pretende uma imposição de conceitos definitivos, mas serve para possibilitar a ligação entre conceitos e as afirmações de juízos, a partir da descrição dos objetos. Até mesmo na dogmática jurídica, é necessário fazer pressupostos, utilizando-se de uma certa ontologia ao admitir, por exemplo, a inegabilidade dos pontos de partida. Entretanto, o que não pode ocorrer é a determinação de juízos axiológicos como corretos por parte dessa ontologia jurídica, pois esses não podem assumir uma natureza dogmática, devido a seu caráter relativo, moldado pela retórica – ou pelos interesses do autor do discurso.

6. **Considerações finais**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mediante o exposto, percebe-se que a busca por uma perspectiva axiológica geral por meio do intento de universalizar o Direito frustra-se ao se deparar com a complexidade do mundo moderno e a disparidade social e ideológica fruto da racionalização. A expectativa deontológica se sustenta a partir do cumprimento de regras por meio da aceitação da ordem jurídica positivada e não a partir da aceitabilidade dos seus fundamentos.

O problema dessa visão é que ela colocava o homem como produto do meio, como um acessório e a comunicação como um meio de interação entre o homem e a realidade. Mas essa visão é equivocada. O homem não é mero produto do meio, mas o verdadeiro criador deste, tendo a linguagem transcendido o papel de comunicação e assumido a dimensão de posicionamento do homem no mundo.

Essas duas visões da linguagem e do Direito foram costumeiramente estudadas como opostas, sendo que nenhuma delas era suficiente para suprir as necessidades das relações humanas. Se de um lado havia padrões de condutas rígidos e coercibilidade para fazê-los acontecer, do outro havia a retórica e sua provisoriedade e vaguezas perigosas.

Diante disso, interessante estabelecer um diálogo entre essas duas vertentes para possibilitar a existência de juízos axiológicos determinantes moldados pela retórica, atingindo, assim, uma ideia mais justa dos conceitos.

NOTAS:

[1] CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2008, p. 61.

[2] CHAUI, Marilena. Op cit., p. 76.

[3] Idem, ibidem, p. 78.

[4] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 299.

[5] SEMENOV, Marcia Maria Rodrigues. O fetichismo da indução. **Filosofia: ciência e vida**, n. 96, p. 17-18, julho, 2014.

[6] SEMENOV, Marcia Maria Rodrigues. Op cit., p. 18.

[7] WEFFORT, Francisco C.. **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 2000, p. 55.

[8] CHAUI, Marilena. Op cit., p. 306-307.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[9] BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 25.

[10] ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica.** São Paulo: Saraiva, 2012, 216-220.

[11] ARENDT, Hannah. Op cit., p. 188-191.

[12] ADEODATO, João Maurício. Op cit., 208.

[13] LUHMANN, Niklas. **Teoria della societá.** Milão: Franco Angeli, 1995, p. 353.

[14] ORWELL, George. **1984.** Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 68-70.

[15] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofando: introdução à filosofia.** Sõa Paulo: Moderna, 2009, p. 112.

[16] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. Op cit., p. 27.

[17] ADEODATO, João Maurício. Op cit, p. 340-341.

[18] COUTO, Hildo Honório do. **Ecolinguística: estudo das relações entre língua e meio ambiente.** Brasília: Thesaurus, 2007, p. 29-30.

[19] FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teorias do direito: do jusnaturalismo ao pós-positivismo.** Belo Horizonte: Placido, 2014, p. 14.

[20] Idem, ibidem, p. 14.

[21] COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade.** São Paulo: Moderna, 2005, p. 117.

[22] ADEODATO, João Maurício. Op cit., p. 341.

[23] POPPER, Karl R.; ECCLES, J. **O cérebro e o pensamento.** Campinas/Brasília: Papirus/UnB, 1992, p. 28-29.

[24] POPPER, Karl R. **O racionalismo crítico na política.** Brasília: UnB, 1994, p. 71.

[25] POPPER, Karl R.; ECCLES, J. Op cit., p. 32.

[26] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE HISTÓRICA DO PROBLEMA DA REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

RENATO CESAR GUEDES GRILO: Procurador da Fazenda Nacional. Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Tributário. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

RESUMO: Esse artigo objetiva enfrentar o problema da repartição de competência tributária entre os entes federativos, a partir de um recorte histórico constitucional. Nesse sentido, analisaremos como as Constituições Federais brasileiras dividiram as competências tributárias entre os entes federativos, para contextualizar, no tempo, a problemática da divisão das materialidades abertas à tributação. Em um contexto atual de constantes discussões por uma melhor equalização das possibilidades abertas pela Constituição para a instituição de tributos, é relevante descontinuar o passado em busca de diretrizes mais seguras para o futuro.

ABSTRACT: This article aims to deal with the problem of the division of tax competence among the federative entities, from a constitutional historical perspective. In this sense, we will analyze how the Brazilian Federal Constitutions divided the tax competences among the federative entities, to contextualize, in time, the problematic of the division of the materialities open to taxation. In a current context of constant discussions for a better equalization of the possibilities opened by the Constitution for the imposition of taxes, it is relevant to discontinue the past in search of safer guidelines for the future.

Palavras-chave: Federação; tributação; Constituição; Repartição da competência tributária; história do constitucionalismo brasileiro; participação na arrecadação.

Keywords: Federation; taxation; Constitution; Distribution of tax competence; history of Brazilian constitutionalism; participation in the collection.

Sumário: Introdução. 1. As normas de competência tributária nas Constituições de 1824 e 1891. 2. As materialidades abertas à tributação na Constituição de 1934 com a inclusão da técnica de repartição do produto. 3. A repartição de competências na Constituição Federal de 1937. 4. O início do alargamento das competências da União na repartição da competência tributária na Constituição de 1946. 5. O advento de um Sistema Tributário na Constituição de 1967 com a repartição hiperbólica de competências em favor da União. 6. A repartição de competências no Sistema Tributário Nacional na Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências

Introdução

Mediante duas técnicas tributárias se promove a destinação de recursos para o agir estatal: a atribuição de competência tributária para a instituição de tributos sobre determinadas materialidades abertas à tributação pela Constituição Federal; ou, por participação no produto da arrecadação tributária.

Pode-se imaginar que, chegando os recursos suficientes para a consecução das finalidades a serem perseguidas e serviços a serem prestados pelo respectivo ente federativo, pouco importa a técnica que foi utilizada – se por exercício de uma competência tributária própria, ou por participação no produto da arrecadação proveniente do exercício de competência tributária de outro ente federativo.

Contudo, a supressão ou o desprestígio *normogenético* tributário precisa ser analisado sob o ponto de vista da autonomia federativa. É que, quando um ente perde a prerrogativa única e indelegável de instituir um tributo, mediante o exercício de competência própria, para vir a receber parte do produto final da arrecadação de tributo instituído por outro ente, há redução do poder criativo capaz de desestabilizar a harmonia na Federação. Em outras palavras, a divisão de competências representa o espaço federativo ocupado pelos entes, e o resultado disso pode sim levar a instabilidades e desequilíbrios na Federação.

O nosso objetivo é analisar o problema da repartição da competência tributária na história constitucional brasileira e de que modo se processou uma concentração de atribuições institutas de tributos em determinado ente federativo.

1.As normas de competência tributária nas Constituições de 1824 e 1891

A primeira Constituição brasileira, de 1824, não trouxe uma técnica de repartição de receitas tributárias, cuidando apenas da atribuição da competência tributária - outorgada privativamente a iniciativa "sobre impostos" à Câmara dos Deputados (art. 36, I) e, em seu artigo 15, § 10°, a competência do Poder Legislativo de "fixar, anualmente, as despesas públicas, e repartir a contribuição direta"

Assim, na sistemática da CF de 1824, a iniciativa "sobre impostos" deveria partir privativamente da Câmara dos Deputados, que era "eletiva e temporária" (art. 35), cabendo ao Poder Legislativo a repartição da "contribuição direta".

Em termos de direito tributário, a disposição constitucional que mais chama a atenção, na Carta de 1824, é a que invoca o dever fundamental de pagar tributos na medida de sua capacidade contributiva ("*Ninguem será exempto de contribuir pera as despezas do Estado em proporção dos seus haveres*" - art. 179, XV).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Trata-se de cláusula inserta em um contexto de direitos e garantias fundamentais, fazendo sobressaltar também a instituição dos deveres fundamentais (art. 179, XIII a XVII).

O interessante dessa disposição é que ela se encontra em uma sequência de incisos que remetem ao valor constitucional da igualdade. A explicitação do dever fundamental de o contribuinte pagar tributos, na proporção de suas possibilidades, representa um chamado constitucional da Constituição de 1824 à isonomia no custeio das despesas gerais do Estado e viabilização dos serviços públicos que ele presta à sociedade.

É uma disposição normativa que poderia ter sido reproduzida nas Constituições seguintes, mas não se encontra expressa na atual CF de 1988 - muito embora o Supremo Tribunal Federal reconheça o "dever fundamental de pagar tributos"[1].

Voltando ao tema específico da repartição constitucional das competências tributárias, a Constituição Federal de 1891 foi a primeira a instituir um sistema de divisão específico das materialidades a serem tributadas pelos entes federativos.

A Constituição de 1891 adotou a República Federativa como forma de governo, constituindo-se por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil (art. 1º). Cada uma das antigas províncias formara um Estado e o antigo município neutro se transformara no Distrito Federal, que continuou a ser a capital da União (art. 2º).

As materialidades abertas à tributação foram discriminadas, por meio da técnica de repartição por competência. A Carta de 1891, por coerência com o regime Federativo que adotou, inaugura a repartição constitucional tributária por competência no constitucionalismo brasileiro; a Constituição de 1934, por sua vez, é a que vai inaugurar a sistemática de repartição por participação na receita tributária de tributos que são da competência de outros entes federativos.

Da competência exclusiva da União, a CF de 1891 discriminou apenas uma materialidade tributada por imposto e duas taxas (art. 7º): o imposto sobre a importação de procedência estrangeira; taxas de selo; taxas dos correios e telégrafos federais.

Para os Estados, a CF de 1891 atribuiu quatro materialidades para tributação privativa por tributo da espécie imposto (art. 9º): exportação de mercadorias de sua própria produção; imóveis rurais e urbanos; transmissão de propriedade; sobre indústrias e profissões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Interessante anotar que, na atual Constituição Federal de 1988, toda as materialidades que a CF de 1891 atribuiu para que os Estados tributassem por meio de impostos estão sob a competência de outros entes federativos. Assim, exportação, imóveis rurais, indústrias e profissões são tributados pela União; a propriedade de imóveis urbanos e a transmissão da propriedade são tributadas pelos Municípios.

Assim, a Carta de 1891 deu destacada preferência aos Estados na repartição da competência tributária privativa que promoveu. Contudo, embora tenha feito repartição de competência privativa para a tributação, a possibilidade do exercício da competência residual era deveras ampla, se comparada com a atual experiência constitucional brasileira[2].

Portanto, conclusivamente, a Constituição Federal de 1824 não promoveu uma repartição das materialidades tributárias, muito embora tenha trazido alguma normas relevantes de direito tributário; por sua vez, a Constituição de 1891 inaugurou a técnica de repartição das materialidade abertas à tributação, dando destacada relevância à competência privativa dos Estados – com quatro materialidades abertas à tributação por imposto, contra apenas uma da União.

2.As materialidades abertas à tributação na Constituição de 1934 com a inclusão da técnica de repartição do produto da arrecadação tributária

A Constituição Federal de 1934 aprimorou a sistemática de repartição da competência tributária e inaugurou no constitucionalismo brasileiro um sistema de repartição do produto da arrecadação dos tributos.

Após descrever extenso rol de competências materiais ou administrativas da União (art. 5º), a Constituição lhe atribui, privativamente, competência para instituir impostos sobre as seguintes materialidades (art. 6º): 1) a importação de mercadorias de procedência estrangeira; 2) consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor de explosão; 3) renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis; 4) transferência de fundos para o exterior; 5) sobre atos emanados do seu Governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal; 6) e, nos Territórios, os impostos que a Constituição atribui aos Estados. Especificamente quanto às taxas, a União podia cobrar taxas telegráficas, postais e de outros serviços federais; de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves. Portanto, cinco eram as materialidades abertas à tributação pela União.

Por sua vez, os Estados tinham a previsão de competência para instituir impostos sobre as seguintes materialidades: 1) propriedade territorial, exceto a urbana; 2) transmissão de propriedade causa mortis; 3) transmissão de propriedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; 4) consumo de combustíveis de motor de explosão; 5) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais; 6) exportação das mercadorias de sua produção; 7) indústrias e profissões; 8) atos emanados do seu governo e negócios da sua economia ou regulados por lei estadual. Havia uma previsão genérica para a cobrança de taxas de serviços estaduais.

Da normatividade presente na Constituição de 1934, percebe-se que os Estados permaneceram com a maior parte das materialidades abertas à tributação por meio dos impostos, das quais, no atual regime constitucional de 1988, remanescem apenas duas das oito bases econômicas tributáveis em 1934 – as demais estão hoje como competências da União ou Municípios.

Diferentemente da CF de 1891, a Carta de 1934 fez uma regulamentação específica sobre o exercício da competência residual para a instituição de impostos. Na CF de 1934 a competência residual foi denominada de "competência concorrente" da União e Estados para criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente (art. 10, VII).

Contudo, em norma extremamente interessante (art. 10, parágrafo único), a Constituição Federal estabeleceu que a arrecadação dos impostos residuais fosse feita pelos Estados, os quais entregavam, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo.

Ou seja, a Constituição inaugura, no constitucionalismo brasileiro, a técnica de repartição da receita tributária, através da qual um ente participa da arrecadação dos tributos que são arrecadados por outro ente federativo[3]. Assim, por exemplo, a União poderia criar um imposto residual, mediante o exercício da sua competência concorrente com os Estados, mas a estes caberia a arrecadação, mediante subsequente repartição do produto com a própria União e com os Municípios.

Hoje, na Carta de 1988, a competência residual para instituir imposto é privativa da União (art. 154, I), com determinação de repartição do produto da arrendação entre Estados (25%).

Além da previsão da repartição do produto da arrecadação do imposto residual, a Constituição ainda trouxe a repartição do produto do imposto de indústrias e profissões, de competência dos Estados: metade do arrecadado pertencia aos Municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também de modo inédito, a Constituição trouxe previsão de competência tributária para os Municípios: 1) imposto de licenças; 2) impostos predial e territorial urbanos; 3) imposto sobre diversões públicas; 4) o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais. Também houve previsão da possibilidade de os Municípios cobrarem as taxas sobre serviços municipais.

É interessante que a Constituição trouxe uma previsão de transferência para o Municípios da competência tributária para instituição dos impostos privativos do Estado (§2º, art. 13). Ou seja, uma espécie de delegação da competência tributária, não mais existente no regime constitucional de 1988.

Conclui-se que a Constituição de 1934 trouxe um sofisticado sistema de previsão de competência tributária privativas para União, Estados e Municípios, combinado com mecanismos de participação dos entes federativos na arrecadação tributária dos outros. Observa-se, ainda, que permaneceu a proeminência dos Estados na repartição da competência tributária - muito embora a União tenha, em 1934, mais materialidades abertas à tributação do que tinha em 1891.

3.A repartição de competências na Constituição Federal de 1937

A Constituição Federal de 1937 manteve inalterada as competências tributárias abertas e repartidas à tributação entre União, Estados e Distrito Federal, de modo que os impostos privativos de cada um desses entes são os mesmos da Carta anterior, de 1934.

De igual modo, foi mantida a repartição do produto do imposto de indústrias e profissões, de competência dos Estados: metade do arrecadado pertencia aos Municípios.

Apenas a repartição dos impostos residuais sofreu alteração, deixando de existir previsão específica de repartição do produto. A previsão da competência residual veio no art. 25 da Constituição, seguindo o qual: "Os Estados poderão criar outros impostos. É vedada, entretanto, a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União, quando a competência for concorrente. É da competência do Conselho Federal, por iniciativa própria ou mediante representação do contribuinte, declarar a existência da bitributação, suspendendo a cobrança do tributo estadual".

Portanto, na Constituição de 1937 a repartição das competências tributárias permanece inalterada, de modo que a maior parte das materialidades abertas à tributação se encontravam na competência dos Estados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.O início do alargamento das competências da União na repartição da competência tributária na Constituição de 1946

Na Constituição Federal de 1946, as competências tributárias da União - que já haviam sido aumentadas na comparação entre as Constituições de 1891, 1934 e 1937 – foram objeto de maior concentração em relação às competências dos Estados.

Assim, o art. 15 da Carta, estabeleceu a competência da União para instituir impostos sobre as seguintes materialidades: 1) importação de mercadorias de procedência estrangeira; 2) consumo de mercadorias; 3) produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica; 4) renda e proventos de qualquer natureza; 5) transferência de fundos para o exterior; 6) negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal; 7) Propriedade territorial rural.

A União, que na Constituição de 1891 tinha apenas competência para instituir imposto sobre a importação, chega na Carta de 1946 com sete materialidades abertas à tributação por impostos, em uma conformação parecida com a da atual Carta de 1988.

Contudo, na medida em que alargou as possibilidades abertas à tributação pela União, a Constituição de 1946 também expandiu a técnica de repartição das receitas tributárias. Assim, do produto arrecadado com o imposto sobre "produção, comércio, distribuição e consumo", sessenta por cento no mínimo eram entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal.

Já do produto da arrecadação do imposto da União sobre consumo de mercadorias, 10% eram entregues aos Municípios, em partes iguais. Da arrecadação imposto da União sobre renda e proventos, 15% eram entregues aos Municípios, em partes iguais.

Quanto ao produto da arrecadação do imposto territorial rural, a totalidade era entregue pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incidia a tributação.

Já os Estados, que na Constituição Federal de 1937 possuíam sete materialidades abertas à tributação, passam a ter quatro fatos tributáveis presuntivos de riqueza: 1) Transmissão de propriedade causa mortis; 2) vendas e consignações

efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme o definir a lei estadual; 3) exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro, até o máximo de 5% (cinco por cento) ad valorem , vedados quaisquer adicionais; 4) os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua justiça e os negócios de sua economia.

Havia uma interessante previsão de repartição condicional de receita tributária, dos Estados para os Municípios, nos seguintes termos: "Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, exceder, em Município que não seja o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-á anualmente trinta por cento do excesso arrecadado" (Art. 20).

A atribuição de competência residual para a instituição de impostos foi entregue à União e aos Estados, mas o imposto federal excluía o estadual idêntico - essa é uma disposição normativa reveladora do espírito da Carta, que prestigiava a União em um grau maior do que nas Constituições anteriores.

Os Estados realizavam a arrecadação dos impostos residuais e entregavam vinte por cento do produto à União e quarenta por cento aos Municípios onde se tiver realizado a cobrança (art. 21).

Para a competência tributária dos Municípios, a Constituição Federal reservou sete materialidades: 1) propriedade territorial urbana; 2) predial; 3) transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; 4) licenças; 5) indústrias e profissões; 6) diversões públicas; 7) atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

Ademais, a Constituição de 1946 trouxe a previsão da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a cobrança de (art. 30): I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas; II - taxas; III - quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. É a primeira vez que a "contribuição de melhoria" surge na nossa experiência constitucional.

Também é na Constituição de 1946 que encontramos as normas de incompetência tributária (imunidades), de um modo bastante semelhante ao que hoje vige no nosso ordenamento jurídico; nos termos do art. 31, V, da Carta de 1946, estava vedado aos entes federativos a instituição de impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins; c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

O que ser extrai da Constituição de 1946 é a estruturação de um sistema tributário mais complexo, com a previsão de normas de incompetência tributária (imunidades), tributos de competência comum (taxas e contribuição de melhoria), previsão de diversas materialidades abertas à tributação para que todos os entes federativos instituíssem impostos e uma mais ampla previsão de repartição da receita tributária.

Assim, muito embora tenham sido alargadas as materialidades econômicas abertas à tributação pela União, por meio de impostos, também fora expandida a repartição do produto da arrecadação desses impostos federais com os demais entes federativos, equilibrando, pelas duas técnicas (repartição por competência e pelo produto), a forma como o 'bolo' dos recursos é repartido na Federação.

5.O advento de um Sistema Tributário na Constituição de 1967 com a repartição hiperbólica de competências em favor da União

Antes da Constituição Federal de 1967, a previsão de competências tributárias era feita logo após a enunciação das competências materiais ou administrativas do ente federativo; assim, as Constituições anteriores descreviam o que deveria ser feito e logo após apontava de onde viria a derivação dos recursos dos particulares para a respectiva execução de tais tarefas ou objetivos.

A Carta de 1967 estrutura as questões tributárias de um modo inédito, mediante a previsão de um capítulo apartado e específico para o "Sistema Tributário". Portanto, é nesse momento da experiência constitucional brasileira que se cria uma verdadeira "Constituição Tributária". É interessante perceber que o atual regime constitucional de 1988, no que diz respeito ao arquétipo tributário fundamental, é deveras semelhante ao que veio disposto na Constituição de 1967.

O "Sistema Tributário" da Constituição de 1967 representa um amadurecimento constitucional da previsão de tributos, competências, limites e regras de repartição do produto tributário.

Destaco que uma das mais relevantes garantias para os contribuintes veio prevista ineditamente na Carta de 1967: a utilização da lei complementar para o estabelecimento de normas gerais de direito tributário. Essa previsão garante segurança jurídica a todos os contribuintes, a partir do fato de que todos os entes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tributantes partirão de um tronco comum (lei complementar) para derivar recursos das riquezas produzidas na sociedade.

Substancialmente, alargou-se as materialidades abertas à Tributação pela União (dez bases econômicas), em relação àquelas sobre as quais Estados e Municípios podiam instituir impostos (duas materialidades para cada um), prevendo de início que todos os entes federativos tem competência para instituir taxas de polícia e de serviço e contribuição de melhoria.

Assim, a União podia instituir impostos sobre: I - Importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - propriedade territorial, rural; IV - rendas e proventos de qualquer natureza; V - produtos industrializados; VI - operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; VIII - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; IX - produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica; X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

Os Estados podiam instituir impostos sobre as seguintes materialidades: I - transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre direitos à aquisição de imóveis; II - operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes.

Aos Municípios foi franqueada a instituir de impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Muito embora substancialmente alargada a competência da União, também foram ainda mais alargadas as previsões de repartição da arrecadação tributária. Inclusive, com esse propósito, foi instituída nova técnica de repartição, feita de modo indireto, mediante a previsão de três diferentes fundos (Art. 26): o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo Especial. Do produto da arrecadação do IPI e do IR, 5% era destinado ao FPE, 5% era encaminhado para o FPM e 2% ao Fundo Especial. Além da repartição indireta, há a previsão da participação direta dos entes federativos, no produto da arrecadação de impostos da União (art. 28), que chegava a 90% do produto, no caso do imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição de 1967 pode ser considerada como a que promoveu a maior concentração de competências tributárias para a União; em nenhum momento da história constitucional brasileira os Estados e Municípios tiveram tão poucas materialidades tributáveis por impostos e, em contrapartida, em nenhum momento histórico a União possuiu tamanha abrangência material tributável.

Destaco, em arremate desse tópico, que a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, por muitos constitucionalistas considerada como Constituição Federal de 1969, não trouxe substancial modificação no Sistema Tributário da Constituição de 1967.

6.A repartição de competências no Sistema Tributário Nacional na Constituição Federal de 1988

Muito embora tenha estruturado o sistema tributário de um modo temático semelhante ao do regime tributário pretérito, a Constituição de 1988 reduziu as materialidades tributárias abertas à União, em relação aos impostos, e aumentou a competência dos Estados e Municípios. Mas o que chama maior atenção na Carta de 1988 é a substancial repartição do produto tributário que fora prevista.

Conforme dados divulgados pela Receita Federal, que estimou em 32,66% do PIB a carga tributária de 2015, a arrecadação da União corresponderia a 68,26% da carga, a dos Estados, a 25,37%, e a dos Municípios, a 6,37%[4]. Portanto, não obstante nos faltem dados comparativos entre a arrecadação atual, por ente, e aquela existente na vigência da Constituição de 1891, salta aos olhos a proeminência arrecadatória da União.

Mesmo com a redução das materialidades abertas à tributação via imposto – de dez, na Carta de 1967, para sete, na atual CF de 1988 – a União exerce a maior parte de sua competência por meio das contribuições sociais, que agigantaram o sistema tributário brasileiro, praticamente inaugurando um capítulo paralelo no estudo do direito tributário. A inserção na Constituição das contribuições sociais, interventivas e de interesse de categorias profissionais (art. 149) são uma novidade no constitucionalismo brasileiro, alargando o espectro da tributação do Estado sobre a sociedade e tornando o sistema deveras complexo.

Hoje, somando-se as competências para instituição dos impostos com as contribuições (cujas materialidades podem ser encontradas no art. 195 da CF), a União abarca a maior parte do exercício da competência tributária na Federação brasileira. Acrescente-se a isso a possibilidade de instituição, pela União, de contribuições residuais e impostos residuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em relação aos impostos, contudo, há um sistema de repartição do produto extremamente generoso com os demais entes federativos; comparando a repartição instituída pelas Constituições passadas, o atual mecanismo de repartição alcança percentuais consideravelmente maiores.

Tomemos como comparação a repartição indireta, via fundo; na Carta de 1967, um total de 12% do arrecadado pela União de IR e IPI eram destinados a três fundos: FPE (5%), FPM (5%) e o Fundo Especial (2%).

Na Constituição Federal de 1988, um total de 49% do total arrecadado pela União de IR e IPI são destinados aos Fundos de Participação. Ou seja, a repartição tributária do IR e do IPI saltou de 12% para 49%.

Além dessa destinação aos fundos, 10% do arrecadado com o IPI é destinado diretamente aos Estados; estes, em relação ao montante que recebem, repassam 25% aos Municípios. Assim, mais da metade da arrecadação do IPI não fica com a União, mas é repartida.

Há ainda repartição direta do produto do IR, IOF-Ouro, do ITR, dos impostos residuais e da CIDE-Combustíveis; em relação aos impostos dos Estados, são repartidos o IPVA e o ICMS.

Portanto, muito embora a Constituição de 1988 tenha mantido uma concentração de competência tributária com a União, podemos afirmar que houve uma maior contrapartida em termos de participação na arrecadação dos tributos federais.

Conclusão

A repartição das materialidades econômicas abertas à tributação nasce no constitucionalismo brasileiro com a Carta de 1891; naquela ocasião, os Estados possuíam a proeminência na competência para a instituição dos tributos (impostos).

Enquanto a União detinha, em 1891, apenas a competência para tributar a importação, os Estados podiam tributar quatro materialidades, mediante imposto (art. 9º): exportação de mercadorias de sua própria produção; imóveis rurais e urbanos; transmissão de propriedade; sobre indústrias e profissões.

A competência tributária da União foi se alargando, e a Constituição Federal de 1934 passou a prever competências também aos Municípios, mas se destacou principalmente pela técnica de repartição da arrecadação tributária - que viria a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aprimorada, já na Constituição de 1967, com a previsão da chamada repartição indireta, por meio dos Fundos de Participação.

O que se observa é que a União passou a ter uma maior competência tributária (cujo ápice de concentração se deu na Constituição de 1967), mas, em contrapartida, também passou a repartir mais amplamente o produto da arrecadação dos tributos de sua competência.

Desse modo, o alargamento da repartição da competência, em favor da União, foi equilibrado com o aumento das hipóteses de repartição do produto tributário, assegurando que os recursos que são derivados das riquezas que a sociedade produz sejam equanimemente repartidos entres os entes da Federação.

Essa opção se sujeita à crítica no sentido de que a repartição do produto tolhe a prerrogativa de instituição do tributo, vulnerando a autonomia federativa. Em outras palavras, pode-se argumentar que, ao reduzir a repartição por competência tributária e alargar a repartição do produto, o ente somente receberá percentual do tributo instituído e cobrado por outro, fica a mercês daquele que possui a competência tributária[5].

De fato, a participação no produto como opção à supressão da previsão de competência tributária ocorre em demérito à autonomia federativa, a representar uma redução das possibilidades *normogenéticas* de um ente federativo.

Considerando o apanhado histórico, não é o caso de se retornar ao modelo de 1891, que prestigiava os Estados em detrimento da União, tampouco se reaproximar aos termos da Constituição de 1967, que fazia o contrário; mas o sistema também não pode permanecer do modo como está, repartindo o exercício da competência tributária de modo hiperbólico para a União, em relação às competências dos demais entes federativos.

Uma reforma tributária precisa ser feita de modo a equacionar as materialidades abertas à tributação, reequilibrando igualmente os percentuais de repartição do produto tributário - por conseguinte e na proporção em que sejam redistribuídas as competências para a instituição dos impostos sobre as grandezas econômicas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 17ª ed. São Paulo: Globo, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NABAIS. José Cassalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Os direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

NOTAS:

[1] "A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental. A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro "O Dever Fundamental de Pagar Impostos", o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental" ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390).

[2] Art 12 - Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é licito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contravindo, o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, nº 1.

[3] De acordo com a Constituição, se o Estado faltasse ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passariam a ser feitos pelo Governo federal, que atribuiria, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios.

[4] PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 119.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[5] Destacamos que o ente que recebe o produto da arrecadação de tributo da competência de outro fica sujeito às consequências arrecadatórias dos benefícios fiscais evetualmente concedidos. Nesse sentido é o Tema 653 da sistemática da repercussão geral do STF: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades." (RE 705423, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE HIPÓTESES DE AGRAVO DE INSTRUMENTOS: E A SUAS RESPECTIVAS DIVERGÊNCIAS

ROGÉRIO DE CÁSSIO NEVES FERREIRA FILHO: Bacharel em direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC Minas Virtual. Advogado. Residente em Curvelo/MG

1 INTRODUÇÃO

O CPC/2015 decorre de uma constante tentativa de aprimoramento da efetiva garantia de uma justiça processual pautada pelos princípios constantes na Constituição Federal e pelos anseios dos operadores do direito de maneira geral.

Antes de adentrar no mérito da questão, é necessário tecer uma breve conceituação acerca do Agravo de Instrumento. Com efeito, tal recurso constitui o mecanismo para impugnar decisões interlocutórias, assim entendidas como aquelas que resolvem questões incidentais sem resolução de mérito. Ou seja, aquelas decisões que não puderem ser definidas como sentenças, serão, pois, interlocutórias, recorríveis através do Agravo de Instrumento.

Diante do exposto acima, o recurso de agravo de instrumento sofreu profundas modificações com a entrada em vigor do Código de processo Civil de 2015, visto que este previu, de forma taxativa, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, modificando o sistema de preclusão anterior. Assim, não será toda decisão interlocutória que será objeto de agravo de instrumento, mas somente aquelas que versarem sobre alguma das hipóteses previstas taxativamente no artigo 1.015 do CPC/2015. As decisões interlocutórias que não se enquadrem no art. 1.015 e , portanto, não forem passíveis de impugnação através do agravo de instrumento, não se sujeitam à preclusão, podendo ser arguidas em preliminar de apelação ou de contrarrazões de apelação, na forma do §1º do art. 1.009 do CPC/2015.

Entretanto, lado outro, a corrente doutrinária mais "liberal" se posiciona favorável à mitigação da taxatividade do mencionado dispositivo, de modo a abarcar contextos semelhantes àqueles introduzidos por este último. Tal orientação deve ser privilegiar a eficácia e a duração razoável do processo. Entretanto, não admitir a interpretação extensiva poderia atentar exatamente contra os objetivos da norma, haja vista que poderia ensejar a prática de vários atos processuais que seriam anulados posteriormente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em julgamento mais recente sobre a questão, prevaleceu voto da Min. Nancy Andrighi, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (artigo 1.037 CPC/2015- REsps 1.696.396 e 1.704.520) defendendo a mitigação da taxatividade do rol de hipóteses de cabimento. O julgamento se encerrou com resultado de sete votos a cinco em favor da mitigação do rol de hipóteses de cabimento. Trata-se de decisão bastante importante, que tem o condão de interferir bruscamente no dia a dia da aplicação do direito processual civil no Brasil.

Diante do exposto, é de sumo importância o presente artigo, pois tem por objetivo analisar a controvérsia existente sobre a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, através da análise do estudo de caso que será apresentado no próximo tópico.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

O caso que será apresentado no presente artigo cuida-se de uma ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos patrimoniais e morais, ajuizada pela recorrente em face de SHIRASE FRANQUIAS E REPRESENTAÇÃO LTDA., na qual alega a existência de descumprimento de contrato de franquia celebrado com cláusula de eleição de foro e de danos de natureza material e extrapatrimonial.

Foi acolhido a decisão interlocutória tratando-se de exceção de incompetência ofertada pela recorrida e determinando a remessa do processo à comarca do Rio de Janeiro/RJ, por entender inexistente a alegada nulidade da cláusula de eleição de foro prevista no instrumento contratual celebrado entre as partes.

Em seguida, foi apresentado recurso de agravo de instrumento não provido. Depois interposto, recurso de agravo interno, negado por unanimidade no tribunal de justiça do Mato Grosso, mantendo decisão unipessoal que não conheceu do agravo de instrumento interposto pela recorrente, nos termos da seguinte ementa (fls. 581/589, e-STJ do REsp 1.704.520-MT):

> RECURSO DE AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO – ROL TAXATIVO – ART. 1.015, CPC/15 – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO III – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas nos incisos I a IX, do art. 1.015, do CPC/15, não sendo possível qualquer interpretação extensiva. Da decisão que reconhece ou rejeita a incompetência do juízo, consoante o caso dos autos, não cabe

> recurso de agravo de instrumento, posto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo epigrafado, não havendo que se falar em contrariedade ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, descrito no art. 5º, inc. XXXV, da CF, uma vez que a parte terá a oportunidade de ver a questão apreciada no momento processual oportuno, nos termos do art. 1009, §§1º e 2º, do CPC/15.

Diante disso, foi apresentado Recurso Especial no STJ, que por unanimidade, determinou-se a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos, se suspenção do processamento dos recursos de agravo de instrumento que versavam sobre a idêntica matéria e que tramitam em todo o território nacional.

No dia 05 de Dezembro de 2018 foi julgado o presente recurso, nesse sentido é o voto da Ministra relatora Nancy Andrighi:

Neste sentido é o voto da ministra relatora:

> "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.
>
> 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.
>
> 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste

> ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.
>
> 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.
>
> 9- Recurso especial conhecido e provido." (STJ-REsp 1.704.520. MT 2017/0271924-6, Relator:Ministra NANCY ANDRIGHI,Data de Julgamento:05/12/2018,CE-CORTE ESPECIALData da Publicação:DJe 19/12/2018)

Nesse contexto, é de suma importância analisar o voto da ministra relatora. Primeiramente, deve-se observar que o voto estabelece a controvérsia na recorribilidade das interlocutórias indicando que o rol pretensamente exaustivo "deixa de abarcar uma séria de questões urgentes", que podem causar prejuízo às patês em razão da inutilidade da impugnação futura.

A Ministra Relatora do caso defendeu uma interpretação sistemática da questão, colocando em evidência os princípios constitucionais e as "Normas Fundamentais do Processo Civil', para dar-lhe o sentido que mais se adeque à demanda da realidade processual.

Nancy Andrigh, sucinta os pareceres formulados pelos legisladores no período de tramitação do projeto de lei com o fim de estabelecer a razão de ser do dispositivo.A partir dessa análise conclui pela pretensão legislativa de restringir o uso do agravo de instrumento, destacando, todavia, sua função que é a de abarcar situações que não possam aguardar uma rediscussão futura, sob pena de serem inócuas.

Por isso, considerou que é dever do STJ realizar a interpretação sistemática do art.1015 do CPC/15, considerando sua razão de ser e os princípios que regem a processualística civil brasileira, para suprir as necessidades que, na visão do voto vencedor, inexoravelmente surgem.

A impugnação da decisão do foro competente é uma situações que impossibilita aguardar, devendo ser resolvido antes da sentença de primeiro grau,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pois deve-se garantir a efetivação de uma justiça processual nos moldes do que estabelece a Constituição Federal.

Assim, o mencionado acórdão, baseia-se no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que comporta não apenas o direito de ação, mas também o direito à tutela jurisdicional, a relatora aponta que é a urgência o critério que deve ser verificado para justificar e viabilizar o manejo de um instrumento recursal que deverá ser apreciado antes da resolução do mérito da causa, dada a inutilidade de julgamento futuro.

Por fim, caberá a parte levantar a questão a ser analisada, demonstrando seu cabimento excepcional; de outro, caberá ao Tribunal examinar a alegação para decidir pela admissibilidade, segundo critérios de urgência e utilidade. Assim, apenas nessa situação, após ser proferida a decisão é que a questão poderá ser acobertada pela preclusão. Por isso, deve-se reforçar a tese citada no voto exposto acima: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

3 REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A questão da admissibilidade da interpretação extensiva tem se mostrado uma verdadeira celeuma na jurisprudência, em especial nos tribunais estaduais que tem manifestado os mais variados posicionamentos.

A princípio será analisado julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma dos REsp 1.694.667/PR e do REsp 1.695.936/MG, que admitiu a utilização de interpretação extensiva em nessas duas hipóteses, asseverando que entendimento em sentido diverso poderia dar ensejo ao uso excessivo do mandado de segurança.

Na primeira hipótese, por ocasião do julgamento do REsp 1.694.667/PR, se discutia o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que nega efeito suspensivo aos embargos à execução, uma vez que a literalidade do inciso X do art. 1015 somente admite a interposição do recurso contra decisão que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo dos embargos à execução. Nesse julgamento, a Segunda Turma do STJ admitiu o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que indefere o efeito suspensivo por entender que o pedido de concessão de efeito suspensivo tem natureza jurídica de tutela provisória de urgencia, subsumindo-se ao disposto no inciso I do art. 1.015 do CPC/2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na mesma linha pensamento tratada, o REsp 1.695.936/MG, a Segunda Turma do STJ admitiu o uso do agravo de instrumento interposto contra a decisão que rejeitou o pedido de reconhecimento da prescrição, com fundamento no inciso II do art, 1.015 do CPC/2015.A controvérsia sob o cabimento ou não do agravo decorreu do entendimento manifestado pelo juízo de primeiro grau e pelo TJ/MG, no sentido de que apenas a decisão que acolhe o pedido de prescrição ou decadência seria recorrível por agravo, a partir da interpretação literal do art.487,II, do CPC/2015:

> Art.487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...]
>
> II- decidir, de oficio ou a requerimento, sobre a ocorrência da decadência ou prescrição;

Segundo tal entendimento, caso a decisão reconhecesse a prescrição (decisão positiva) e ela fosse parcial (parcela do processo) seria cabível o agravo de instrumento. Por outro lado, caso a decisão rejeitasse (decisão negativa) a prescrição, o recurso não se mostraria cabível. Não sendo esse o pensamento adotado pela Segunda Turma do STJ, o qual admitiu a interposição do agravo de instrumento tanto na hipótese de acolhimento ou rejeição do pedido de reconhecimento de prescrição e decadência.

Da mesma forma, a Quarta Turma do STJ, por ocasião do julgamento do REsp. 1.679.909/RS, entendeu que a decisão interlocutória relacionada à definição de competência seria impugnável por agravo de instrumento, por interpretação extensiva a norma contida no inciso do art. 1015 do CPC/2015 (rejeição da alegação de arbitragem), já que ambas possuem a mesma *ratio.*

Todavia, o Ministro Marco Aurélio Bellize da Terceira Turma do STJ tem julgado monocraticamente em sentido contrário, considerando inadmissível a utilização a utilização da interpretação extensiva. Tal Ministro entendeu, monocraticamente que as seguintes decições não são impugnáveis por agravo de instrumento: 1ª decisão que rejeitou a preliminar de incompetência (REsp1.709.809/MG); 2ª decisão que declinam de competência (REsp 1.703.550/MG e REsp 1.700.500);3ª decisão que recebeu os embargos à execução somente no efeito devolutivo- negando o efeito suspensivo (REsp 1.700.418).

Nessa baila, o precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de que o relator eminente Ministro Herman Benjamin:

> PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS TENDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA O RESP Nº 1.704.250/MT. AFETAÇÃO,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CONTUDO, DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO, MODULANDO O DISPOSTO NO INCISO II DO ART. 1.037/CPC. POSSIBILIDADE, ENTÃO, DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL PRESENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. ART. 1.015 do CPC/2015. **ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.** NÃO HÁ SIMILARIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO E REJEIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL PARA A EXTENSÃO PRETENDIDA. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que negou seguimento ao Agravo Interno, em segundo grau, que rejeitou Agravo de Instrumento, com base no entendimento de que as matérias concernentes à competência do Juízo e ao indeferimento de produção de prova não estão contidas no rol do art. 1.015 do CPC/2015, sendo, por esse motivo, descabido o manejo do Agravo. 2. A controvérsia acerca de a decisão interlocutória relacionada à definição de competência desafiar o recurso de Agravo de Instrumento em razão da interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, foi afetada ao rito do art. 1.036 do Novo CPC (correspondente ao art. 543-C do CPC/73), ou seja, o rito dos recursos repetitivos. A discussão é objeto do ProAfR no REsp 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 28/2/2018. Contudo, observa-se no acórdão acima transcrito que a Corte Especial, embora afete o tema ao julgamento pelo rito repetitivo, expressamente decidiu pela NÃO suspensão dos demais processos, modulando os efeitos do inciso II do art. 1.037 do CPC/2015. Assim, apesar de afetado ao rito dos recursos repetitivos, o presente julgamento pode continuar. 3. Acerca do caso, considera-se que a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento. Observa-se que as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. 4. Por outro lado, não é a melhor interpretação possível a tentativa de equiparação da hipótese contida no inciso III (rejeição da

> alegação de convenção de arbitragem) à discussão em torno da competência do juízo. 5. Recurso Especial não provido. (REsp 1.700.308/PB, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/05/2018

Por todo o exposto, pode-se concluir a controvérsia entra a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC. Atualmente, há um entendimento jurisprudencial predominante no Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a interpretação extensiva em relação às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento elencadas no art.1015 do CPC/2015.

No entanto, o julgamento que foi referido no caso apresentado no tópico acima não foi unânime, justamente considerando os problemas que podem decorrer da fixação da tese acima reproduzida. Primeiramente, inaugurou-se a divergência pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que na sua visão a decisão proferida pela relatora poderá gerar insegurança jurídica quanto ao instituto de preclusão. Esta insegurança aparece quando a parte deixa de impugnar uma decisão, que de acordo com o critério da urgência, poderia ser objeto de agravo de instrumento.

Segundo a Ministra, a premissa da insegurança jurídica também invalida a pretensão de atribuir ao STJ o dever de oferecer interpretação aos dispositivos legislativos controversos. Para ela, fixar a tese no sentido proposto alteraria uma peça de um sistema já pronto,e, por isso, teria o condão de gerar mais problemas do que soluções.

Dessa forma, a função paradigma do STJ não estaria sendo observada, pois, de acordo com o que estabelece a Exposição de Motivos do CPC, os Tribunais Superiores devem agir em prol da efetivação da segurança jurídica (e não contra ela), de modo a uniformizar a aplicação dos institutos jurídicos. No entanto, uma abertura tão ampla as hipóteses de cabimento geraria justamente o contrário.

Por fim, é valido ressaltar que acompanham essa divergência os Ministros,Mauro Campbell Marques, Humberto Martins, João Otavio de Noronha, Og Fernandes.

4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Assim, como exposto no tópico acima, o entendimento doutrinário também é controverso sobre o tema.

Primeiramente será exposto, o posicionamento de uma doutrina considerável que sustenta o rol do art. 1.015 do CPC ser mesmo taxativo, nada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

impede que as hipóteses nele contidas sejam objeto de interpretação extensiva ou analógica.

Essa corrente, reconhecendo também a insuficiência do rol para adequadamente tutelar as diversas questões que o fenômeno jurídico apresenta na realidade, propõe que cada um dos incisos do art. 1.015 seja interpretado deforma não literal, de modo a acomodar situações semelhantes ou próximas àquelas expressamente mencionadas do respectivo inciso.

Nesse sentido, preconiza Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

> Apesar da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, previstas de cabimento do agravo de instrumento, previstas no art. 1015, o dispositivo admite interpretação extensiva, tal quais ocorre com recurso em sentido estrito no processo penal, com as hipóteses de cabimento da ação rescisória e da lista de serviços tributáveis para fins de incidencia do ISS. Para referidos autores, tais exemplos comprovam que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro,2018,p.209/212)

Os mesmos autores também nos dizem:

> As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um de seus tipos.Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido. Havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Assim, "se

> a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador). (...) A interpretação extensiva opera por comparações ou isonomizações, não por encaixes ou subsunções. As hipóteses de agravo e instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária. É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui um método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo o agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual (para dar dois exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1.015 do CPC), haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo deinstrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro,2018,p.248/251)

Nesse sentido, observa-se o ter do voto da Minista Nacy Andrighi:

> A tese segundo a qual o rol, embora taxativo, comporta interpretação extensiva ou analogia tem sido acolhida por parcela bastante significativa da doutrina, com destaque para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (Primeiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.614), Cássio Scarpinella Bueno (Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622), Clayton Maranhão (Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial in Revista de Processo nº 256, São Paulo: RT, jun. 2016, p. 147/168), Felippe Borring Rocha e Fernando Gama de Miranda Netto (A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório in Revista Brasileira de Direito Processual nº 101, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2018, p. 99/123) e Christian Garcia Vieira (A inviável taxatividade quanto ao cabimento do agravo – críticas ao art. 1.015, CPC/15 in Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização de jurisprudência: em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017. p. 197/202 (STJ-REsp 1.704.520. MT 2017/0271924-6, Relator:Ministra NANCY ANDRIGHI,Data de Julgamento:05/12/2018,CE-CORTE ESPECIALData da Publicação:DJe 19/12/2018).

Em posição diversa, a doutrinária que sustenta ser impossível qualquer espécie de extensão das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento previstas no CPC está fundada, essencialmente, no fato de que teria havido uma consciente opção legislativa pela enumeração taxativa das hipóteses, bem como no fato de que as partes não poderiam ser surpreendidas por não terem recorrido de imediato ao confiar na taxatividade do rol do art. 1.015.

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Garardoni, Luiz Dellore e Julmar Oliveira Junior nos diz:

> Decisões interlocutórias agraváveis (rol fechado). O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, como pretendido desafogo ao Poder Judiciário. Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade

> em seus esquemas formais. Como o rol apresentado pelo art. 1.015 é manifestamente insuficiente, não prevendo, para ficarmos apenas em um exemplo, agravo de instrumento contra decisão versando sobre competência, não tardaram entendimentos a propugnar uma interpretação ampliativa do rol estipulado. (...) Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar,2017,p.1070)

Nessa toada, mister, para a interpretação extensiva, a análise da finalidade para o qual foi previsto o dispositivo. Sobre o assunto, veja-se o comentário de Pablo Freire Romão, em "Taxatividade do rol do art. 1.015, do NPCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?"

> A convenção de arbitragem é negócio processual sobre competência. Isso não se discute. No entanto, o motivo de o legislador ter incluído a sua rejeição como hipótese de interlocutória agravável se deve ao fato de o seu acolhimento acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito. Portanto, tem-se dois conjuntos alternativos de premissas no dispositivo: No primeiro: (1) existência de negócio processual; (2) cuja decisão sobre sua eficácia ou homologação pode acarretar a extinção do processo sem o julgamento do mérito. No segundo: (1) deliberação sobre a competência do juízo; (2) cuja decisão pode acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito. Nessa hipótese, seriam agraváveis, por interpretação extensiva: 1) decisão que não homologa desistência da ação, pois se trata de ato processual voluntário que objetiva pôr fim à demanda; 2) decisão interlocutória sobre competência quando o processo tramita em Juizado Especial ou envolver incompetência internacional, porquanto, nessas hipóteses, o seu acolhimento, pelo tribunal, pode levar à extinção do processo sem resolução do mérito. Assim, diferentemente do sustentado por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, não são todas as decisões sobre incompetência (relativa e absoluta) ou negócio processual (ainda que envolva eleição de foro ou suspensão do processo) que seriam suscetíveis de agravo de instrumento com base no art. 1.015, III, do CPC/2015. Acolher tal entendimento não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> significa interpretação extensiva. Respeitados os limites semânticos de texto, bem como a finalidade do dispositivo, a aplicação irrestrita proposta pelos processualistas é contra legem. Caso o legislador tivesse o interesse que todos Documento: 1731786 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 19/12/2018 Página 64 de 10 Superior Tribunal de Justiça pronunciamentos judiciais que envolvessem competência ou negócio processual fossem agraváveis, os teria incluído no rol. Como destaca Cássio Scarpinella Bueno: "[a nova sistemática] será bem-vinda, justamente para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente". Aliás, como destaca Lenio Luiz Streck: "aplicar a lei não é uma atitude positivista". Há o dever - inerente ao Estado Democrático de Direito - de cumprir a lei, pois este é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia. Nesse sentido, leciona Lenio Luiz Streck: "cumprir a letra da lei" é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas. Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico à sério". Além disso, vale ressaltar: obedecer ao texto legal, democraticamente construído, não tem nada a ver com "exegese". Interpretar possui limites, e estes se encontram no próprio texto. A conclusão a que se chega é que o legislador poderia ter disposto de forma diferente sobre o cabimento do recurso de agravo. (ROMÃO,2016,p.120).

Diante disso, pode-se observar que as correntes que foram apresentadas possuiem enfoques distintos sobre a questão.

5 NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

O dispositivo legal sobre o qual paira a presente controvérsia se encontra assim redigido:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
> I – tutelas provisórias;
> II – mérito do processo;

> III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
> IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
> V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
> VI – exibição ou posse de documento ou coisa;
> VII – exclusão de litisconsorte;
> VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
> IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
> X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;
> XII - (VETADO);
> XIII – outros casos expressamente referidos em lei.
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimentode sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Tendo em conta a relevância da controvérsia e a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, é necessário reforças as normas que regulamentam a matéria.

Primeiramente, será analisado nesse tópico a matéria que é taxativa quanto a natureza do rol do art. 1015 do CPC. O Novo Código de Processo Civil, objetivando maior celeridade na fase de conhecimento, optou por elencar as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, postergando para o julgamento da apelação, em preliminar, a recorribilidade das situações não expressamente previstas, sendo o agravo retido abolido do sistema processual.

Dessa forma, percebe-se a violação dos princípios da economia e da celeridade processual, conforme expresso no Código de Processo Civil:

> "Art. 4º: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Outro principio violado é da segurança jurídica, embora sem a amplitude dos arts. 927 e 975 do novo CPC, o art. 543-C do anterior código representou um avanço em termos de segurança jurídica e também de isonomia, na medida em que tinha por objetivo impedir que recursos fundamentados em idêntica questão de direito tivessem destino diverso no âmbito do STJ. O art. 1.036 do novo CPC previu medida semelhante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O fato é que o STJ dispõe de instrumentos de uniformização de sua jurisprudência dominante, que têm por objetivo garantir a segurança jurídica, a proteção à confiança e a igualdade de tratamento para situações fundamentadas em idêntica questão de direito. Esses instrumentos abrangem, fundamentalmente, as súmulas (sem caráter vinculante), as teses julgadas com fundamento no art. 543-C do CPC de 1973 ou no art. 1.036 do novo CPC, e as teses jurídicas de valor vinculante em todo o território nacional, previstas no art. 987, § 2º, do novo CPC.

Apesar de compreender todo o empenho em buscar conferir efetividade à prestação jurisdicional, a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece-me deveras perigosa. Ademais, frustra a pretensão de pacificar e uniformizar a aplicação do direito federal pela sistemática do recurso representativo da controvérsia, porque deixará a análise sobre o cabimento ou não do agravo para cada caso concreto, neutralizando, assim, a ideia posta na lei processual vigente, ao tratar do recurso repetitivo.

Pelo CPC/73 (artigo 543-C), a afetação do repetitivo provoca apenas o sobrestamento dos recursos especiais interpostos perante os tribunais de segunda instância, mas em alguns casos os ministros do STJ já vinham determinando, excepcionalmente, a paralisação do trâmite de todos os processos em andamento do país.

Na nova lei, o parágrafo 4º do artigo 1.037 diz que "os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus". Se o julgamento não ocorrer no prazo previsto, determina o parágrafo 5º que a afetação será suspensa e os processos paralisados em primeira e segunda instância retomarão seu curso normal.

Em controvérsia, os que admitem a flexibilização do rol, através da interpretação extensiva, regulamentam a matéria pelo fato que o CPC/2015 especifica as hipóteses de decisões agraváveis em seu artigo 1.015 e generaliza as apeláveis através do §1 do art. 1.009, é coerente que se entenda pela taxatividade do dispositivo.

Nesse escopo, deve-se garantir o acesso amplo e irrestrito à tutela jurisdicional, independente de percalços processuais.

A garantia constitucional do acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, está consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que diz:

> *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:XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

Além da Constituição Federal, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também garante:

> Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

A flexibilização do rol do art.1015, em especial, no caso apresentado refletiria em uma postura coerente com o principio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art.5º, XXXV, da CF) e da primazia da resolução do mérito (arts.4º e 6º, do CPC/2015), pois evitará o trâmite processual em juízo incompetente e proporcionará, em tempo razoável, a efetiva solução da controvérsia.

Diante do exposto, o rol do artigo 1.015 seria taxativo mitigado, por isso admitiria a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente de inutilidade do julgamento de questão no recurso de apelação.

6 ANÁLISE CRÍTICA

Após as exposições das divergências acerca do tema, pautadas em basicamente colocar em dúvida se é mais importante manter o sistema em sua coerência original, pautada pela segurança e pela celeridade obtida com o bloqueio de impugnação excessivas; ou garantir o acesso amplo e irrestrito à tutela jurisdicional, independente de percalços processuais.

Compactuo do posicionamento majoritário da jurisprudência, visto que com o Código de Processo Civil de 2015, não é razoável aguardar o exaurimento do trâmite processual desenvolvido por um procedimento diverso daquele que alei ou partes entenderam como apropriado para, somente na apelação ou até mesmo no recurso especial, reconhecer que o procedimento adequado não foi seguido, e que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

portanto será preciso invalidar parte significativa dos atos praticados para amoldá-los à estrutura procedimental prevista em lei ou desenvolvida pelas próprias partes por meio de negocio jurídico processual.

Outro ponto que deve-se analisar, é que a possibilidade de impugnar decisão de natureza não prevista no rol do art. 1.015, em caráter excepcional, tendo como requisito objetivo a urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento deferido na apelação, evidentemente não haverá que se falar em preclusão de qualquer espécie, não havendo preclusão lógica, temporal e consumativa. Significa dizer que, quando ausentes qualquer dos requisitos acima mencionados, estará mantido o estado de imunização e de inercia da questão incidente, possibilitando que seja ela examinada, sem preclusão, no momento do julgamento do recurso de apelação.

É valido ressaltar, que para proporcionar a necessária segurança jurídica, não há objeção ou dificuldade em se criar um regime de transição que module os efeitos da decisão, isso porque o art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei nº13.655/2018, *in verbis:*

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".

Por fim, verifica-se acertada a indicação do voto da Ministra Nancy Andrighi: "O rol do art.1015 do CPC é taxativamente mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".Além do mais no caso apresentado no presente artigo, a correta fixação da competência é medida que dev ser impor desde logo, sob pena de ser infrutífero o exame tardio da questão controvertida, especialmente quando reconhecida a incompetência do juízo.

7. CONCLUSÃO

No presente artigo, foi examinado o recurso especial aviado por QUIM COMÉRCIO DE VESTUÁRIO INFANTIL LTDA.-ME volta-se contra acordão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que desproveu o agravo interno por ela interposto de decisão unipessoal que não conheceu do agravo d instrumento, no que se pretendia discutir a competencia do juízo em que tramita o processo, ao fundamento de que a matéria em referencia não se enquadrava no rol taxativo do artigo. 1.015 do CPC/15.

Analisando posicionamentos jurisprudenciais, a doutrina e a legislação aplicável ao caso, já é possível notar que a decisão que a decisão provocou certa rejeição por parte de alguns magistrados, que em observância, à segurança, optaram por não julgar conforme o voto proferido pelo STJ.

Por fim, ainda não é possível estabelecer como a questão será resolvida em definitivo, mas haja vista a posição manifestada pela jurisprudência.

Encerramento do trabalho, onde o autor faz uma síntese do que foi demonstrado com a pesquisa. Na conclusão não pode aparecer argumento novo, não discutido nas seções que integram o desenvolvimento do trabalho. Também não pode conter citações, pois o momento de discutir o tema já foi encerrado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tiago Gabriel Wacullcz;EIRAS, Guilherme A. Verezado.**Rol de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento (art.1015 do CPC)**: a taxatividade mitiragada pelo STJ, *Informativo Justen Pereira Oliveira & Talamini*, Curitiba, nº145, março de 2019.Acesso em:03 de setembro de 2019

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

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado, 2015

DIDIER JR,Fredie.**Curso de Direito Processual Civil**:Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.18ª ed.Salvador:ED.Juspoivm,2016.vol.1.

_____;Cunha, Leonardo Carneiro da.**Curso de Direito Processual Civil**:Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais.vol.3.13ª ed.Salvador:Ed.JusPodvim, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. **Execução e recursos**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070).

ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015 do NPCP**: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? Revista de Processo, São

Paulo, v. 41, n. 259, p. 259-274, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.07.PDF>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves.**Perspectiva da Defensoria Pública**.2 ed.Rio de Janeiro:Editora Juspodivm,2019.

TORRES, Ana Flávia Melo. **Acesso à justiça**, *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III n. 10, ago 2002.Disponivel:< http://www.ambitojurídico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9059>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves.**Perspectiva da Defensoria Pública**.2 ed.Rio de Janeiro:Editora Juspodivm,2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

COMENTÁRIOS AO ENUNCIADO Nº 12 DA I JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO: O CASO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ROBÓTICA

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

De modo inovador o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça (CEJ/CJF) realizou, entre os dias 3 e 7 de agosto de 2020, a I Jornada de Direito Administrativo. Em função da pandemia decorrente do COVID19, os debates ocorreram de modo virtual pelos 410 participantes do evento, entre doutrinadores, professores, advogados, magistrados, membros da advocacia pública, da defensoria pública, do ministério público, além de integrantes de outras carreiras jurídicas.[1]

Na referida jornada foram recepcionadas 743 propostas para análise e, logo após, 222 delas restram pré-selecionadas para um maior aprofundamento junto às comissões de trabalho do evento. Ao final dos debates e votações, 40 enunciados acabaram aprovados, orientações essas de alto impacto prático no cenário do direito administrativo.

É cediço, nessa linha de ideias, que muitos aplicadores do direito motivam seus atos decisórios em enunciados de jornadas. Exemplificativamente, o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) adota esse procedimento ao justificar diversos de seus acórdãos:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUESTÃO DE ORDEM. REVISÃO DE TESE REPETITIVA. SOBRESTAMENTO. EXTENSÃO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. FALTA DE INSURGÊNCIA QUANTO AO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAPÍTULO CORRESPONDENTE DA SENTENÇA. LEI N. 13.465/2017. EXCLUSÃO DA SUSPENSÃO. ALTERAÇÃO DO MOMENTO DE SUSPENSÃO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO ESCOPO DE SOBRESTAMENTO. RESTRIÇÃO AO CAPÍTULO DAS TESES AFETADAS. POSSIBILIDADE DE DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO E CORRESPONDENTE SEGUIMENTO DO PROCESSO. ENUNCIADO 126 DA II JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL/CJF. EMBARGOS ACOLHIDOS, EM PARTE. 1. Na hipótese de inexistir insurgência quanto ao capítulo da sentença relativa aos juros compensatórios, ou de não ser aplicável o reexame necessário, não há que se falar em sobrestamento do feito. 2. A Lei n. 13.465/2017 afastou a incidência do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941 no tocante às desapropriações para reforma agrária, sendo inaplicáveis as teses repetitivas sujeitas à revisão dos processos em que a imissão na posse tenha ocorrido a partir de sua vigência. Por conseguinte, tais casos não devem ser abrangidos pela suspensão. 3. Quanto ao pleito para que a suspensão ocorra somente após a interposição do recurso especial, os aclaratórios não prosperam, seja porque é inexistente qualquer vício de fundamentação nesse ponto, seja porque tal providência destoa da lógica atribuída ao regime de precedentes judiciais estabelecido no CPC/2015. Da mesma forma, não há que se falar em risco de sobrestamento do feito por ocasião do indeferimento da imissão provisória na posse do imóvel, porquanto, em tal etapa, não há debate sobre o índice de juros compensatórios aplicável. 4. Nos termos do Enunciado 126 da II Jornada de Direito Processual Civil/CJF, "o juiz pode resolver parcialmente o mérito, em relação à matéria não afetada para julgamento, nos processos suspensos em razão de recursos repetitivos, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência". Assim, deverá o juiz deixar de proferir decisão sobre as teses afetadas, sobrestando o processo quanto aos capítulos relacionados, sem prejuízo de decisão e seguimento do feito no que diga respeito às demais questões. A homologação de acordo entre as partes excluindo a questão das matérias controvertidas também afastará o sobrestamento. 5. Embargos de declaração acolhidos em parte, para esclarecer que não estão compreendidos na ordem de sobrestamento: i)

> os feitos expropriatórios em que não haja recurso quanto aos juros compensatórios ou não estejam sujeitos a reexame necessário e, em nome da segurança jurídica, os feitos já transitados em julgado até a data da publicação do acórdão paradigma; ii) as desapropriações para reforma agrária cuja imissão na posse tenha ocorrido após a vigência da Lei n. 13.465/2017; e iii) as questões controvertidas alheias ao debate dos juros compensatórios, nos termos do Enunciado n. 126 da II Jornada de Direito Processual Civil/CJF. (STJ, EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.993 – CE, Primeira Seção, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 27/06/2019)

A par disso, cumpre registrar a relevância da jornada administrativista, pois esta representa um avanço significativo no caminho do aperfeiçoamento da aplicação do direito administrativo, este manifestado por várias reflexões profundas extraídas do mencionado evento.

Sem sombra de dúvidas, diversas questões polêmicas e de alta repercussão jurídica e social foram – e serão – objeto de reflexões nas jornadas de direito administrativo, notadamente em momento sensível por que passa a sociedade brasileira tão abalada pela pandemia resultante do COVID19. Vale dizer, cada vez mais os cidadãos se mostram conectados ao direito administrativo e essa é uma realidade inquestionável.

Já era hora deste ramo do direito, que lida essencialmente com questões relacionadas à Administração Pública, ser contemplado com estudos de alta profundidade pelo CEJ/CJF. Essa concepção, aliás, já começou a ser percebida com a aprovação dos 40 primeiros enunciados, dentre os quais se destaca neste artigo o de nº 12 que trata da denominada decisão administrativa robótica.

Como se sabe, a Administração Pública é movida por princípios próprios, dentre eles os seguintes:

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

A legalidade, pois, constitui essência da atuação administrativa. Lado outro, a Lei Federal nº 9.784/1999 estipula que o atuar de acordo com a lei exige a devida motivação dos atos administrativos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

[...]

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

> § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
>
> § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Dessa maneira, não restam dúvidas quanto ao dever de motivar os atos administrativos. A doutrina, aliás, comunga do mesmo pensamento:

> A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.[2]

Sob a mesma ótica:

> O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.[3]

Forte nessa concepção segundo a qual todos os atos administrativos devem ser motivados – sejam vinculados, sejam discricionários – é que se apresenta a discussão trazida no Enunciado nº 12 do CEJ/CJF resultante da I Jornada de Direito Administrativo:

> A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da leitura do referido enunciado é possível identificar que a denominada decisão administrativa robótica imprescinde da mesma exigência de motivação. E em não ocorrendo tal fundamentação, a invalidação é medida que se impõe como meio de controle dos atos administrativos, seja na esfera jurisdicional, seja na esfera administrativa.

É relevante destacar que a decisão administrativa robótica como sendo aquela resultante das novas ferramentas à disposição da Administração Pública – essencialmente decorrentes do uso de inteligência artificial e algoritmos – precisa se ajustar ao dever de motivação dos atos administrativos.

Se de um lado a celeridade, a razoável duração processo e a economicidade são vetores que não podem ser rejeitados pela gestão pública moderna – pautada no modelo gerencial – de outro lado também não é aceitável a banalização dos atos administrativos ao ponto de se gerar uma indesejável carência de exposição dos elementos fáticos e jurídicos no processo de tomada de decisões.

Frente ao exposto, andou bem o CEF/CJF ao editar o referido enunciado, haja vista que um receio constante que se tem observado com o uso frequente e cada vez maior de tecnologias nos atos decisórios é justamente se a motivação não será posta em plano inferior. Isto, decididamente, já restou afastado.

A tecnologia precisará se ajustar ao modelo jurídico traçado pelo legislador constitucional e infraconstitucional, garantindo, assim, que as ferramentas digitais sejam utilizadas com parcimônia e responsabilidade, prezando, pois, pelos direitos básicos dos administrados e pelos deveres inescusáveis da Administração Pública.

É preciso ponderar motivação e robotização para fins de encontrar um caminho comum, jamais excludente.

NOTAS:

[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/10082020-I-Jornada-de-Direito-Administrativo-divulga-os-40-enunciados-aprovados.aspx>. Acesso em: 11 ago. 2020.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ESTADO E A SUA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

JAMES RICARDO FERREIRA PILOTO: Advogado, Especialização em Direito e Processo do Trabalho, Especialização em Ciências Políticas-Jurídicas , Mestre em Direito.

KAMILE JEANE SILVA NASCIMENTO[1]
(coautora)
ANDRÉ PEREIRA MATOS[2]
(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata acerca da responsabilidade do Estado no âmbito internacional por dano ambiental, para tanto será discorrido sobre o surgimento do direito internacional ambiental seguido das fontes do direito internacional ambiental, com ênfase aos princípios aplicáveis ao direito ambiental internacional. Por fim, será realizada uma análise da responsabilidade do Estado decorrente do dano ambiental transfronteiriço, bem como, sobre as hipóteses de exclusão da responsabilização.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional, Estado, Dano, Meio. Ambiente.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: 2.1 O surgimento do direito internacional ambiental; 3. Fontes do Direito Internacional: 4. Responsabilidade internacional; 4.1 Conceito de responsabilidade internacional: 4.2 Elementos da responsabilidade internacional: 4.2.1 Ato Ilícito: 4.2.2 Nexo causal ou de imputabilidade: 4.2.3 Dano: 4.3 Excludentes de responsabilidade. 5. Considerações finais. 6. Referências

INTRODUÇÃO

No presente trabalho o tema abordado possui importância para toda coletividade, haja vista que a deterioração do ecossistema compromete a qualidade de vida da humanidade, e em alguns casos, até mesmo a manutenção da vida humana e das demais espécies, neste sentido o presente trabalho tem como desiderato tecer uma breve análise sobre o a responsabilidade ambiental no âmbito internacional.

Inicialmente será discorrido acerca do advento do Direito Internacional ambiental, por meio de um sucinto histórico dos acontecimentos relevantes que marcaram este importante ramo do Direito, evidenciando que seu desenvolvimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se intensificou no período pós-segunda Guerra Mundial, tendo como um dos marcos a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia.

Em seguida, será abordado as fontes do direito internacional destacando os princípios aplicáveis especificamente ao direito ambiental internacional, discorrendo brevemente sobre cada um deles.

Por fim, será sopesada a responsabilidade internacional do Estado por dano ambiental, examinando o conceito de responsabilidade internacional, identificando os seus elementos, bem como as hipóteses de excludentes de responsabilidade

Em linhas gerais, portanto, o presente artigo tem como objetivo chamar a atenção que um determinado dano ambiental pode transpor os limites fronteiriços do Estado ofensor resultando na deterioração do ecossistema de outros Estados, sendo assim, a possibilidade de responsabilização do Estado ofensor é um mecanismo de dissuasão de práticas danosas ao meio ambiente.

Além disto, o artigo procura evidenciar que a deterioração ambiental afeta a todos indistintamente, neste sentido, a responsabilização do Estado ofensor e a cooperação internacional entre países representa uma das mais valiosas ferramentas na preservação ambiental.

2. Direito internacional ambiental

A preocupação com o meio ambiente no âmbito transnacional, assim como a proteção aos direitos humanos, são temas de grande preocupação do direito internacional. Estes temas passaram a ter uma maior relevância logo após o termino da segunda guerra (MAZZUOLI, 2011, p. 59).

2.1 O surgimento do direito internacional ambiental

A sociedade começou a perceber também que os danos ambientais, mesmo tendo início em uma localidade, poderiam vir a causar impactos negativos em diversos outros países.

Tal realidade passou a ser vista com maior nitidez a partir de 1967, quando houve um desastre com um superpetroleiro, do Torrey Canyon, que derramou petróleo na costa da Inglaterra. Este acidente chegou ao conhecimento de todo o mundo por meio das manchetes que apontavam os imensos malefícios que tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acidente causara ao meio ambiente (*CHARTSBIN STATISTICS COLLECTOR TEAM*, 2010, on-line).

A partir desta ocorrência, com o Torrey Canyon, foram criadas novas regras no âmbito da navegação internacional, com o intuito de evitar desastres de igual natureza e proteger o meio ambiente (HECK, 2012, p.198).

Em 1972, foi divulgado um estudo realizado pela *Massachusetts Institute of Technology* – MIT, alertando que, caso não fossem adotadas ações de controle ambiental, as consequências para o futuro da humanidade seriam desanimadoras, tais como: fome, alteração climática e desastres ecológicos (GERENT, 2016, p. 32).

Este estudo serviu como insumo para que, em 1972, a assembleia geral das nações unidas, por meio da conferência de Estocolmo, estabelecesse as bases do direito internacional ambiental, contando com a participação de 113 países e resultando na criação do Programa das Nações Unidas sobre meio ambiente – Pnuma. Este programa vem a ser o primeiro constituído por um organismo para tratar das questões ambientais (MAZZUOLI, 2011, p. 76 e 77).

A Declaração de Estocolmo abrangia um preâmbulo com 07 pontos e 26 princípios, bem como um plano de ação com 109 recomendações que deveriam ser observados pelos seus signatários (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972, on-line).

Convém aludir que a Declaração de Estocolmo estimulou a criação de inúmeros tratados internacionais acerca das questões ambientais com o desiderato de estipular padrões ambientais a serem cumpridos pelos países aderentes aos aludidos tratados (REIS, 2010, p. 08).

Nesse sentido, "os tratados internacionais são acordos formais feitos entre sujeitos de Direito Internacional, basicamente os Estados e os organismos internacionais" (HUSEK, 2015, p. 120).Todavia, o que se verificou nos anos posteriores à conferência de Estocolmo foi o aumento da degradação do meio ambiente, atribuída "a crescente demanda de recursos escassos e pela poluição dos mares, rios e atmosfera, causada, em 80 a 90% dos casos, pelos países industrializados" (SILVA, 2002, p. 33).

Neste contexto, após 20 anos da conferência de Estocolmo, a assembleia geral da ONU convocou outro debate ambiental na cidade do Rio de Janeiro – Brasil, intitulado ECO-92, cujo tema foi meio ambiente e desenvolvimento, esta conferência resultou na seguinte declaração:

> Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, tem o direito soberano de explorar os seus recursos próprios de acordo com as suas políticas de ambiente e desenvolvimento próprias, e a responsabilidade de assegurar que as atividades exercidas dentro de sua jurisdição e controle não prejudiquem o ambiente de outros estados ou de áreas para além dos limites da jurisdição nacional (REIS, 2010, p. 11).

Destarte, a conferência do Rio de Janeiro reiterou o compromisso para que cada Estado não realize atividades prejudiciais ao meio ambiente que extrapolem os limites de sua fronteira.

Soares (2003, p. 52) nos chama atenção sobre outro ponto relevante da conferência do Rio de Janeiro: as grandes discussões políticas e diplomáticas do período sofreram um deslocamento do eixo Leste-Oeste, ou seja, da dualidade entre países capitalistas versus países socialistas, para o eixo Norte-Sul (países industrializados localizados no hemisfério norte, e países em desenvolvimento, localizados no hemisfério sul).

Esta mudança ocorreu porque os países industrializados deterioram o meio ambiente em uma escala muito superior quando comparados aos países em desenvolvimento.

Importante ressaltar que o Direito Internacional Ambiental tem como escopo o auxílio mútuo entre os países, bem como entre as organizações internacionais, com o intuito de manter o meio ambiente adequado, inclusive para as gerações futuras. Isto ocorre por meio de um conjunto de normas jurídicas e consuetudinárias que devem ser observadas por todos (AMADO, 2015, p. 818).

Neste diapasão, há basicamente dois tipos de normas jurídicas de proteção ambiental transfronteiriça: a primeira chamada de *hard law* que tem natureza coercitiva e a segunda, *soft law* que não possui caráter imperativo (RODRIGUES, 2015, p. 694).

Em face deste cenário, merece relevo as funções que o direito internacional possui, conforme instrui Amaral Junior, e que podem vir a facilitar a convergência das diferentes discussões em efetivas regras de proteção ambiental.

> A primeira função do direito internacional é identificar o princípio de organização predominante em cada fase da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> história e proclamar a sua supremacia em relação aos princípios colidentes. A segunda função do direito internacional é o estabelecimento de regras de coexistência e cooperação entre os atores internacionais. A terceira e última função é qualificar os comportamentos internacionais (AMARAL JUNIOR apud CRIVELLI, 2010, p. 36.

Neste contexto, o direito internacional ambiental é uma ferramenta de grande relevância a ser usada na busca do desenvolvimento sustentável, além de minimizar os danos ambientais ocasionados por diversos atores internacionais.

Por fim, cabe destaque que, em que pese a evolução da preocupação com a deterioração ambiental, não há hodiernamente no plano internacional uma legislação única a ser observada por todos os países, mas, sim um conjunto de tratados que são realizados entre determinados países com o intuito de preservar o meio ambiente (REIS, 2010, p.17).

Para um melhor entendimento acerca destes tratados, faz-se necessária uma breve explanação acerca das fontes do Direito Internacional, a seguir.

3. Fontes do Direito Internacional

As fontes do direito internacional no que tange à proteção ao meio ambiente, podem ser divididas em fontes formais e fontes materiais.

As fontes formais do direito internacional ambiental, assim como do direito internacional em geral, encontram-se disciplinadas no artigo 38 do Estatuto da corte Internacional de Justiça (CIJ), *in verbis*[3].

No entanto, Soares (2003, p. 83) leciona que atualmente há mais duas fontes do direito internacional ambiental que devem ser consideradas:

> (...) as deliberações de organizações internacionais, em especial as intergovernamentais, como ONU, Unesco, OIT etc., e as decisões unilaterais dos Estados, as quais o direito internacional atribui efeitos de gerar normas jurídicas imponíveis aos demais estados.

Assim, além das convenções internacionais, do costume internacional e dos princípios gerais de direito, elencadas no artigo 38 do Estatuto da corte Internacional de Justiça, também poderão vir a serem consideradas as deliberações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de organizações internacionais e as decisões unilaterais dos Estados, como fonte para decisão de litígios internacionais ambientais.

Para melhor entender o teor do aludido artigo da CIJ, no tocante aos princípios gerais do direito, na esfera especifica da proteção ao meio ambiente internacional, adotaremos os princípios elencados por Gerent (2016, p. 66, 71, 75 e 79): Princípio do desenvolvimento sustentável; princípio da cooperação; princípio da responsabilidade comum mas diferenciada; princípios da precaução e da prevenção, vejamos cada princípio mais detalhadamente.

O princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se previsto em diversos documentos que tratam da questão ambiental, tais como tratados multilaterais, declarações e acordos, conforme explicado por texto contido na obra organizada por Nasser e Rei (2006, p. 35), transcrito abaixo:

> (...) no relatório da comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento, Our Common Future, de 1987, adotado em nível normativo pela ECO/92 e incluído no repertório do sistema multilateral do comercio, pelos Ministros, na reunião de Marrakech, o desenvolvimento sustentável encontra-se expresso em diversos tratados multilaterais, declarações e acordos, além de ser subscrito por instituições financeiras e organismo regionais.

Cabe ressaltar que a definição do termo desenvolvimento sustentável está descrita no relatório da comissão *Bruntdland* como sendo o "desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades" (GERENT, 2016, p. 68).

O princípio da cooperação é derivado do princípio da cooperação internacional e está previsto no princípio 24 da Declaração de Estocolmo (ONU, 1972, on-line), *in verbis*:

> Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados.

Neste diapasão, a cooperação internacional tem o desiderato que países ou organismos internacionais possam colaborar por meio do desenvolvimento de ações conjuntas que resultem numa sinergia de proteções ao meio ambiente, além disto, os países devem comunicar de imediato os outros países situações que possam afetar o meio ambiente (GERENT, 2016, p. 73).

O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, este princípio decorre do ensinamento de Aristóteles que preconiza que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, neste sentido, os países não dispõe dos mesmos recursos (técnicos, tecnológicos, econômicos, produtivos, etc.), sendo assim, para que houvesse maior participação dos estados nas ações de proteção ao meio ambiente foi criado este princípio.

Tal fundamento está presente nos princípios 6 e 7 da Declaração do Rio/92 oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992, on-line), *in verbis*:

> Princípio 6 - Será dada prioridade especial à situação e às necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente dos países menos desenvolvidos e daqueles ecologicamente mais vulneráveis. As ações internacionais na área do meio ambiente e do desenvolvimento devem também atender aos interesses e às necessidades de todos os países.
>
> Princípio 7 - Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.

O princípio da precaução está fundamentado na premissa que toda atividade em que possa haver suspeita de perigos potenciais de danos ao meio

ambiente ou quando não há valores ou parâmetros confiáveis que permitam mensurar a extensão deste dano, deve ser evitada (NASSER e REI, 2006, p. 53). Neste sentido, sempre que houver dúvidas se determinada atividade pode ou não causar danos ambientais, devemos adotar uma postura em prol ao meio ambiente.

Cabe ressaltar que este fundamento está descrito no princípio 15 da declaração do Rio/92 (ONU, 1992, on-line), *in verbis*:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da prevenção se baseia quando há certeza que determina intervenção no meio ambiente irá provocar danos, destarte, devem ser tomadas ações preventivas no sentido de evitar que haja a deterioração ambiental.

Gerent (2016, p.82) leciona que:

> (...) esse princípio não exige que os Estados proíbam toda e qualquer ameaça de dano ao meio ambiente. A intenção, na verdade, é coibir atividades sabidamente danosas – cujas consequências e extensões são, entretanto, desconhecidas -, ou, mesmo, impor medidas capazes de minimizar os impactos negativos.

No tocante às fontes materiais do direito ambiental internacional, estão contemplados os "elementos históricos, sociais, econômicos e políticos, que condicionam a produção das normas jurídicas" (MAZZUOLI, 2011, p. 124).

Em que pese haver diversas fontes que normatizam a questão ambiental internacionalmente, com o fito de proteger o meio ambiente, nem sempre, os Estados observam estas determinações, pois, há situações em que tais normas são violadas tendo como consequência danos ambientais que transcendem as fronteiras deste Estado, assim, nestes casos, os causadores dos danos devem ser responsabilizados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. Responsabilidade internacional

Varella leciona que "os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente em caso de violações ao direito internacional ou de danos provocados a outros Estados ou a particulares" (VARELLA, 2016, p.407).

Desta forma, temos que o Estado será responsabilizado por atos que transgridam o direto ambiental internacional e que causem lesões ao ecossistema de outro Estado.

Nesta linha de pensamento, temos o ensinamento de Accioly (ACCIOLY *apud* REIS, 2010, p. 31):

> (...) a responsabilidade internacional é uma situação jurídica que tem por base o princípio bem conhecido a partir do qual, tanto na Comunidade das Nações como na sociedade civil, todos os membros da comunidade, em suas relações reciprocas, devem observar as regras de justiça e respeitar seus acordos.

Portanto, a violação de normas ambientais internacionais que resultem em prejuízos para outrem, faz com que o Estado ofensor seja responsabilizado por tal ato.

Importante ressaltar que no plano ambiental a responsabilidade tem como finalidade isoladamente ou cumulativamente a restauração ao *status quo* e/ou a compensação financeira (CARVALHO, 2015, p. 131, 132).

No entanto, a tarefa de responsabilizar determinado Estado pelos danos causados ao meio ambiente não é tarefa fácil, haja vista, que nem sempre é possível identificar com precisão o causador do dano ou talvez porque em alguns casos os efeitos só ocorram após a decorrência de um certo lapso temporal que dificulta o estabelecimento do nexo causal entre o dano e o agente causador (REIS, 2010, p. 27).

4.1 Conceito de responsabilidade internacional

Nas palavras de Reis (2010, p. 31):

> A responsabilidade pode ser definida como o dever de reparar o dano causado a terceiros, por atos ilícitos culposos ou dolosos. Não apenas o indivíduo, no plano do direito interno, mas também o Estado, no plano internacional, pode ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros.

A responsabilidade internacional difere da responsabilidade no âmbito doméstico, uma vez que neste há possibilidade da coerção legitima e o poder estatal está acima dos interesses dos indivíduos, naquele depende do nível de interação entre os Estados, sendo que não poderá haver o uso da força de um Estado contra o outro (VARELLA, 2016, P.407).

Neste sentido, importante ressaltar o teor do artigo 2º da Carta das Nações Unidas publicada em 1945 que define que seus membros deverão evitar a ameaça ou uso da força[4].

De toda sorte, para que haja a responsabilização do Estado deve haver a "ação ou omissão do Estado, de um dano e de uma relação causal entre a ação ou omissão e o dano" (VARELLA, 2016, p. 407).

Relevante destacar que o ente lesado é quem deve exigir a reparação, defendendo seus próprios interesses ou representando os interesses de seus nacionais (CAPARROZ, 2012, p.121).

Quanto a natureza jurídica da responsabilidade internacional dos Estados, há duas correntes: a primeira afirma que a responsabilidade do Estado é subjetiva, também denominada de teoria da culpa; a segunda, objetiva ou teoria do risco (REIS, 2010, p. 50).

Convém ressaltar que a responsabilidade internacional objetiva ganhou inúmeros adeptos depois de 1950 com o aumento da tecnologia e da operação de atividades licitas que envolvem alto grau de risco de danos ao ecossistema, como por exemplo, o transporte naval de combustível derivado de petróleo (MAZZUOLI, 2011, p. 561).

Neste contexto, é possível a imputação da responsabilidade objetiva ao Estado, quando este desenvolve atividades de alto risco, como a operação e manutenção de uma usina nuclear, ou seja, mesmo sem praticar um ato ilícito, o Estado poderá ser responsabilizado pelos danos ambientais causados (CAPARROZ, 2012, p.120).

Todavia, não podemos olvidar que "embora hodiernamente seja admitida a responsabilidade do Estado por danos causados por atos lícitos, o instituto da responsabilidade internacional do Estado surgiu tendo por base o ilícito" (REIS, 2010, p. 32).

Para aclarar o entendimento, serão analisados os elementos da responsabilidade internacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.2 Elementos da responsabilidade internacional

A professora Alessandra Reis observa que na doutrina há consenso sobre os seguintes elementos da responsabilidade do Estado: a ocorrência do ilícito internacional e o nexo de causalidade. Havendo discordância apenas quanto ao dano, se faz parte ou não do ato ilícito (REIS, 2010, P. 50).

De toda sorte, a responsabilidade ambiental, "em qualquer hipótese, deve ser apurada ante a existência de determinadas condições, como a prática do ato ilícito, a presença de dano a terceiro e o nexo causal entre a conduta e o dano apurado" (CAPARROZ, 2012, p. 119).

4.2.1 Ato Ilícito

Ato ilícito consiste na ação ou omissão que infringe as obrigações assumidas por Estado ou organização internacional por meio de tratados, convenções, costume ou de princípios gerais do direito (ACCIOLY, 2012, p. 503).

Convém aludir que o ilícito internacional consiste no descumprimento de alguma norma que o Estado se comprometeu a observar (REIS, 2010, p. 33). Para que haja a responsabilidade do Estado é preciso verificar se houve lesão a direito de outrem, a ocorrência de ato ilícito e que seja imputável ao Estado o ato causador da lesão (ACCIOLY, 2012, p. 503).

Neste sentido, o ato ilícito no plano internacional pode diferir do plano interno, pois o que se deve levar em consideração para a caracterização do ato ilícito internacional são as regras estabelecidas nas obrigações assumidas pelo Estado.

Reis esclarece que "para que reste configurado o ilícito internacional, é necessária a ocorrência de infração a uma obrigação internacional, e tal infração constitui o elemento objetivo do ilícito" (REIS, 2010, p. 33).

Assim sendo, o Estado responsável pela prática de um ato ilícito, segundo o direito internacional, deve ao Estado, a que tal ato tenha causado danos, uma reparação adequada (REZEK, 2011, p. 315).

É inexato, entretanto, qualificar como ilícita toda ação contrária a uma regra de direito internacional, pois podem existir fatos contrários a regras internacionais que não produzam maiores consequências jurídicas, no entanto, o ilícito, na maioria das vezes, traz como resultado o direito de impingir uma sanção e de pleitear uma reparação (REIS, cit., p. 33).

Por outro lado, o número de situações que podem ensejar a responsabilidade é bem superior a quantidade de práticas consideradas ilícitas pelo direito internacional. Por isso, não há listas de atos proibidos, mas apenas normas genéricas, que se referem aos danos (VARELLA, 2016, p. 410).

Todavia, importante mencionar que não é todo e qualquer ato que o Estado será responsabilizado, é necessário verificar se em tal ato, há pelo menos algo que o caracterize como sendo oficial ou que o Estado tenha permitido que outros agentes tenham utilizados de seus recursos para realizar o aludido ato, senão não será possível responsabilizar o Estado (VARELLA, 2016, p. 412).

4.2.2 Nexo causal ou de imputabilidade

Podemos conceituar o nexo causal como sendo "o vínculo jurídico que liga o ilícito ao seu causador" (REIS, 2010, p. 53). Este vinculo jurídico é o elo de ligação entre o ato e dano, consiste em uma relação de causa e efeito resultante. Para Silvio Venosa (2015, p. 59):

> O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva de leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de um elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vitima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.

Neste diapasão, não havendo o nexo causal, não há como falar em indenização, pois, esta variável é imprescindível para caracterizar o agente agressor, pois, não existindo o nexo causal, não há como indicar o responsável pelo dano. Segundo Flávio Tartuce (2014, p. 372):

> O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.

Sendo assim, "causa é o que, por hipótese suprimido, impede se realize o resultado" (COIMBRA *apud* BRANDÃO, 2015, p.160). No mesmo sentido, Carlos Gonçalves esclarece que "se houve dano mas sua causa não está relacionada com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

comportamento do lesante, inexiste relação de causalidade e também a obrigação de indenizar" (GONÇALVES *apud* OLIVEIRA, 2013, p. 151.

Desta forma, o nexo causal deve estar presente para haja a devida reparação, independentemente do tipo de responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva, desta forma se houve determinado dano que não guarda vínculo com a causa que deu origem ao dano, não pode haver indenização (TARTUCE, 2014, p. 373).

O conceito de nexo causal também está presente na Convenção sobre a responsabilidade civil (convenção europeia *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*) pelos danos resultantes de atividades perigosas para o ambiente que em seu artigo 10 preconiza que o Tribunal deve levar em consideração a evidência do nexo de causalidade entre o incidente e os danos[5].

Entretanto, no direito ambiental, em muitos casos não é possível identificar o elo de ligação entre o ato ilícito provocado pelo Estado ofensor e o dano causado no Estado ofendido, o que compromete a responsabilização do agente causador do dano, pois, os tribunais internacionais entendem que há necessidade de evidenciar o nexo causal, uma vez que não é possível efetuar a responsabilidade genérica ou indireta (CAPARROZ, 2012, p. 121). Este posicionamento é ratificado por Varella (2016, p. 431) que afirma "danos indiretos não são reconhecidos pelo direito internacional".

Importante frisar que este elo de ligação deve ser oriundo de ação estatal, pois, na hipótese de ato de entes privados, o Estado só será responsabilizado quando evidenciado que houve falha na sua tarefa de prevenção e repressão.

4.2.3 Dano

A acepção da palavra dano é oriunda do latim, conforme o magistério de Silva:

> O vocábulo dano, proveniente do latim *damnum,* genericamente é definido como todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, do qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio (SILVA *apud* BELFORT, 2010, p. 27).

Neste contexto, dano significa toda a redução ou aniquilamento efetivo do patrimônio de determinado ente, seja material ou moral. Segundo Simão de Melo:

> O dano é o objeto da responsabilidade civil, sem dano, não há falar em responsabilização do agente causador de um ato ilícito ou não. O ato ilícito, com efeito, é o elemento constitutivo, na teoria subjetivista, do dever de indenizar, pelo que, comete-o quem viola direito e causa dano a outrem. Assim, se o elemento subjetivo da culpa é o dever violado e a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente, de outro lado, embora tenha havido violação de um dever jurídico, mesmo com culpa ou dolo por parte do infrator, somente nascerá a obrigação de indenizar, pela responsabilidade civil, se ficar comprovada a existência de um dano concreto (MELO *apud* MANHABUSCO, 2010, p. 48).

Em consonância com esta linha de raciocínio, Fabio Ulhôa Coelho (2010, p. 301) ensina que:

> A existência do dano é condição essencial para a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva. Se quem pleiteia a responsabilização não sofreu dano de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não têm direito a nenhuma indenização.

Neste cenário, a simples presença do risco de haver dano ambiental de qualquer atividade, não resulta na possibilidade pleitear indenização, pois, não houve a ocorrência efetiva do dano.

Assim, o dano tem de ser certo, ou seja, deve ser fundado em um fato preciso, determinado, pois não é cabível uma reparação de um prejuízo meramente eventual ou hipotético. É possível, entretanto, que o dano decorra de um juízo de probabilidade, como ocorre na indenização de lucros cessantes (SILVA, 2014, p. 234, 235).

Neste sentido, para que haja a justa reparação, há de haver o dano, patrimonial ou extrapatrimonial, que foi suportado por alguém (TARTUCE, 2014, p. 390). Rezek (2011, p. 320) esclarece "não há falar em responsabilidade internacional sem que do ato ilícito tenha resultado um dano para outra personalidade de direito das gentes".

Especificamente no que tange as questões ambientais, nos socorremos à definição existente na convenção europeia (Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment) sobre a responsabilidade civil pelos danos resultantes de atividades perigosas para o meio ambiente[6].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, para que o Estado ofendido possa pleitear qualquer reparação ou indenização deve evidenciar o dano sofrido. Este dano pode ser moral e/ou material (REIS, 2010, p. 53).

Todavia, importante ressaltar que a vítima do dano é na maioria dos casos é o Estado ofendido, que exige direitos em nome próprio ou na qualidade de representante dos interesses de particulares (CAPARROZ, 2012, p. 121).

Impende mencionar que não é toda e qualquer hipótese que o Estado será responsabilizado pelo dano ambiental, pois, há situações que são reconhecidas como excludentes de responsabilidade, tanto por normas jurídicas como por doutrinas.

4.3 Excludentes de responsabilidade

Há ocasiões que embora tenha havido o dano ao meio ambiente o Estado estará desonerado da responsabilização e de suas consequências, estas situações são chamadas de excludentes de responsabilidade e estão elencadas em regramentos próprios, também são discutidas nas doutrinas de diversos autores.

Neste diapasão, a convenção europeia (*Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment)* prevê em seu artigo 8º, algumas hipóteses de exclusão de responsabilidade, abaixo a tradução deste artigo*:*

> O operador não será responsável nos termos da presente Convenção por danos que provar:
>
> a) ter sido causado por um por um ato de guerra, hostilidades, guerra civil, insurreição ou de um fenómeno natural de carácter excepcional, inevitável e irresistível;
> b) ter sido causado por um ato praticado com a intenção de causar dano, por um terceiro, apesar das medidas de segurança adequadas para o tipo de atividade perigosa em questão;
> c) ter resultado necessariamente do cumprimento de uma ordem específica ou medida obrigatória de uma autoridade pública;
> d) ter sido causado por níveis toleráveis de poluição, nas relevantes circunstâncias locais; ou
> e) ter sido causado por uma atividade perigosa legalmente exercida no interesse da pessoa que sofreu o dano, em que era

> razoável para esta pessoa expô-la a riscos de atividade perigosa.[7]

Assim sendo, identificamos que a legislação buscou isentar da responsabilidade situações nas quais o Estado teria pouca gestão sobre a situação ambiental (guerra, fenômeno natural, etc.) ou ainda que causasse embaraço ao próprio Estado, como nas situações do dano resultar de uma ordem advinda de uma autoridade pública ou ainda de situações legalmente exercidas.

A doutrina enumera outras possibilidades de exclusão da responsabilização. Aduz Galvão, por exemplo, que na hipótese de ocorrência de "legítima defesa, represálias, prescrição, caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, renúncia do indivíduo, perigo extremo" (MAZZUOLI, 2011, p. 586) não será possível responsabilizar o Estado.

Convém aludir que existem ainda hipóteses de exclusão ou de minimização da responsabilidade do Estado, tanto na responsabilidade subjetiva ou por culpa quanto na responsabilidade objetiva ou por risco (SOARES, 2003, p. 866).

Todavia, cabe ressaltar que para a corrente que adota a responsabilidade ambiental como sendo objetiva, o cerne da questão para identificar a exclusão da responsabilidade do Estado seria o nexo causal, ou seja, qualquer variável que não esteja presente no nexo causal, não deve ser considerada. Sendo assim, estariam afastadas as hipóteses de fato de terceiro ou culpa da vítima. As hipóteses de caso fortuito e força maior só seriam afastadas, quando fosse constatado não haver qualquer relação com a atividade desenvolvida (REIS, 2010, p. 65).

As hipóteses de excludente de responsabilidade ambiental, entretanto, devem ser observadas com cautela, haja vista que na maioria dos eventos que ocasionam danos ambientais, estes não se restringem a determinado local, alcançando proporções que envolvem uma variedade de Estados (REIS, 2010, p. 76).

5. Considerações finais

A partir da segunda guerra mundial, o mundo passou a experimentar uma evolução tecnológica, com o crescimento exponencial de atividades industriais e da exploração de recursos naturais cada vez mais intensa.

Estas atividades industriais, realizadas em um determinado país, por vezes ocasionam danos ambientais que vão além de suas fronteiras prejudicando países vizinhos. Outras vezes a severidade dos danos é tão significativa que os efeitos nefastos se alastram por um número ainda maior de países.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a fim de que sejam evitados estes danos, a preservação ambiental é assunto de interesse de toda a humanidade, haja vista que a degradação da biogeocenose compromete a qualidade de vida de todos os seres vivos.

Neste diapasão, com o intuito de inibir estas práticas atentatórias ao ecossistema, em âmbito mundial, foram realizadas diversas conferências tratando especificamente sobre o meio ambiente.

Entretanto, o que se vê é que apesar do esforço dos organismos internacionais, ainda há inúmeras atividades que degradam o meio ambiente, aliada à recusa de alguns países em assinar tratados que versem sobre a preservação ambiental.

A possibilidade de responsabilização do Estado infrator é um dos mecanismos existentes para coibir a deterioração do ecossistema, fazendo com que o Estado ofensor restitua o meio ambiente ao *status quo* ou efetue a devida reparação financeira, ou ainda de forma combinada.

No entanto, na prática, a responsabilização do Estado infrator é muitas vezes complexa, seja porque algumas vezes é difícil efetuar a comprovação do nexo causal, haja vista, que por vezes o dano é mediato, seja pela dificuldade em calcular a extensão do dano ocasionado pela agressão ambiental. Nestas situações o Estado acaba ficando isento de punição ou é penalizado aquém do que deveria ser.

Além disto, não há – no plano internacional - uma força coercitiva estatal que seja superior e que obrigue o Estado ofensor a realizar a devida reparação.

Neste contexto, o presente estudo sopesou o instituto da responsabilidade ambiental no âmbito internacional, identificando as situações em que é possível a responsabilização do Estado ou do Organismo Internacional pelos danos causados.

Ante o exposto, concluímos que apesar progresso da consciência ambiental e da publicação de inúmeras convenções e tratados versando sobre a questão ambiental, além do mecanismo da responsabilização ambiental na esfera internacional, ainda existe muito a ser feito para que possa ser garantido um meio ambiente seguro e equilibrado as gerações vindouras.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMADO. Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. – 6ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BELFORT, Fernando José Cunha. **A responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acessado em: 08 de janeiro de 2017.

CAPARROZ, Roberto. **Direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO. Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.

CHARTSBIN STATISTICS COLLECTOR TEAM 2010, ***The Largest Oil Spills in History, 1901 to Present,*** Disponível em: <http://chartsbin.com/view/mgz>. Acessado em: 15 de dezembro de 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 2: obrigações; responsabilidade civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

*COUNCIL OF EUROPE.*1993 ***Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment.*** Disponível em: <https://rm.coe.int/168007c079>. Acessado em: 18 de janeiro de 2017.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

GERENT, Juliana. **Conflitos ambientais globais: mecanismos e procedimentos para a solução de controvérsias**. Curitiba: Juruá, 2016.

HECK, Mariana. **A ação normativa da organização marítima internacional e seus instrumentos em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. Revista de Direito Internacional, volume 9, n. 3, Número Especial: Direito Internacional do Meio Ambiente. Uniceub: Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2051/1952>. Acessado em: 18 de janeiro de 2017

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MANHABUSCO, José Carlos. **Responsabilidade civil objetiva do empregador em decorrência de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). **O novo direito internacional do meio ambiente**. Colaboradores: Adam Luiz Claudino de Brito... [et al.]. Curitiba: Juruá, 2011.

NASSER, Salem Hikmat (org.); REI, Fernando (org.). **Direito internacional do meio ambiente: ensaios em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares.** Autores: Antonio José L.C. Monteiro ... [et al.]. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU 1972**. Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. Publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em junho de 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acessado em 20 de dezembro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>. Acessado em 20 de dezembro de 2016.

REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **A Responsabilidade Internacional do Estado por Dano Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13 ed. rev., aumen., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES. Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**, coordenação Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. 2 ed., rev. e atualizada. Rio de janeiro: Thex Ed., 2002.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho:** responsabilidade do empregador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do Meio Ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (TIJ)**. Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/estatuto_corte_int_justica.pdf>. Acessado em: 19 de dezembro de 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOTAS:

[1] Bacharela em Direito pela Faculdade do Maranhão, Especialização em Gestão hídrica e ambiental pela Universidade Federal do Pará. E-mail: kamilejeane@yahoo.com.br. Brasília-DF. Telefone: 61 98274 5441

[2] Professor Auxiliar, Doutorado em Relações Internacionais, Coordenador, Licenciatura em Relações Internacionais, Secretário Geral do Instituto Jurídico da Portucalense, Coordenador Mobilidade Internacional. E-mail: amatos@uportu.pt. Porto, Portugal. Telefone: +351 225 572 00

[3] 1. O Tribunal (*), cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito; c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade do Tribunal (*) de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes assim convierem. (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (TIJ). Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça).

[4] Artigo 2º, inciso 4 - todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas. BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

[5] No original, em inglês: Article 10 – Causality - When considering evidence of the causal link between the incident and the damage or, in the context of a dangerous activity as defined in Article 2, paragraph 1, sub-paragraph d, between the activity and the damage, the court shall take due account of the increased danger of causing such damage inherent in the dangerous activity"

[6] No original, em inglês: Article 2 – Definitions (...) "Damage" means:

a loss of life or personal injury;

b loss of or damage to property other than to the installation itself or property held under the control of the operator, at the site of the dangerous activity;

c loss or damage by impairment of the environment in so far as this is not considered to be damage within the meaning of sub-paragraphs a or b above provided that compensation for impairment of the environment, other than for loss of profit from such impairment, shall be limited to the costs of measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken;

d the costs of preventive measures and any loss or damage caused by preventive measures,

to the extent that the loss or damage referred to in sub-paragraphs a to c of this paragraph arises out of or results from the hazardous properties of the dangerous substances, genetically modified organisms or micro-organisms or arises or results from waste.

[7] No original, em inglês: Article *8 – Exemptions*

The operator shall not be liable under this Convention for damage which he proves: was caused by an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character;

b was caused by an act done with the intent to cause damage by a third party, despite safety measures appropriate to the type of dangerous activity in question;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

c resulted necessarily from compliance with a specific order or compulsory measure of a public authority;

d was caused by pollution at tolerable levels under local relevant circumstances; or

e was caused by a dangerous activity taken lawfully in the interests of the person who suffered the damage, whereby it was reasonable towards this person to expose him to the risks of the dangerous activity.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

UMA ANÁLISE DO CHAMADO "INQUÉRITO DAS FAKE NEWS" PELO PRISMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

RELIVALDO JOSE DA SILVA: Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Tem experiência na área jurídica, ex-estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo - Intervenção/difusos - área de Direito de Família e Sucessões; ex- Aluno Monitor de Direito Constitucional da PUCCAMPINAS.

Resumo: O artigo busca identificar a constitucionalidade do famigerado inquérito das "Fake News" e a fundamentação de sua existência, sem anular o valor fundamental para a democracia que é a liberdade de expressão. Portanto, a hipótese que aqui se enuncia é da constitucionalidade do inquérito instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de investigar possíveis atos gravíssimos cometidos contra seus membros. A pesquisa aqui apresentada é movida pela necessidade de se aclarar os limites da liberdade de expressão dentro de uma democracia. Importa mencionar que esse trabalho ganha relevo pela importância da segurança jurídica, principalmente pelos discursos de inconstitucionalidade do inquérito presidido por um dos Ministros do STF, que colocam em dúvida a sua constitucionalidade. Sob o aspecto metodológico, a pesquisa se valeu de uma abordagem hipotética e dedutiva, com cunho analítico.

Palavras-chave: Inquérito – liberdade de expressão.

Abstract: The article seeks to identify the constitutionality of the infamous "Fake News" inquiry and the basis for its existence, without nullifying the fundamental value for democracy, which is freedom of expression. Therefore, the hypothesis stated here is that of the constitutionality of the official investigation initiated by the Supreme Federal Court, in order to investigate possible very serious acts committed against its members. The research presented here is driven by the need to clarify the limits of freedom of expression within a democracy. It is important to mention that this work is highlighted by the importance of legal certainty, mainly due to the unconstitutionality of the inquiry chaired by one of the Ministers of the Supreme Court, that question its constitutionality. Under the methodological aspect, the research used a hypothetical and deductive approach, with an analytical nature.

Keywords: Inquiry - freedom of expression.

SUMÁRIO: 1. Das Considerações Iniciais – 2. Da Liberdade de Expressão na Democracia – 3. Da fase do Inquérito – 4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 - 5. Conclusão – Referências.

1.DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O debate recente em torno dos limites do exercício da liberdade de expressão em uma democracia ganhou cenário expressivo na mídia na atualidade, muito fomentado por causa da existência da Portaria 69/2019 da Presidência do Supremo Tribunal Federal, pelo qual se determinou a instauração de inquérito para a apuração de ameaças e ofensas a membros (inclusive, a seus familiares) do mais alto escalão do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o artigo busca identificar a constitucionalidade do famigerado inquérito das "Fake News" e a fundamentação de sua existência, sem anular com isso o valor fundamental para a democracia que é a liberdade de expressão. Portanto, a hipótese que aqui se enuncia é da constitucionalidade do inquérito instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de investigar possíveis atos gravíssimos cometidos contra seus membros.

Assim, para que, ao final, se possa confirmar essa hipótese, será analisada a liberdade de expressão, a sua importância para o controle e preservação da própria democracia, com o respeito aos pensamentos distintos daqueles que hoje possam ser concebidos como os majoritários. Não se buscará, portanto, esmiuçar seus contornos, até porque isso fugiria da proposta deste artigo.

Perpassado, assim, a investigação da origem e importância da liberdade de expressão, o presente artigo introduziu elementos estruturais do inquérito policial, sua natureza e características. Com bases nessas características, foi possível identificar que a autoridade que o preside é ancorada por normas que não podem ser afastadas, entre elas a do caráter preliminar à ação penal e da repetitividade das provas colhidas em fase processual, passando pelo crivo do contraditório.

Faz-se necessária, ainda, a análise da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, na qual a Portaria 69/2019 da Presidência do Supremo Tribunal Federal abriu e delegou a presidência do inquérito ao Ministro Alexandre de Moraes, o qual, na posição do presidente do inquérito, determinou várias medidas em prol da investigação.

A pesquisa aqui apresentada é movida pela necessidade de se aclarar os limites da liberdade de expressão dentro de uma democracia e que sua invocação não pode servir de escudo para violentar outros valores que a Constituição Federal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prima por eles. Outrossim, preocupou-se a pesquisa em apresentar a aplicação da liberdade de expressão dentro do cenário nacional. Dessa forma, a análise, na sua completude, foi baseada no âmbito jurídico interno, não se buscou angariar comparações com o modelo constitucional internacional, pois a realidade brasileira possui pontos diferentes das europeias e americana.

Importa mencionar que esse trabalho ganha relevo pela importância da segurança jurídica no direito, principalmente pelos discursos de inconstitucionalidade do inquérito presidido por um dos Ministros do STF, com discursos que colocam em dúvida a sua constitucionalidade.

Sob o aspecto metodológico, a pesquisa se valeu de uma abordagem hipotética e dedutiva, com cunho analítico, compromissada com a finalidade de demonstrar por meio de uma base doutrinária que a liberdade de expressão encontra seus limites no próprio texto constitucional.

2.Da Liberdade de Expressão na Democracia

A democracia é um valor de elevada importância para a sobrevivência dos direitos fundamentais, não os sufocando. Um exemplo de Estado Democrático é o Brasil, essa forma de poder estatal está insculpida no artigo primeiro, *caput,* do texto da Constituição Federal de 1988. Nota-se, com isso, que o adjetivo democrático é carregado de sentido, traduzindo-se na supremacia do poder do povo, o qual terá uma participação crítica e efetiva na coisa pública, do processo político com isonomia. (TENÓRIO, 2014, p. 04).

Nesse contexto, o Estado de Direito é originariamente extraído da doutrina liberal, cujas balizas importavam na submissão ao comando da lei, sendo essa um ato emanado da autoridade competente – legislativo -, composto por representantes do povo, com a presença marcante da divisão dos poderes e enunciado de direitos e garantias individuais. Como é cediço, há outras concepções do que seja um Estado de Direito que variam conforme o conceito de direito que o autor tenha adotado para construir a sua definição (SILVA, 2013, p. 115).

Para Kelsen, por exemplo, o Estado e o Direito são a mesma coisa, não diferenciando o Estado de um conjunto de normas positivas que regem aquele, uma ideia formalista, enxergando as normas desvinculadas de conteúdo econômico, social, político, ideológico entre outros. Essa ideia, capitaneada por Kelsen, transforma o Estado de Direito em um Estado Legal, na qual abrange o Estado na sua totalidade. Em verdade, ao reduzir o Direito a um mero veículo enunciador de leis formais, sem qualquer compromisso com o que seu conteúdo expressado, tornou a possibilidade de quaisquer Estados serem Estado de Direito, ainda que sejam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autoritários. Da mesma forma errônea, igualmente a de Kelsen, se há uma redução do conceito de Estado de Direito a um conjunto de normas editadas pelos Poder Legislativo, o Estado de Direito é reduzido para um Estado de Legalidade (SILVA, 2013, p. 116).

O Estado Social de Direito é uma consequência da neutralidade do Estado de Direito no tocante à realização da justiça social, principalmente nos Estados que explicitam em suas constituições capítulos de direitos sociais e/ou econômicos (SILVA, 2013, p. 117). Assim, o Estado Social de Direto busca fazer uma correção no individualismo clássico, atendendo aos objetivos da igualdade material, com prestações positivas por parte do Estado. Contudo, incapaz de preencher a necessidade de uma verdadeira participação popular no processo político.

Diante de tudo isso, desembarga-se no conceito de Estado Democrático de Direito, o qual é assentado no princípio da soberania popular. A bem da verdade, não se compara ao Estado de Direito, no qual a lei geral e abstrata é insuficiente para a realização da igualdade. O Estado Democrático de Direito, de tal sorte, é uma garantia de proteção aos direitos fundamentais e demais garantias constitucionais (SILVA, 2013, p. 119).

Importa mencionar, ainda, que as principais características do Estado Democrático de Direito é o convívio social de forma livre e justa, com igualdade. Para uma sociedade permeada pelo convívio de opiniões distintas, com a garantia do pluralismo político, não basta sua mera existência ou previsão, assim mecanismo devem ser criados para o seu efetivo exercício. Nesse contexto, o princípio da legalidade ganha destaque e notoriedade, despindo-se de seu conceito clássico, indo além da simples previsão legal. O princípio da legalidade paira sobre o Estado com a função de se adequar a realidade, preocupado com a igualdade e justiça social, com condições de intervir nas desigualdades dos socialmente desiguais, indo, dessa feita, além de um preceito normativo geral, abstrato, modificador da ordem jurídica atual (SILVA, 2013, p. 122,123).

Em outro giro, é sabido que o Estado Democrático de Direito comporta alguns princípios, entre os quais se encontra o do sistema de direitos fundamentais (silva, 2013, p. 124). A Constituição Federal de 1988 não traz um rol exaustivo de direitos fundamentais, assim o artigo 5º não os esgotou, atendendo uma necessidade basilar do Estado Democrático de Direito, que é a permanência de um sistema aberto de direitos fundamentais.

Após ter galgado por esses conceitos propedêuticos, no tocante ao Estado Democrático de Direito, cabe analisar o direito fundamental que interessa para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

presente pesquisa: a liberdade de expressão, que é uma égide dos principais direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, correspondendo uma das primordiais reivindicações dos homens de todos os anos já passados (MENDES; BRANCO; COELHO, p. 402).

Como é cediço, a Constituição a prevê expressamente no artigo 5º, inciso IV, nos seguintes termos "é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato". A Lei Maior vai mais do que essa mera previsão, insculpiu em outros incisos e artigos do texto constitucional direitos diversos que estão incluídos no conceito da liberdade de expressão, como a liberdade de comunicação, acesso à informação, artística e científica (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 402,403). Frisa-se, nesse embalo, que a liberdade de expressão é de suma importância para o controle e preservação da própria democracia, com o respeito aos pensamentos distintos daqueles que hoje são os majoritários, buscando tutelar toda e qualquer opinião, avaliação e comentário sobre coisas e pessoas, do interesse privado ao público, garantida pela característica essencial do ser humano que é a convivência social, comunicando-se com liberdade (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 403).

Dessarte, como um direito fundamental e de elevada importância para a sobrevivência da democracia, a Constituição Federal prevê a vedação da censura à liberdade de expressão em seu artigo 220, devendo o Estado se abster de censurar as manifestações de pensamentos e as criações intelectuais por mero dissabor do conteúdo vinculado. Cita-se, ainda, que a liberdade de expressão comporta o direito do seu titular de nada expressar ou de não querer se informar, eliminando a obrigação de seu uso (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 404). Logicamente, nenhum direito fundamental é de gozo obrigatório, caso contrário não seria direito, e sim um dever jurídico, esvaziando por completo o sentido e natureza da liberdade de escolha do próprio cidadão quanto aos aspectos de sua vida.

Outrossim, a liberdade de expressão contempla uma forma estrita, na qual pode ser entendida como puramente o direito de exprimir ideias, opiniões, convicções, sem compromisso com a verdade, não se restringindo a fatos; e concebe uma outra espécie do direito de liberdade de expressão em sentido amplo, que seria do direito de informação, tendo aqui o compromisso de transmitir informações verídicas, fatos com veracidade (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 7).

Com base nisso, percebe-se que as manifestações em redes sociais são resultados da liberdade de expressão em sentido amplo, exprimida por seus titulares, que não se submetem ao prévio controle estatal. Todavia, o seu mero exercício não é suficiente para extrair a necessidade de compreender quais os seus limites. Isso porque não há direito absoluto, e o exercício de direitos fundamentais possibilita,

pela própria natureza deles, o seu "conflito" com outros direitos de importância semelhante.

Nessa mesma linha, a liberdade de expressão encontra os contornos de seu limite na própria Lei Maior, quando há ou não colisão de direitos fundamentais. Seja pela vedação ao anonimato, consagração do direito de resposta, indenização pela violação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas. Contudo, não é só nos casos expressos na constituição que se extrai os limites de sua efetivação prática, havendo uma vedação ao uso da liberdade de expressão para a quebra violenta da ordem, como os discursos de ódio, que não signifiquem palavras duras ou desagradáveis (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 412). Frisa-se, por sua vez, que a Constituição Federal não abordar apenas um valor fundamental, ela coloca como importantes para o crescimento social diversos valores que não podem ser exterminados pelas pessoas com a justificativa que estão exercendo a liberdade de expressão. Com uma mão o Estado consagra liberdade de expressão, e com a outra ele a limita, com interesse supremo de proteção aos direitos fundamentais como um todo, não singularmente analisados.

Diante disso, cabe citar que o Supremo Tribunal Federal já assentou que o discurso de ódio não é tolerado, não cabe o fomento ao racismo, intolerância racial, numa interpretação prol dignidade da pessoa humana. Admitir, portanto, atentados a valores importantes e fundamentais da democracia ao arrepio da Constituição seria contraditório, é o mesmo que permitir discursos contra os pilares do Estado Democrático de Direito, podendo ocasionar uma intimidação da plena participação social de grupos, corroendo o próprio espírito democrático.

A liberdade de expressão é conflituosa para aqueles que não entendem o seu significado e limites. Diante da falta da tolerância com opiniões contrárias, com o pluralismo de ideias, algumas pessoas se rebelam contra a democracia, indo de encontro com aqueles que exercem o seu direito. Para ilustrar essas palavras, é bom rememorar-se um caso de violência e ódio a esse direito fundamental, que ganhou manchetes pelo mundo afora, o emblemático caso do jornal *Charlie Habdo*, alvo de fanáticos religiosos que atacaram a sede do jornal francês e perpetraram contra a vida de seus jornalistas (SIMÃO, RODOVALHO, 2017, p. 03).

Não se nega que examinar os limites do direito de exprimir seu pensamento requer uma ponderação bem apurada, agindo com proporcionalidade para não causar um mal maior com a intenção de garantir um bem a outro valor constitucional. Assim, os limites ao direito de expressar opiniões devem ser a regra, como a própria Constituição estabelece ao prever a ilegalidade da censura prévia. Assim, o juízo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

proporcionalidade requer analisar cada caso em concreto, sob pena de subverter o próprio texto constitucional.

Por fim, cita-se que a comunicação digital ganho cenário atualmente, sendo um instrumento importante e presente na vida diária de muitas pessoas. O seu crescimento não é o mesmo em todos os países, no tocante aos países Arábia Saudita, Belarus, Burma, Cuba, Egito, Etiópia, Irã, Coreia do Norte, Síria, Tunísia, Turcomenistão, Uzbequistão, Vietnã, Zimbábue, China, Israel, Turquia e Rússia o Estado promoveu uma limitação ao uso das redes sócias pelas pessoas (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 3), cada qual num certo nível.

Com isso, fica evidente a conflituosa relação da liberdade de expressão em sociedade, porém é necessário registrar que sua importância promove o progresso humano, sendo o dever do Estado proteger e fomentar esse direito, em que pese algumas pessoas insistam em extrapolá-lo, devendo a partir desse ponto o Estado agir repressivamente e com cautela, em busca de não cometer censura.

3. Da fase do Inquérito

O inquérito policial constitui um conjunto de atos concatenados com a finalidade de apurar a autoria e a materialidade de eventuais infrações penais, sendo o supedâneo para a postulação da ação penal em juízo. Esses atos, portanto, não são exercidos com base na função jurisdicional, e sim de atribuição executiva do Estado com escopo de investigar a existência, circunstâncias, autoria e materialidade de um crime ou contravenção penal (RANGEL, 2013, p. 71).

Diante dos ataques aos membros do Supremo Tribunal Federal (e a própria Corte em si), faz-se necessária a busca de lastro probatórios que possam servir para a formação do *opinio delicti,* isso porque não é o Supremo Tribunal Federal que irá oferecer denúncia, e sim o Ministério Público Federal. Diante de postagens nas redes sociais, pessoas usam a liberdade de expressão como camuflagem para cometer abusos, violentando direitos fundamentais e a própria ordem constitucional.

Dessa forma, as diligências investigatórias não podem ser obstadas por mera alegação do exercício da liberdade de expressão, pois não são se trata de censura, mas sim averiguar até que ponto determinadas manifestações ofensivas a uma Instituição Democrática é acobertada pela liberdade de expressão.

Frisa-se, ainda, que a polícia judiciária é reconhecida na Constituição Federal em seu artigo 144, cabendo à Polícia Federal, órgão atuante dentro do âmbito da União, apurar os crimes cometidos contra a União ou a seus interesses ou serviços,

contra a ordem social e política (NUCCI, 2018, p. 207). Assim, não há irregularidades nas apurações a serem - ou que foram - ordenadas pelo STF à Polícia Federal.

Nesse mesmo contexto, cabe destacar que o inquérito pode iniciar de ofício, a requerimento e a requisição. As requisições, que são exigências, não meros pedidos, são dirigidas ás autoridades policiais, de tal sorte que as requisições não podem ser ignoradas, salvo aquelas que são genéricas, sem dados suficientes para que o delegado possa se enveredar numa providência ou rumo investigatório (NUCCI, 2018, p. 227).

Em que pese não tenha importância significativa para a fundamentação da tese proposta, interessante registrar que a legislação trouxe uma hipótese de substituição do inquérito policial por um termo circunstanciado, efetuado pela polícia, nos casos de práticas infrações de menor potencial lesivo, assim consideradas aquelas que a pena máxima não ultrapasse 2 anos de prisão, cumulada ou não com multa, consoante o disposto no artigo 77, §1º, da lei 9.099/95 (NUCCI, 2018, p. 250).

O indiciamento é um ato próprio e privativo do Delegado de Polícia, pelo qual aponta determinado sujeito como o autor da infração penal, dentro do âmbito de suas investigações. Uma vez convicto do lastro probatório de autoria e materialidade delitiva, não resta alternativa à autoridade policial, possuindo o dever legal de realizar o indiciamento do investigado (NUCCI, 2013, 2018, P. 234). Sendo o indiciamento um ato privativo do delegado, não cabe ao juiz, promotor ou qualquer outra autoridade exigir o indiciamento de quem quer que seja, sob pena de cometimento de infração penal ou administrativa. Em termos mais diretos, a lei 12.830 de 2013 estabeleceu a prerrogativa privativa do Delegado de Polícia para o ato de indiciamento, não dando azo para que outro agente público o faça.

Cita-se, em complementação, que o inquérito tem prazo próprio de 15 dias para sua conclusão, desde que se trate de crime perante a justiça federal, com o réu preso, prorrogáveis por mais 15 dias. É sabido, ainda, que, na justiça estadual, crimes comuns leva o inquérito possuir o prazo de conclusão de 10 ou 30 dias, conforme esteja preso ou solto o acusado. No tocante aos crimes previstos na lei de drogas, o prazo é de 30 dias ou 90, de acordo com a liberdade ou prisão do acusado. Por fim, nos crimes contra a Economia Popular, o prazo para conclusão do inquérito é de 10 dias, mantenha-se o acusado solto ou preso, tendo o Ministério Público até 2 dias para oferecer denúncia pertinente. Em arremate, no que toca aos crimes federais e comuns, estando o acusado solto, o prazo é impróprio, não gerando ilegalidade sua prolongação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como é cediço, o inquérito é inquisitivo, não cabe falar de ampla defesa e contraditório da forma que há na fase processual. Tanto é assim que o magistrado não pode se valer do inquérito exclusivamente para condenar o acusado, devendo renovar as provas, em regra, pelo crivo do contraditório e da ampla defesa na fase judicial. Importar mencionar que o inquérito é sigiloso, *mutatis mutandis,* sendo peça preliminar para a acusação. Esse sigilo possui a finalidade de preservar as investigações em andamento, respeitada as prerrogativas dos advogados.

Dito isso, importa dizer que a presidência do inquérito pode ter uma autoridade distinta da policial, haja vista a existência de algumas disposições normativas esparsas que autorizam essa excepcionalidade. Em caráter de exemplo, cita-se o caso de procedimento que tenha magistrado por investigado, pelo qual os autos da investigação devem necessariamente ser remetidos para o Tribunal competente para o julgamento, conforme o artigo 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79 (NUCCI, 2018, 209). Enfim, há outros casos que a doutrina aponta, como as comissões de inquérito parlamentar.

Gizadas essas informações antecedentes, faz-se necessário arrematar o raciocínio constatando que o inquérito policial não é de presidência exclusiva da autoridade policial, mesmo que essa seja a regra. Conforme visto acima, há lei autorizando essa função aos tribunais ou, até mesmo, aos parlamentares no caso de inquérito parlamentar. Contudo, a transferência da presidência não retira os atributos que o inquérito possui, seja o sigilo ou seu caráter preliminar a uma ação penal, devendo suas provas colhidas serem submetidas ao contraditório e ampla defesa.

4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572

A ADPF 572 recaiu em face da Portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019, que permitiu a abertura do Inquérito nº 4781, de presidência do Supremo Tribunal Federal. Importa mencionar, assim, que o motivo para a abertura desse inquérito perpassou pela necessidade de investigação de informações falsas e caluniosas, notícias fraudulentas, ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e ferir a honorabilidade e a segurança do STF, numa tentativa de impedir o livre exercício das funções jurisdicionais e da própria estabilidade democrática (STF, 2020, on-line).

Uma vez julgado, o resultado foi de dez votos favoráveis pela constitucionalidade do inquérito das Fake News contra apenas um. Acompanharam, portanto, o voto do Relator Ministro Edson Fachin, o qual indicou em seu voto que os atos de incitação ao fechamento do STF, ameaças de prisão aos seus membros e, inclusive, de morte não estariam abarcadas pelo princípio da liberdade de expressão,

estabelecendo que o inquérito não corre à revelia do controle do Ministério Público, devendo respeitar as garantias constitucionais no tocante aos investigados. Em sentido contrário, o único a divergir, Ministro Marco Aurélio, indicou a não recepção do dispositivo 43 do regimento interno do STF, o qual permitiu ao Presidente da Suprema Corte Federal instalar o inquérito, em seu sentir a norma não teria compatibilidade com a Constituição Federal.

Antes de tudo, cabe citar que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é utilizada como mecanismo constitucional de controle de constitucionalidade de questões controvérsias relevantes ou da compatibilidade de atos normativos anteriores ao ano de 1988 com a Lei Maior, sendo concebida como subsidiárias as demais ações constitucionais (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 1195). Assim, atos normativos anteriores ao texto constitucional submetem-se ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF, que permitirá analisar a controvérsia via controle concentrado, sendo uma ação subsidiária das outras ações objetivas constitucionais.

Nesse mesmo arremate, cabe esclarecer que o instituto que Ministro Marco Aurélio alegou, ou seja, a não recepcionalidade do dispositivo do regimento interno do STF supramencionado. A não recepção é o afastamento de norma anterior ao texto constitucional, negando-se compatibilidade com a Constituição Federal vigente. Dessa forma, não há nulidade, pois o parâmetro de validade não é a Constituição, mas sim se o ato está de acordo com os valores adotados pela Lei Maior.

Segundo narrou o Ministro Relator da ADPF 572, há registro de práticas de ameaças, ofensas e pedidos de fechamento do Supremo Tribunal Federal. Logo, há elementos que comprovem a necessidade de no mínimo se apurar em que situação essas atos estão inseridos. Tendo autorização em seu regimento interno, sendo algo excepcional, não cabe exigir a delegação desse pedido ao PGR – Procurador Geral da República. Contudo, não torna esse inquérito numa panaceia, pois o Ministério Público exercerá o controle dos atos praticados pela Polícia Federal, inclusive cabendo aos investigados recorrer ao próprio Supremo Tribunal Federal em caso de ilegalidade ou de sua ameaça.

Conforme visto acima, a liberdade de expressão é um preceito fundamental de uma democracia, não tendo condão de ser um valor absoluto. Aliás, a busca da sua preservação não pode ser feita permitindo atentados contra a Democracia e suas Instituições, não permitindo que "pervertidos" destruam ou promovam a destruição do equilíbrio democrático se valendo de prerrogativas que são para prover a democracia. Vale dizer, ainda, que não se trata de perseguir aqueles que possuam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

opiniões distintas, ideologias diferentes, e sim garantir que discursos antidemocráticos instituam uma sociedade da intolerância ao próximo.

5.Conclusão

Galgado tudo isso, a conclusão a ser tratada aqui percorreu três fundamentos específicos, já estudados acima. Neste ponto, far-se-á uma fundamentação, pelo prisma da liberdade de expressão, da constitucionalidade do inquérito da famigerada *"fake news"* aberto de ofício pela Augusta Corte, a fim de apurar eventuais práticas delituosas contra o Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal não consagrou apenas um valor fundamental, mas sim estabeleceu como importantes para o crescimento social diversos valores que não podem ser exterminados pelas pessoas com a justificativa que estão exercendo a liberdade de expressão. A esse respeito, com uma mão o Estado consagra liberdade de expressão, e com a outra ele a limita. Conquanto seja inegável que a liberdade de expressão não é uma salvaguarda para práticas delituosas, sua preservação e respeito são condições para a manutenção da democracia, cabendo um outro trabalho para analisar os mínimos detalhes desse valor fundamental para o Estado Democrático de Direito e de seus limites.

Em segundo lugar, o inquérito policial não é de presidência exclusiva da autoridade policial, mesmo que essa seja a regra. Nesse quadro, frisa-se que não significa que o inquérito fugirá da participação do Ministério Público, pelo contrário. Até porque a titularidade oferecer denúncia continua pertencendo ao *Parquet.*

Por fim, analisando-se a ADPF 572, conclui-se que há elementos que comprovem a necessidade de se apurar com seriedade em que situação essas atos estão inseridos. Aqui, portanto, não se propõe torna esse inquérito numa panaceia, pois o Ministério Público exercerá o controle dos atos praticados pela Polícia Federal em cumprimento de ordem do STF em sede do inquérito, inclusive cabendo aos investigados recorrer ao próprio Supremo Tribunal Federal em caso de ilegalidade ou de sua ameaça. Contudo, atos que visam a instabilidade democrática são passíveis de, no mínimo, investigações sérias, serenas e probas.

Referências

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inogêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4º edição. São Paulo, editora Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15º Edição. Editora Forense. São Paulo. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21º edição. Editora Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º edição. São Paulo. Editora Método, 2013.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir. Acesso em: 19.06.2020.

STF. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: 572**. Relator: Ministro EdsonFachin.DJ:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/981.pdf. Acesso em: 18.07.2020.

TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

www.conteudojuridico.com.br

AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PREGÃO ELETRÔNICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO: Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

ADRIANA MARTINELLI MARTINS[1]

CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI[2]

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise, do ponto de vista da administração pública, das vantagens e desvantagens do Pregão Eletrônico. Para tanto, serão abordados alguns aspectos da licitação na atualidade, as modalidades existentes, especialmente, o pregão na forma presencial e eletrônica, buscando demonstrar que sua utilização proporciona maior eficiência para a Administração Pública. Na sequência, relata-se as vantagens e desvantagens da utilização do pregão eletrônico. Finaliza-se, identificando que as vantagens do Pregão Eletrônico precedem às desvantagens, sendo um processo mais ágil e eficaz para a Administração.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitações. Pregão Eletrônico. Vantagens. Desvantagens.

Abstract: The purpose of this article is to analyze, from the point of view of the public administration, the advantages and disadvantages of the Electronic Auction. To this end, some aspects of bidding will be addressed today, the existing modalities, especially the auction in person and electronically, seeking to demonstrate that its use provides greater efficiency for the Public Administration. Following, the advantages and disadvantages of using electronic trading are reported. It concludes by identifying that the advantages of the Electronic Auction precede the disadvantages, being a more agile and effective process for the Administration.

Keywords: Public administration. Bids. Electronic Auction. Benefits. Disadvantages.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. Meios de Aquisição no Setor Público: Licitação. 3. Pregão: Presencial e Eletrônico. 4. Vantagens e Desvantagens do Pregão Eletrônico. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1.Introdução

Na busca da efetivação do princípio da economicidade, a administração pública se utiliza de um procedimento administrativo denominado licitação, cujo objetivo é obter a proposta mais vantajosa entre os participantes interessados, observando a igualdade de condições, consoante o disposto na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da administração pública.

Inicialmente abordar-se no presente artigo sobre a licitação nos dias atuais e as modalidades existentes no Brasil, dentre elas o pregão, presencial e eletrônico.

Em seguida, tratar-se acerca do pregão, como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns, nas suas formas: presencial e eletrônica.

Após, aprofundar-se à análise do pregão na forma eletrônica, regulamentado atualmente pelo decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, que visa à aquisição de bens e serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, por meio da utilização de recursos de Tecnologia da Informação.

Além disso, o presente artigo envolverá o questionamento acerca das vantagens e desvantagens do processo de Pregão Eletrônico do ponto de vista da Administração Pública, bem como, os avanços acarretados nas compras públicas.

2. Meios de Aquisição no Setor Público: Licitação

A licitação foi a forma escolhida ao longo da evolução da administração pública como sendo a mais isonômica, legal, impessoal, moral, pública e eficiente de dispor e adquirir bens e serviços públicos dos particulares, pois atende a legislação do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, veja-se:

> "Art. 37, XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Trata-se de um procedimento administrativo que visa à garantia da isonomia entre os licitantes, a seleção da melhor proposta dentre as apresentadas, com vistas à celebração de contrato, devendo observar tanto os princípios administrativos constitucionais, do caput do artigo 37 da CF, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como os previstos na legislação infraconstitucional referente ao tema.

Hely Lopes Meirelles à define como: [...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. (MEIRELLES, 1999, p. 23).

As licitações têm base legal na Lei n° 8.666 de 21 de julho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, sendo obrigatória para os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No âmbito das Estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias) os procedimentos licitatórios são regidos atualmente pela Lei n. 13.303/2016, mais conhecida como a Lei das Estatais, criada em cumprimento ao disposto no §1º do artigo 173 da CF, veja-se:

> "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> (...)

> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> (...)".

Podemos encontrar os princípios básicos da Licitação no artigo 3º da lei 8.666/93:

> "Art. 3º. "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlato"."

A Lei 13.303/2016, em seu artigo 31, também expõe o escopo do procedimento licitatório, assim como menciona os princípios que devem reger a licitação no âmbito das empresas estatais:

> Art. 31: "As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo".

Existem, atualmente, 06 (seis) modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão nos termos do art. 22 da Lei de Licitações nº 8.666/93 e, o pregão (Lei nº 10.520/2002).

As características mais importantes que divergem as modalidades licitatórias elencadas na Lei de Licitações são: prazos de recebimentos de propostas e limites de valor estimado de contratação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Toshio Mukai (Mukai, 2008):

> "O pregão é modalidade de licitação que se diferencia da concorrência, da tomada de preços e do convite por se caracterizar pela existência de uma etapa de julgamento constituída pelo oferecimento de lances por aqueles que se tenham mantido, com suas propostas escritas, dentro do percentual de 10% superiores à proposta escrita de menor preço (ver incisos VIII e IX do art. 4º); os demais proponentes terão suas propostas rejeitadas e, como consequência, estarão desclassificados do certame. Nessas condições, se o vencedor (aquele que ofereceu o menor lance) for inabilitado, serão chamados na ordem de classificação, dentre os concorrentes que ofereceram lances, os demais, até que um proponente apresente toda a documentação em dia (inciso XVI do art. 4º)".

A modalidade licitatória abordada neste artigo, é o pregão, que não é disciplinada pela lei de licitações, e sim pela Lei Federal nº 10.520/02 e, também regulamentada pelo Decreto nº. 3.555/2000 que trata do pregão presencial e pelo Decreto Federal nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, que revogou o Decreto Federal nº 5.450/04, que regulamenta a modalidade eletrônica.

3. Pregão: Presencial e Eletrônico

O pregão surgiu através da Medida Provisória nº 2.026 de 4 de maio de 2000, passando a ser utilizado pela União, onde foi regulado pela Lei 10.520 de 17 de julho de 2002.

É a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns em que a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço. Sua grande inovação se dá pela inversão das fases de habilitação e análise das propostas, onde se verifica apenas a documentação do participante que tenha apresentado a melhor proposta.

Faz-se imperioso destacar que o termo "aquisição de bens e serviços comuns", exclui uma série de bens e serviços, como por exemplo: serviços de engenharia (salvo os comuns – Decreto Federal nº. 10.024/2019), serviços técnicos e/ou especializados, enfim, serviços que devido suas peculiaridades possuem diferenciação considerável em suas formas de execução.

Segundo Justen Filho (2013, p.504):

> "Pregão é a modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas".

Para Jacoby Fernandes (2013, p.341):

> "O pregão é uma nova modalidade de licitação pública e pode ser conceituado como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos".

SANTOS (2008) comenta que bem e serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio.

Diversamente das demais modalidades de licitação, o pregão pode ser aplicado a qualquer valor estimado de contratação, de forma que constitui alternativa a todas as modalidades. Uma outra peculiaridade é que ele admite como critério de julgamento da proposta somente o menor preço.

Por ser modalidade de licitação, o pregão possui procedimentos licitatórios dotados de características específicas, próprias e diferenciadas. Com uma ordem predeterminada de formalidades a serem observadas, tornando o Pregão diferente das demais modalidades, no qual não comporta alteração e inovação senão nos limites da Lei e no seu instrumento convocatório.

Para Jacoby Fernandes (2003, p. 341), o pregão apresenta as seguintes características: limitação do uso a compras e serviços comuns; possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão; inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; e redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame.

Fato é que, com a necessidade do governo em modernizar os processos de aquisição de bens e serviços, surgiu o pregão. Esta modalidade, inicialmente presencial, onde os concorrentes elaboravam suas propostas e, posteriormente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disputavam os preços pessoalmente diante do pregoeiro evoluiu para a forma eletrônica, com o uso de tecnologia da informação. Esta forma de conduzir o processo de aquisição eletronicamente foi denominada de pregão eletrônico e visa garantir maior competitividade, eficiência, transparência e grande economia de recursos e de tempo na aquisição de bens e serviços.

Na esfera federal, foram editados inicialmente dois decretos: o Decreto nº 3.555/2000, que trata do pregão presencial, realizado em uma sessão pública, através de recebimento de envelopes dos participantes; e o Decreto nº 5.450/2005, que tratava do pregão eletrônico, e que foi revogado no ano de 2019 pelo Decreto nº. 10.024, de 20/09/2019.

O pregão poderá ser realizado na forma tradicional, do jeito em que são realizados os demais certames licitatórios: ocorrendo num determinado local, ao qual comparecem fisicamente os agentes administrativos, os licitantes e os demais interessados; ou na forma eletrônica, onde só o pregão possui está característica, de forma virtual.

Na presencial, os interessados tomam parte do certame fisicamente, instalando-se nas mesas do trabalho licitatório e dele ativamente participando, enquanto na forma eletrônica utilizam-se dos meios eletrônicos disponíveis, encontrando-se os licitantes fisicamente distantes. (PESTANA, 2013, p. 341).

As regras básicas são as mesmas para as duas formas de pregão. Porém, no eletrônico há o acréscimo de alguns procedimentos específicos e tem como característica a inexistência da presença física do pregoeiro e dos demais licitantes, já que todo procedimento licitatório é realizado pela internet.

O pregão, na forma eletrônica, é uma modalidade licitatória mais célere e seu uso visa a aquisição de bens e serviços comuns, inclusive de serviços comuns de engenharia, no âmbito da administração pública federal, por meio da utilização de recursos de Tecnologia da Informação.

Segundo o Decreto nº. 10.024, de 20/09/2019, a Administração Federal direta e indireta é obrigada a realizar o pregão eletrônico nas aquisições de bens e serviços comuns, inclusive os serviços comuns de engenharia (art. 1º, § 1º), facultando-se, contudo, às estatais a adoção das disposições do novo decreto (art. 1º, § 2º). Veja-se:

> "Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns

de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

§ 2º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nos termos do regulamento interno de que trata o art. 40 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, poderão adotar, no que couber, as disposições deste Decreto, inclusive o disposto no Capítulo XVII, observados os limites de que trata o art. 29 da referida Lei.

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

§ 4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o **caput** ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica".

Além disso, a obrigatoriedade do uso do pregão eletrônico se aplica também aos Estados, DF e Municípios quando utilizarem ou houver recursos da União (art. 1º, § 3º).

Importante registrar ainda que a exceção da utilização do Pregão Eletrônico e da Dispensa se dá apenas para casos excepcionais que inviabilizariam sua realização ou comprovação de desvantagem para a Administração nos termos do que prevê o art. 1º, §4º, do Decreto nº. 10.024/2019, confira-se: (...) §4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o caput ou a não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.

Portanto, o pregão presencial só poderá ser realizado nos casos de comprovada inviabilidade de realização pela forma eletrônica. Veja-se o entendimento Corte de Contas da União a esse respeito:

> "(...) a utilização do pregão na forma presencial, sem que tenha havido demonstração da inviabilidade de utilização da forma eletrônica, não se conforma com o preceito contido no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005. A justificativa apresentada no Memorando nº 351/2010-CGA/SPOA/SE/MPA, de 7/4/2010 (dificuldade de remessa por meio magnético de pesados arquivos de "manuais e plantas croquis e demais documentos") não se revela satisfatória, tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de tecnologia da informação, conforme ponderou o Sr. Secretário". (Acórdão nº 1.099/2010, do Plenário do TCU)
>
> "(...)36. De outro lado, caso a Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Leverger opte pela realização de novo certame, deve adotar o pregão eletrônico e não o presencial, salvo comprovada falta de viabilidade de realização daquela primeira modalidade, nos termos do art. 4º do Decreto 5.450/2005". Processo TC nº 018.187/2017-0. Acórdão nº 2.034/2017 – Plenário. Relator: ministro Benjamin Zymler. (Acórdão nº 2.034/2017 – Plenário)

4. Vantagens e Desvantagens do Pregão Eletrônico

4.1. Vantagens

O Pregão tem por suas vantagens especialmente a celeridade do processo. Esta celeridade é possível, por exemplo, pela inversão de fases, pelo menor prazo recursal, pelo menor prazo de publicação, sendo que a forma eletrônica do Pregão pode ainda dar mais vantagens, tanto para a administração como para os fornecedores.

O pregão eletrônico surgiu em virtude da crescente evolução tecnológica mundial, representando, assim, um avanço nas formas licitatórias. Mantendo-se as premissas básicas do pregão presencial, foram acrescidos procedimentos específicos,

cuja interação é inteiramente processada pelo sistema eletrônico de comunicação utilizando-se a rede mundial de computadores.

O pregão eletrônico foi criado, buscando, basicamente, aumentar a quantidade de participantes e baratear o processo licitatório. Esse método visa ampliar a disputa licitatória, permitindo a participação de várias empresas de diversos estados, dispensando a presença dos contendentes, vez que a tecnologia da informação é uma ferramenta acessível e de baixo custo e que permite também a transparência do processo.

A transparência gerada pela tecnologia permitiu fácil acesso aos dados da Administração Pública pela população e aos órgãos de controle como o Tribunal de Contas, evitando aos órgãos contratantes e aos licitantes se corromper. Todos os atos administrativos da licitação são publicados no meio eletrônico.

Trata-se, assim, de uma modalidade ágil, transparente e que possibilita uma negociação eficaz entre os licitantes.

O pregão eletrônico, por conseguinte, vem sendo apontado como uma maneira mais dinâmica de se processar as aquisições de bens e contratações de serviços pela Administração Pública.

Além disso, considera-se que essa nova forma de gerir a política de compras dos governos pode servir para eliminar uma das preocupações mais gritantes da sociedade: a corrupção nos processos licitatórios.

Certo é que a maioria dos gestores públicos já adota essa modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços, classificados como comuns, haja vista tratar-se de uma modalidade licitatória que possivelmente garante mais celeridade, maior transparência, além de garantia de economicidade para os gestores públicos.

A instituição do Pregão coaduna-se com o nosso atual estágio legislativo, que vem consolidando uma mentalidade de probidade e responsabilidade nos gastos públicos, a exemplo da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, pugnando cada vez mais pela transparência na gestão da res publica (coisa pública), viabilizando instrumentos preservadores do interesse público e coletivo. Afinal, o pregão eletrônico proporciona a transparência, tão relevante nos dias atuais, já que como no pregão eletrônico o processo é feito todo pela internet, é possível acompanhar tudo de qualquer lugar, vez que os dados ficam disponíveis no site gerenciador, que no âmbito federal é o "Comprasnet".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como características básicas do pregão eletrônico, pode se apontar a ausência física do pregoeiro e da comissão de licitação, como também da sessão solene e ausência de envelopes de habilitação e propostas, bem como a inexistência de lances verbais, na forma que é conhecida no pregão presencial, entretanto, o edital segue a mesma disciplina dada ao pregão presencial.

A modalidade pregão possui ainda uma característica diferenciada em relação ao estabelecimento de valor para suas aquisições, como ocorrem nas demais modalidades instituídas pela Lei de Licitações. É que como já dito o pregão pode ser aplicado a qualquer valor estimado de contratação, de forma que constitui alternativa a todas as modalidades.

O Pregão Eletrônico representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com a agilização e simplificação do procedimento licitatório, através de uma inversão de fases que lhe propicia maior e mais efetiva funcionalidade. Isto, na medida em que faculta, a todos os participantes do certame, a oportunidade de ver examinada e discutida a sua proposta, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação.

O Pregão Eletrônico também é preponderante para o perfeito atendimento do princípio da economicidade, uma vez que viabiliza resultados satisfatórios, com uma redução significativa dos valores das ofertas, além de propiciar maior agilidade às contratações, que, em regra, ocorrem com maior celeridade por meio da utilização de seu rito procedimental menos burocratizado.

De acordo com Nóbrega (2001), a celeridade e a economicidade andam juntas, dessa forma quanto maior celeridade no processo licitatório maior a economia processual e consequentemente uma maior eficiência do processo.

A utilização dos meios eletrônicos possibilita um aumento no número de concorrentes, uma vez que empresas de diferentes regiões podem participar do certame. Soma-se a isso os benefícios da Lei Complementar 123/2006, atualizada pela Lei 174/2014, que proporciona às micro e pequenas empresas concorrer com empresas maiores, uma vez que podem dar lance menor, caso sua proposta seja até 5% acima da menor proposta, entre outros benefícios. O resultado, portanto, são ganhos para a Administração e ao mesmo tempo proporciona o desenvolvimento nacional, através do fomento da economia.

Com o aumento da competitividade entre os licitantes, resultante da disputa por lances sobre as propostas iniciais ofertadas e também com a possibilidade do pregoeiro poder negociar diretamente com os licitantes, tem-se a possibilidade de obter uma proposta ainda mais vantajosa para a Administração Pública.

Segundo Marçal Justen Filho (2013, p.20):

> "O pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8666. Em termos essenciais, as vantagens são (a) o potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório. Outras vantagens poderiam ser apontadas, tal como a redução de custos no pregão eletrônico (que dispensa a presença física e outras despesas) e a maior rapidez na conclusão do certame".

A respeito do impacto da utilização da modalidade de pregão eletrônico nas compras públicas, interessante se trazer os seguintes dados reproduzidos pelo próprio ministério do planejamento no ano de 2014, confira-se:

> "Em 2014, o pregão eletrônico respondeu por 60% das compras governamentais, com um gasto de R$ 7,6 bilhões, sendo empregado em 5,3 mil processos (16%). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 92% dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R$ 1,6 bilhão (17%). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 95%.
>
> Ressalta-se ainda que, na comparação entre os anos de 2013 e 2014, as licitações por meio do pregão eletrônico cresceram 17% em número de processos e 25% em valores monetários.
>
> (...) Nesse contexto, as informações apresentadas ratificam a importância dessa modalidade de contratação para a redução dos gastos públicos, além de proporcionar maior transparência, tendo em vista que todos os certames podem ser acompanhados em tempo real no Portal de Compras do Governo Federal (www.comprasnet.gov.br).
>
> (...)Analisando os gastos públicos segundo o porte, em 2014 as
>
> MPE forneceram bens e serviços da ordem de R$ 3,2 bilhões, ou seja, 25% do total dessas contratações. O resultado aponta um crescimento de 18% das MPE nas compras governamentais em 2014 em relação a 2013. (RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GERENCIAIS DE CONTRATAÇÕES E COMPRAS PÚBLICAS - DE JANEIRO A MARÇO DE 2014)".

Como pode ser visto, o pregão eletrônico é a modalidade licitatória mais utilizada para aquisições públicas, isso porque proporciona, através de suas inovações, um processo que permite uma economia de tempo e de dinheiro público e o respeito à transparência dos atos.

Fato é que o pregão eletrônico potencializa as vantagens existentes no pregão presencial, tornando mais eficiente o processo para a administração pública e para os fornecedores, e conferindo maior transparência para a sociedade.

Tanto é que, nos termos do que prevê o Decreto nº. 10.024/2019 (art. 1º, § 4º), o pregão presencial passa a ser a exceção, devendo ser adotado somente quando justificado e nos casos excepcionais.

No tocante ao Decreto Federal n. 10.024/2019, e ainda sem qualquer intenção de neste artigo se aprofundar no tema, importante se tecer na oportunidade alguns comentários. O Decreto em questão inaugura modelo de pregão eletrônico mais arrazoado e tende, nessa medida, a melhorar a percepção do mercado sobre a seriedade da disputa, o que deve atrair licitantes.

Dentre as novidades trazidas pelo Decreto Federal n. 10.024/2019, além da obrigatoriedade da utilização do pregão eletrônico para órgãos da administração pública federal direta, autárquica, fundacional e os fundos especiais, bem como para municípios, estados e Distrito Federal, quando utilizarem verba da união, como já dito no tópico anterior, lista-se ainda as seguintes: contratação de serviços comuns de engenharia; modos de disputa aberto e fechado; envio antecipado dos documentos de habilitação; obrigatoriedade da elaboração de estudo preliminar, que serve como base para o termo de referência; mudança do prazo para impugnação do edital; regra do orçamento sigiloso, sendo revelado apenas após a fase de lances; critério de desempate.

Deste modo, pode-se destacar as seguintes vantagens do pregão eletrônico: redução da formalidade e burocracia, minimizando o uso de papel, pois as propostas são enviadas e recebidas por meio da internet; simplificação das atividades do pregoeiro devido às facilidades oferecidas pela tecnologia da informação; incremento da competição e consequente redução do custo de aquisição ao ampliar a possibilidade de participação de um número maior de fornecedores; modernização e simplificação dos processos licitatórios, o que permite mais celeridade no processo aquisitivo; garantia de maior visibilidade no processo das contratações públicas, com a consequente facilidade para realização de controles internos e externos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segurança/sigilo nas informações; negociação sem interferência de concorrentes nas cotações; compra de grande volume de itens.

Por todo o exposto, o pregão eletrônico é sem dúvida a mais célere e econômica modalidade de licitação que possui a Administração, contribuindo demasiadamente para uma desburocratização do sistema e guardando uma relação intrínseca com o princípio da eficiência, constitucionalmente previsto.

4.2. Desvantagens

De início, insta esclarecer que não se tem muitos apontamentos, especialmente literários, que justifiquem as desvantagens na utilização do pregão eletrônico.

No tocante às desvantagens na utilização do pregão eletrônico podemos considerar a falha na conectividade, que acarreta quedas de conexão eletrônica.

Esclarece-se que o sistema de licitações na forma de pregão eletrônico é fornecido pelo provedor "Comprasnet", disponibilizado para a Administração Pública sem nenhum ônus para o Estado.

E considerando que se trata de recursos tecnológicos é possível a ocorrência de falhas. Em que pese as falhas nas conexões ocorram atualmente em menor escala, especialmente em decorrência do avanço das tecnologias da informação, elas ainda existem.

Ademais, podemos destacar, ainda, problemas de logística que poderão acarretar em atrasos na entrega dos produtos ou serviços e, até mesmo, em desabastecimento para a administração, pois por envolver empresas de todo o território nacional é possível, por exemplo, a demora na entrega dos produtos daquelas que apresentaram menores preços no decorrer da execução do contrato. Trata-se de prejuízos de cunho administrativo e operacional para a administração, vez que poderá haver uma lacuna temporal para que os materiais ou serviços solicitados sejam entregues ou disponibilizados ao gestor, apesar da previsão para entrega estar estipulada no contrato.

Podemos citar também que face a impessoalidade gerada em virtude principalmente da comunicação ser feita apenas no meio eletrônico, alguns fornecedores ou prestadores de serviço, não conseguem manter a qualidade dos bens e serviços, em virtude de se adquirir o bem ou serviço comum o mais rápido possível, não se analisa com a devida atenção, seja por falta de tempo ou por erro na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

especificação do produto ou serviço, gerando alguns transtornos para o órgão promotor da licitação.

Além disso, há autores que contestam os benefícios da inversão de fases e a veem como viés de burlar e direcionar o processo licitatório.

Para Scarpinella (2002, p. 121): a inversão de fases é (...) "a perda na transparência do procedimento, uma vez que o condutor da licitação tenderia a ser mais flexível na análise dos documentos habilitatórios do proponente que sabidamente apresenta oferta favorável à Administração Pública. Ou de outra parte, mais rígido no caso de a proposta classificada em primeiro lugar consignar preço consideravelmente reduzido, tornando a proposta inexequível."

De modo que, há posicionamentos que enxergam na inversão das fases uma possibilidade de benefício das empresas a critério do que o pregoeiro julgar mais conveniente.

Outro ponto que pode ser questionado nas características do pregão é a questão da economia. Para Santana (2008, p.35), a economicidade do procedimento licitatório na modalidade pregão é questionável "... propaga-se inadvertidamente que a maior vantagem do pregão, seja ele presencial ou eletrônico, é de cunho econômico. Não é bem assim". Para justificar tal afirmação, o autor afirma que se o valor orçado pela Administração for uma estimativa irreal, a redução obtida, não refletirá a economia anunciada, pois os valores iniciais estarão acima dos preços praticados pelo mercado.

No momento da pesquisa de preços para a realização da estimativa, as empresas consultadas, com frequência, inflacionam seus preços para os produtos que serão objeto de futura contratação, por isso é preciso muita cautela na formação da estimativa de preço que será utilizada no processo.

Há também quem defenda a tese de que pode ser considerada uma desvantagem da modalidade pregão a limitação aos tipos de bens e serviços que são permitidos na aquisição da modalidade pregão, já que somente é permitida a aquisição de bens e serviços comuns.

Desta monta, ante o exposto, podemos listar as seguintes desvantagens do Pregão Eletrônico: muitas vezes não há entrega dos produtos no prazo estabelecido no edital, em razão da distância entre as empresas, todo processo necessita de internet de boa qualidade (pois alguns municípios ainda possuem internet lenta e instável); atualização de sistemas; licitações desertas ou fracassadas com problemas no abastecimento das instituições licitantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Posto isso, nota-se que as desvantagens não são de grande expressão, podendo ser entendidas, muitas vezes, como meras inconveniências e contratempos a serem solucionados.

5. Considerações Finais

O processo licitatório é obrigatório, conforme art. 37 da CF/88 regulamentado pela lei n° 8.666/93, e tem como objetivo ter a proposta mais vantajosa à administração, sendo isso possibilitado em razão da ampla competitividade entre os licitantes. A licitação permite que os entes públicos contratem fornecedores que tenham as condições que satisfaçam as necessidades do interesse público. Desta forma, tudo é levado em consideração, desde a capacidade técnica da empresa, a análise financeira da empresa, a qualidade do produto licitado e, também o valor.

O pregão é um aprimoramento das demais modalidades de licitação, com a inversão das fases do processo licitatório trouxe a possibilidade da aquisição de bens e serviços comuns através de lances sucessivos, tornando o processo mais rápido, gerando, inclusive, maior economia aos cofres públicos.

Fato é que, os avanços tecnológicos dos últimos anos, como a internet, alteraram os modelos de negócios existentes. O pregão, em especial, o eletrônico, possibilitou a adequação da Administração Pública a esse novo contexto permitindo aquisições menos burocráticas que as demais modalidades da Lei 8.666/93. Sendo uma modalidade que transformou as licitações públicas, pois trouxe inovações que proporcionaram celeridade ao processo com a inversão das fases e a consequente habilitação apenas do licitante classificado em primeiro lugar, e, também com a fase de recursos que trouxe maior agilidade ao processo.

Ademais, o pregão, especialmente na sua forma eletrônica, proporcionou à licitantes de todas as regiões do país a participação em processos licitatórios, ampliando a competitividade e expandido a oportunidade para maior participação de empresas nestes processos.

Além do incremento da competitividade, o pregão oferece maior transparência, pois qualquer cidadão pode averiguar os processos, basta ter acesso à internet.

Outro fator de destaque no pregão é a economia gerada ao erário público, pois através dos lances, é possível adquirir produtos ou serviços de qualidade por preços vantajosos para a administração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De forma geral, o pregão eletrônico constitui-se em um importante instrumento de fortalecimento dos princípios e valores constantes na Constituição Federal e demais Leis que objetivam o controle de todos os processos licitatórios.

Assim, entende-se que as vantagens do pregão, especialmente na sua modalidade eletrônica, superam em muito as suas desvantagens, que, inclusive, podem ser até mesmo estendidas como meras inconveniências e contratempos a serem solucionados. Trata-se, portanto, da melhor maneira para a Administração Pública realizar contratações, já que se baliza sempre pelos princípios constitucionais que regem toda a administração, buscando alcançar sempre a proposta mais vantajosa para a administração, sem se esquecer da busca por produtos e serviços de qualidade.

6. Referências

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

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.

Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, e dá outras providencias. Disponível em: www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/ Decreto/ D5504. htm .

Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. Ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

FONSECA, M.A.R; PREGÃO ELETRÔNICO: uma análise de sua evolução histórico legislativa e das inovações decorrentes do Decreto nº 5.450/2005. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19827-19828-1-PB.pdf >

NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico: De Acordo com o Decreto 5.450/05. Curitiba, Zênite Editora, 2005.

MELO, L.C.R.O. O pregão eletrônico como inovação tecnológica relevante para a eficácia da gestão pública.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade de pregão. 1. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registros de preços e pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Site TCU: http://www.tcu.gov.br

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Comentários à legislação do Pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2009.

PESTANA, Márcio. Licitações públicas no Brasil: Exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Volnei Moreira dos, A lei do pregão no município: uma visão prática e operacional / Volnei Moreira dos Santos. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008 232p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. rev e atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.** 5. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOTAS:

[1] Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Civil e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós Graduada lato sensu - Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para Ensino

no Magistério Superior, Pós Graduada lato sensu - MBA Profissional em Comportamento Organizacional, Pós Graduada Lato Sensu em Gestão Estratégica, Inovação e Conhecimento;

[2] Advogado Público. Graduação - Universidade Federal de Santa Maria. Pós graduação - Direito Civil UFRGS e pós graduação direito público - faculdade anhanguera.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO MATERIAL

DREISSON FLORÊNCIO DE OLIVEIRA: Universidade Brasil, campus de Fernandópolis-SP

Artigo científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Dr(a). EDA LECI HONORATO SEIKE e Prof. Dr(a) JANAÍNA GUIMARÃES MANSÍLIA.

RESUMO: Com a evolução da Sociedade moderna e o crescimento da desigualdade social, embora as diferenças entre as classes vem diminuindo gradativamente conforme o decorrer dos anos, práticas e delitos de menor expressão sempre foram registrados e tratados com maior rigor perante a sociedade da época , já que sobre esses pequenos atos não existia nenhuma previsão legal ou princípios jurisdicionais para repreender a pratica de uma forma proporcional a conduta praticada.Tratando assim, pequenos delitos banais com o mesmo vigor de atos mais lesivos.Com sua origem após a Segunda Guerra Mundial, tomando grande repercussão na Europa o Princípio da Insignificância ou Bagatela, tem o objetivo de respaldar crimes de pequena monta e delitos patrimoniais de mínimas importâncias, não com a intenção torná-los isentos de sansões penais, mas que sejam tratados de um modo justo e proporcional. Hoje, mais ampliado e debatido o referido princípio se encontra de fundamental importância para desafogar o sistema judiciário Brasileiro, auxiliando em processos de menor expressão.

Palavras-Chave: Direito Penal; Princípio da insignificância; Bagatela; Delitos; Aplicação.

ABSTRACT: With the evolution of modern society and the growth of social inequality, although the differences between classes have been gradually decreasing over the years, practices and crimes of lesser expression have always been recorded and treated with greater rigor before society at the time, since there were no legal provisions or jurisdictional principles to reproach the practice in a way proportional to the conduct practiced. repercussion in Europe the Principle of Insignificance or Trifle, aims to support minor crimes and property crimes of minimal importance, not with the intention of making them exempt from penal sanctions, but that are treated in a fair and proportionate manner. Today, more widely and debated this principle is of fundamental importance to relieve the Brazilian judicial system, assisting in cases of lesser expression.

Keywords: Criminal Law; Principle of insignificance; Trifle; Offenses; Application.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.ASPECTOS HISTÓRICOS. 2.1. Origem. 2.2. Princípio da Insignificância conceituado pela doutrina brasileira. 2.3. Fundamentos do Princípio da Insignificância. 3. DA TIPICIDADE MATERIAL E FORMAL. 3.1. Fato típico. 3.2. Tipicidade formal. 3.3. Tipicidade material. 4. APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA NSIGNIFICANCIA NO DIREITO. 4.1. Direito Ambiental. 4.2. Crimes Contra a Administração Publica. 4.3. No Furto e Roubo. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERENCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios dos tempos há o cometimento de crimes, sejam eles bárbaros ou apenas pequenos delitos. Por tempos, tais crimes não tinham nenhuma classificação ou grau de aplicabilidade de penas a serem impostas, ou seja, uma pessoa que praticava um delito de forma mais gravosa a outra, ou, a algum bem jurídico, era tratada de forma equiparada a um agente que praticava ato de menor potencial ofensivo, ocorrendo assim penas totalmente desproporcionais aos atos ilícitos praticados pelo autor.

Quando se toma o conhecimento de determinados fatos que não coadunam com o nosso senso de Justiça como nos casos de pessoas que foram presas em flagrante delito furtando um produto de pequeno valor no supermercado para se alimentar. O direito penal não visa atingir essas pessoas, mas alguns operadores do direito, movidos por concepções do Positivismo, que segundo essa corrente de pensamento, os requisitos para verificar se a norma tem que ser aplicada ou não, é somente a forma formal da lei, independente de análise das circunstancias ao redor do fato como a moral e a ética, terminam por esquecer-se de regras básicas do Direito e aplicam a mesma solução jurídica de casos mais complexos em desfavor destes de menor potencial, que poderiam ser resolvidos facilmente se levada em consideração os fatores causadores e a conclusão do ato praticado por alguém.

É preciso analisar severamente a hermenêutica penal, para não ocorrer tais deslizes de interpretação e aplicação da lei, tornando assim um ordenamento jurídico mais prático como um todo. Tendo em vista não somente a modernização do mesmo, mas também quanto a vertente do desafogamento carcerário brasileiro, que a cada ano registra crescimento no número de presos. A aplicação deste princípio permitirá a solução em concreto de delitos capitais em tempo hábil, não necessitando assim, em regra, de cumprimento de pena em regime carcerário. Todo esse desvio poderia ser minimizado com a aplicação direta do Princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Insignificância, excluindo desde logo a tipicidade do fato em razão das circunstâncias ali expostas, acelerando a sistemática processual penal brasileira.

Foi utilizado o método de pesquisa exploratória para a realização do presente artigo, visando descrever a aplicabilidade da Lei em casos distintos, dos quais serão analisados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, jurisprudências e estudos de doutrinadores.

Trazendo através das pesquisas que aqui serão elaboradas, hipóteses de aplicação da lei penal em casos diversos. Buscando dar o conhecimento da matéria e livre convencimento para opiniões diversas.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

2.1. Origem

O princípio da insignificância tem sua origem do Direito Romano, a qual foi reformulada no sistema penal pelo grandioso penalista alemão Claus Roxin, na Alemanha, em meados do ano de 1964. Instituído na proposição minimis non curat praetor, em outras palavras, quando a lesão é insignificante, não há necessidade de aplicação de uma pena, pois não se trata de um fato punível.

Indícios mostram que em 1903, outro penalista famoso, Franz Von Liszt já falava sobre a máxima mínima *non curat pretor* como lei. Podemos afirmar que o seu intuito era impedir o desenvolvimento do Direito Penal de forma anárquica, mas na época em questão, o principal objetivo era que o magistrado agisse com depreciação aos casos insignificantes, afim de atentar-se aos casos graves; tal pensamento é atemporal, a forma mais benéfica para a execução da celeridade e alivio do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora, como já citado anteriormente, Franz Von Liszt tenha sido o primeiro a identificar a necessidade em questão, foi Claus Roxin o responsável pela estruturação do princípio da insignificância na esfera penal, também conhecido como princípio da Bagatela, fito aos delitos infinitesimais.

Ainda que, o princípio da insignificância não esteja expressamente previsto no código penal brasileiro, houve grande aceitação por parte da doutrina e jurisprudência, que vem entendendo a adução de crime em casos onde de fato houve uma ameaça ou lesão relevante ao bem jurídico tutelado.

2.2 Princípio da Insignificância conceituado pela doutrina brasileira:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como já citado anteriormente, o princípio da insignificância não possui previsão expressa no código penal brasileiro quanto ao seu conceito, mas podemos encontrar referido princípio conceituado pela doutrina brasileira. Sobre isso explana Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2011, p.99:

> A conceituação de tal princípio efetivamente não se encontra na dogmática jurídica, pois nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define ou acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação e das leis e geral. É a criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.

O conceito do princípio da insignificância nas palavras de Igor Luis, 2012, p.197:

> O princípio da insignificância determina que haja extensiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, para que uma conduta seja considerada materialmente típica. A insignificância do fato perpetrado acarreta na exclusão da tipicidade.

Já para Luiz Flávio Gomes, 2013, p.19 seria:

> A infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Todavia, o professor Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.51), diz sobre a cautela quanto aos bens jurídicos atingidos e critérios em relação ao grau de sua intensidade:

> [...] a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo. Dessa forma, tem-se em conta que "a irrelevância *ou* insignificância de determinada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conduta deve ser aferida não apenas em relação a importância do bem juridicamente atingido, mas espacialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.

De maneira resumida, é correto afirmar que o princípio da insignificância tem o desígnio de acorrer à sistemática penal quanto às condutas que apresentam minúsculo potencial ofensivo, casos irrelevantes, que não fazem jus a brandura para a qual o Direito Penal foi criado. Entretanto, devemos analisar sempre com a máxima cautela, para que não haja ofensa da materialidade criminal e aferir com segurança e substância que se espera do Direito.

No referido principio podemos notar que o bem tutelado pela doutrina e jurisprudências (que a seguir serão expostas), é a proteção de um bem patrimonial com uma visão social e não se trata de proteção a vida existencial das pessoas, por esse motivo é possível a sua aplicação em casos que concordam com os requisitos aqui expostos nesse capitulo.

2.3. Fundamentos do princípio da insignificância

O Princípio da Insignificância é composto por princípios já expressos no dispositivo brasileiro, sendo eles:

Princípio da Igualdade, que não fundamenta somente a matéria aqui tratada, mas todo o ornamento jurídico com a afirmação de que "*todos somos iguais perante a lei*". Analisando de uma forma social, é um meio de dar igualdade de gênero e social entre todas as pessoas.

Principio da Liberdade, previsto na Constituição Federal, sendo inerentes aos cidadãos. É um direito fundamental, que consiste em limitar o poder do Estado frente à vida privada.

Bem como o princípio da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico, qual prevê somente o bem jurídico tutelado pelo direito penal, independentemente de quais sejam os bens fundamentais. Outro princípio muito importante para a sua formação é o da Fragmentariedade, dos quais somente os bens jurídicos vultosos são protegidos e resguardados de ataques violentos.

3. DA TIPICIDADE MATERIAL E FORMAL

3.1. Fato Típico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para que surja a possibilidade de interposição de sansão penal é mister que o sujeito ativo seja culpado dos atos praticados por ele, compondo assim um fato típico e ilícito.

Podemos classificar como o primeiro elemento ou requisito do crime. Tendo como elementos: a conduta, o resultado, o nexo causal entre a conduta e o resultado e a tipicidade. Na falta de qualquer um destes elementos, o fato passa a ser atípico e, por conseguinte, não há crime.

O fato típico se define da conduta exercida pela pessoa humana e do evento que, ligados ao nexo causalidade, recebe uma natureza de conduta punível quando perfeitamente ligados ao modelo já previsto em lei, pois não há crime sem lei anterior que o defina.

3.2. Tipicidade Formal

A Tipicidade Formal como a subsunção de um ato praticado pela conduta humana ao ato penal, ou seja, aquele ato praticado é previsto no código penal e sua conduta está totalmente em acordo.

Um exemplo prático é o crime de furto, artigo 155do Código Penal que atribui pena a quem subtrair coisa alheia móvel. Então o simples fato de alguém subtrair um celular ou outro objeto, já se adéqua automaticamente ao crime de furto fazendo assim jus a formalidade da tipicidade.

3.3. Tipicidade Material

Por outro lado, existe uma segunda análise sobre o tema abordado que é a Tipicidade Material, que analisa a relevância da ofensa praticada ao bem jurídico.

Caso essa ofensa seja mínima é possível o afastamento da Tipicidade Formal no caso em concreto, conseqüentemente afastando assim a tipicidade do delito. Em pequenas infrações, não havendo a lesão real do bem jurídico tutelado penalmente, oportuniza a aplicação do princípio da insignificância o que possibilita a aplicação do princípio da bagatela em pequenas infrações patrimoniais é a falta da lesão real do bem jurídico penalmente tutelado, que culmina na atipicidade material do mesmo. Segundo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, 2012, p.106:

> O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio

> e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal.

Uma das formas de afastamento da tipicidade é justamente a aplicação do princípio da insignificância que será disposto neste artigo no capítulo a seguir.

4. APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Direito Ambiental

A Lei 9605/1998 que dispões sobre as sanções penais relativas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Existe uma corrente de pensamento que diz não ser possível a aplicação do Principio de Bagatela em crime de cunho ambiental, pois segundo essa linha de raciocínio qualquer dano à natureza é quase impossível restabelecê-la ao seu estado anterior, gerando assim traumas, desequilibrando diretamente ou indiretamente o ecossistema.

Porem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da possibilidade de aplicação do referido principio:

> HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI N. 9.605/98. AUSÊNCIA DE DANO AO MEIO AMBIENTE. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. TRANCAMENTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese em que, com os acusados do crime de pesca em local interditado pelo órgão competente, não foi apreendido qualquer espécie de pescado, não havendo notícia de dano provocado ao meio-ambiente, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante. 3. Embora a conduta dos pacientes se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa decisão favorável do Supremo Tribunal Federal abre portas para a possibilidade da aplicação do princípio disposto. Entretanto, cada caso devera ser analisado minuciosamente, visando os pressupostos que o mesmo exige, sendo eles; Mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4.2. Crime Contra a Administração Publica

Já foi exposto o referido princípio em diversas infrações penais. A causa excludente da tipicidade tem sido recorrente aplicada pelos tribunais superiores em diversas situações nas quais estejam reunidos os quatro atributos mínimos para a aplicação do princípio de bagatela (Mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada).

No âmbito dos crimes contra a administração pública, encontramos a seguinte classificação pelo jurista Pedro Lenza, 2011, p.706:

> [...] Só podem ser praticados de forma direta por funcionário público, daí serem chamados de crimes funcionais. "Dentro da classificação geral dos delitos, os crimes funcionais estão inseridos na categoria dos crimes próprios, porque a lei exige uma característica específica no sujeito ativo, ou seja, ser funcionário público.

A orientação majoritária dos tribunais superiores são no sentido de que não cabe a aplicação do principio que aqui vem sendo explanado, justamente porque nesses casos não esta em pauta a lesão provocada por um agente, mas sim a credibilidade do sistema publico, que por meio de seus funcionários que deveriam ser exemplos de honestidade pois desenvolvem um trabalho de muita honra se deixam levar e praticam crimes se aproveitando da sua função de agente publico.

Não obstante algumas decisões isoladas, como a qual o Supremo Tribunal Federal se posicionou favorável para a aplicação do principio de bagatela, em um caso de peculato que o agente publico subtraiu um farol de milha de uma motocicleta apreendida HC112.388/SP,14/09/12:

> AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente.

> Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.

Agora, para acabar de vez com qualquer duvida ou pensamento contrario, o STJ editou a sumula de numero 599, que orienta os magistrados com a seguinte fala: "O Principio da Insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Publica".

Uma Sumula pequena em comparação com outras que tratam de assuntos diversos, porem com uma linguagem simples e direta vem com um peso enorme, pois visa à proteção da moralidade do estado, que não pode deixar sua reputação ser abalada por delitos praticados por seus agentes em serviço.

4.3 No Furto e Roubo

O crime de furto se encontra descrito no Código Penal no artigo 155, é descrito como subtração, ou seja, é a diminuição do patrimônio de alguém sem o emprego de violência ou grave ameaça, tem sua pena de 1 à 4 anos e multa, podendo ser aumentada a pena caso o ato seja praticado durante repouso noturno.

Definido assim pelo doutrinador Pedro Lenza, 2011, p.306: "Como no crime de furto ocorre uma subtração pura e simples de bens alheios, pode-se concluir que se trata de delito que afeta apenas o patrimônio e, eventualmente, a posse. Trata-se de crime simples."

O código também descreve a partir do §4º (parágrafo quatro) o furto qualificado, descrito desta forma, pois as penas aqui são mais rigorosas em razão das condições do crime, como destruição de fachada, abuso de confiança, emprego de chave falsa e (ou) concurso de duas ou mais pessoas. Sua pena máxima pode alcançar 10 anos e multa.

Pode-se analisar posições divergentes em um mesmo tipo de crime, neste caso o furto simples:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> PARTICULARIDADES QUE RECOMENDAM A APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável. 2. No caso em apreço, o furto recaiu sobre seis lâmpadas usadas que custam em torno de R$ 8,00 a R$ 20,00 cada, situação que se enquadra dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de outros procedimentos criminais contra o recorrido pela prática do crime de furto, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.

Segundo as orientações dadas pelo Supremo Tribunal Federal, para aplicação do beneficio é necessário averiguar cada caso, a fim de reunir os elementos necessários para a sua concessão. Exatamente por isso que não podemos afirmar com total certeza a posição majoritária, porem nos casos de furto há um numero elevado de posições favoráveis.

Por outro lado, o crime de furto qualificado tem a sua jurisprudência com uma ênfase maior em favor de negá-lo. Pela razão do não cumprimento dos requisitos aqui já expostos em capítulos anteriores, com um valor especial na condição de reprovabilidade da conduta do(s) agente(s).

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ARROMBAMENTO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Segundo as instâncias ordinárias, o delito de furto qualificado foi perpetrado durante a madrugada e mediante arrombamento. Conforme a jurisprudência desta Corte, "[a] prática do ato infracional análogo ao crime de furto qualificado pela escalada, arrombamento, rompimento de obstáculo ou concurso de agentes, indica a especial reprovabilidade do comportamento e afasta a aplicação do princípio da insignificância"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O roubo é mais grave, descrito no artigo 157 como subtração mediante violência ou grave ameaça, sua pena pode chegar até 10 anos e multa, dependendo da forma que for praticado o ato. A lei prevê aumento de pena em casos como; utilização de arma de fogo, restrição de liberdade da vitima, auxilia de duas ou mais pessoas, entre outros.

> HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LESÃO AO PATRIMÔNIO E À INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Como é cediço, o crime de roubo visa proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física e a liberdade do indivíduo. Deste modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da vítima do roubo. Não se aplica o beneficio em crimes de roubo, ainda que o valor seja pequeno, em razão da violência ou grave ameaça da conduta praticada pelo agente causador. A tutela não vida somente o patrimônio propriamente dito, mas também a integridade física da vítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, com base no presente artigo, que a doutrina e jurisprudência pátrias admitem a aplicação do principio que aqui foi estudado, tendo como base o Direito Penal Mínimo, considerando assim como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal, sob uma ótica material.

Destarte, quando a conduta se encaixar no fato típico, possuindo mínima ofensividade, ou periculosidade na ação, considerando o reduzido grau de reprovabilidade social e tendo uma lesão mínima, tal fato será tido como atípico, não cabendo nenhum tipo de pena ao agente causador.

O Direito Penal contemporâneo, caracterizado pela subsidirariedade e fragmentariedade do mesmo, e amparado pelo principio da insignificância, vem para limitar a tipificação penal desenfreada, reforçando assim a proporcionalidade e o ideal social de justiça.

A atual concepção de tipicidade é o fruto da evolução da política criminal e até da própria sociedade, já que o direito deve sempre acompanhar o desenvolvimento social e ir atualizando o seu ornamento. Além da subsunção do fato à descrição legal e abstrata de uma conduta criminosa, para que seja típico, o fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concreto tem que lesar de forma grave e contundente um interesse digno de tutela penal.

Não se justifica a penalização de determinadas condutas de pequena relevância social e o aumento de penas visando combater a violência e conter índices de ocorrências de crimes, tal justificativa somente sobrecarrega o nosso judiciário, aumenta os gastos anuais e também muito possivelmente aumenta o índice carcerário nacional.

Quando há a caracterização da insignificância, não podemos justificar a intervenção estatal. O Direito Penal é uma norma subsidiaria, ou seja, apenas quando os outros ramos do direito se esgotam ou não oferecem a devida proteção é quando devemos evocar a norma penal.

Para que exista o Estado Democrático de Direito, se faz necessária a prevalência de um direito penal mínimo, que sirva de prevenção e garantia da ordem social. A impunidade e violência não decorrem de atos insignificantes, mas do despreparo da máquina estatal em não contem a criminalidade, de tal forma que pessoas menos favorecidas sofrem a cada dia mais sem o amparo necessário.

Obviamente o objetivo do artigo não é imunizar todas as condutas criminosas praticadas, mas sim trazer a tona uma conscientização embasados na norma penal de que os "pesos e as medidas" devem ser calculados de uma forma digna e ampla. O direito visa a harmonia social e a justiça igualitária, e não apenas justificar a atividade jurisdicional do Estado.

O presente artigo cientifico teve foco, expor um dos princípios fundamentais do direito penal brasileiro, com o intuito de demonstrar a sua aplicabilidade e revelar que nem sempre a norma penal deve ser cumprida a risca em casos diversos.

6. REFERENCIAS

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Principio da Insignificância- **Habeas Corpus**: n°143208 SC 2009/0144855-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI,data de julgamento:25 de maio de 2010.Diário Oficial de Brasília 14 de junho de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14467451/habeas-corpus-hc-143208-sc-2009-0144855-4/inteiro-teor-14467452?ref=juris-tabs, acesso em 15/06/2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Principio da Insignificância- **Habeas Corpus**: n° 453541 SC 2018/0136323-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, data de julgamento 16 de agosto de 2018,Diário Oficial disponível em:23 de agosto de 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617560022/habeas-corpus-hc-453541-sc-2018-0136323-4, acesso em:19/06/2020

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Principio da Insignificância- **Habeas Corpus**: n° HC: 96671 MG, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 31 de marco de 2009. Diário Oficial: 23 de abril de 2009, disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613614/habeas-corpus-hc-96671-mg/inteiro-teor-101498242?ref=juris-tabs, acesso em: 10/06/2020

CÂNDIDO, Cristina. **Aplicação do Principio da Insignificancia nos crimes contra a fauna** previstos na Lei n9.605.1.ed. - São Paulo, Editora Baraúna 2015.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal parte** Geral,23 edição 2019,São Pulo.Editora Saraiva,2019.

CÂNDIDO, Cristina. **Aplicação do Principio da Insignificancia nos crimes contra a fauna previstos na Lei n9.605/98**-1.ed. São Paulo, Editora Baraúna, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Rios. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral.1.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Alexandre. **O Direito de Punir**, Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1931/O-Direito-de-punir Acesso em: 16/03/2020

GONÇALVES, Victor. Curso de **Direito Penal Parte Geral**, 2.ed. São Pulo,Editora Saraiva 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**: análise a luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.053/97, Código de Transito Brasileiro e da jurisprudência atual. 2ª edição. São Paulo,Revista dos Tribunais 2000.

MINAS GENAIS, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Principio da Insignificância **AgRg no AREsp**: 1634953 MG 2019/0374343-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,data de julgamento 19 de maio de 2020.Diário Oficial: dia 27 de maio de 2020. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855191677/agravo-

regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1634953-mg-2019-0374343-1?ref=serp , acesso em 18/06/2020

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**.1.ed. Salvador, Editora Jus Podivm 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERSPECTIVAS LEGAIS DE UM SISTEMA DE ÁREAS MUNICIPAIS PROTEGIDAS EM BELO HORIZONTE – MG: BREVE CENÁRIO DOS CONTEXTOS ECOLÓGICOS ATUALMENTE ESTABELECIDOS

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitordo XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: O presente trabalho dedica-se a apresentar esboços que conduzam a uma contextualização cultural/ecológica das unidades de conservação públicas e privadas da cidade de Belo Horizonte – Minas Gerais com intuito de apresentar um breve panorama histórico com perspectivas atuais e cenários legais que fomentem e fundamentem a consolidação das mesmas. A capital mineira dispõe de mais de cem unidades de conservação de diferentes tipologias e modalidades, geridas pelo poder público e/ou pela iniciativa privada com distintas situações e realidades. O estudo evidencia que apesar do contexto sugerir uma quantidade significativa, a cidade precisa efetivar a conservação da biodiversidade, pois parte das mesmas, foram revogadas, algumas não implantadas nos bairros e grade parte permanece apenas no papel. Assim, a ampliação das áreas existentes e a criação de novos espaços deve ser somada aos esforços coletivos para implantar aquelas que ainda não se concretizaram. O estudo perpassa Sistema Municipal de Áreas Protegidas de Belo Horizonte pelas áreas administrativas, que somam nove, dimensionado a localização geográfica, explicitando nomes dos parques consolidados com área perimetral. Por fim, conclui-se que as áreas protegidas, para além de sua importância cultural, efetivam a preservação de mosaicos inerentes à geologia, geomorfologia, biogeografia, climatologia, e recursos hídricos. A preservação, em especial, dos corpos d'água se dará por meio de meios legais de criação de novas unidades de conservação, que protejam as últimas áreas verdes nas duas bacias da capital.
PALAVRAS CHAVE: Áreas Protegidas, Iniciativa Privada, Parques Urbanos, Poder Público, Unidades de Conservação.

ABSTRACT: This work is dedicated to presenting sketches that lead to a cultural / ecological contextualization of public and private conservation units in the city of Belo Horizonte - Minas Gerais in order to present a brief historical overview with

current perspectives and legal scenarios that foster and support their consolidation. The capital of Minas Gerais has over one hundred conservation units of different types and modalities, managed by the government and / or by the private sector with different situations and realities. The study shows that despite the context suggesting a significant amount, the city needs to effect the conservation of biodiversity, since part of them have been revoked, some not implemented in the neighborhoods and most of them remain only on paper. Thus, the expansion of existing areas and the creation of new spaces must be added to the collective efforts to implement those that have not yet materialized. The study runs through the Municipal System of Protected Areas of Belo Horizonte through the administrative areas, which add up to nine, dimensioning the geographical location, explaining the names of the consolidated parks with perimeter area. Finally, it is concluded that the protected areas, in addition to their cultural importance, effect the preservation of mosaics inherent to geology, geomorphology, biogeography, climatology, and water resources. The preservation, in particular, of the bodies of water will take place through legal means of creating new conservation units, which protect the last green areas in the two basins of the capital.
KEY WORDS: Protected Areas, Private Initiative, Urban Parks, Public Power, Conservation Units.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Estado de Minas Gerais se destaca no cenário nacional em número de unidades de conservação, tanto público, quanto privadas. Um bom exemplo são os mais de quarenta parques estaduais: Alto Cariri, Boa Esperança, Caminho dos Gerais, Campos Altos, Cerca Grande, Fazenda Bonsucesso (Bosque Modelo), Fernão Dias, Grão Mogol, Lagoa do Cajueiro, Lapa Grande, Manancial de Montezuma, Mata da Baleia, Mata do Limoeiro, Mata Seca, Nova Baden, Ouro Branco, Pau Furado, Pedra Misteriosa, Pico do Itambé, Presidente Wenceslau Brás, Rio Corrente, Rio Doce, Rio Paracatu, Rio Preto, Rola-Moça, Serra dos Cocais, Serra da Candonga, Serra das Araras, Serra do Botumirim, Serra do Brigadeiro, Serra do Cabral, Serra do Ibitipoca, Serra do Intendente, Serra do Itacolomi, Serra do Papagaio, Serra do Sobrado, Serra Negra, Serra da Mantiqueira, Serra Nova e Talhado, Serra Verde, Sertão de Sagarana,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sete Salões, Vale do Sumidouro, Verde Grande, Veredas do Peruaçu e Vila Biribiri, sem citar as demais modalidades e tipologias conservacionistas. Mas muitos deles, embora legalmente criados, estão há décadas, sem implantação e funcionamento. Assim tem-se que avançar em termos de manejo de recursos naturais e conservação da biodiversidade desenhando novos horizontes culturais e ecológicos. O quadro estadual é o mesmo nos diferentes 853 contextos municipais das Minas Gerais. Assim, as unidades de conservação da cidade de Belo Horizonte, a capital do Estado são importantes recortes espaciais que preservam informações sobre Biogeografia, Climatologia, Geologia, Geomorfologia, Hidrologia e Pedologia.

Presentemente, Belo Horizonte resguarda parte insuficiente de seus ambientes naturais e, assim como acontece em toda a região metropolitana, ampla parcela da cobertura vegetal original foi extensamente transformada pelas mais diversas ações do ser humano. Com o aumento industrial, existe uma enorme deterioração na qualidade do ar nos últimos anos. A Região Metropolitana de Belo Horizonte é a maior emissora de ozônio no Brasil, conforme investigação divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Enquanto o modelo do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é de emissão de 160 mg/m³ por ano, e o da capital mineira é de 300 mg/m³, superando São Paulo, cujo índice é 279 mg/m³. O desmatamento coopera com a extermínio dos remanescentes florestais do Cerrado e da Mata Atlântica em bairros da capital mineira e entorno. Esses relevantes biomas eram a paisagem pretérita mais comum, onde a urbe está situada, antes da mudança da capital. Contudo, num contexto de contínua urbanização e impermeabilização do solo, ainda há muitas unidades de conservação, tanto públicas, quanto privadas. Assim, o poder público local instituiu a Lei nº 10.879, em 27 de novembro de 2015, que por sua vez, constituiu o Sistema Municipal de Áreas Protegidas de Belo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Horizonte. Este sistema denominado pela sigla SMAP-BH1, passou a ser legalmente formado pelo conjunto das áreas verdes protegidas do Município. Inicialmente, a lei definiu dez conceitos relevantes sobre a questão:

> I - áreas verdes protegidas: espaços territoriais do Município e seus recursos ambientais, legalmente instituídos, de propriedade pública ou privada, com características de relevante valor ambiental, destinados à conservação da natureza, à melhoria da qualidade de vida urbana ou ao uso público, com objetivos e limites definidos e sob condições especiais de administração e uso;
> II - áreas públicas: são aquelas compostas pelos parques, praças, jardins, áreas de complemento urbano, espaços livres de uso público, monumentos naturais e reservas biológicas, entre outras áreas verdes públicas localizadas no Município e classificadas conforme o regulamento desta lei;
> III - áreas privadas: são aquelas constituídas pelas Reservas Particulares Ecológicas, instituídas em conformidade com a Lei Municipal nº 6.314, de 12 de janeiro de 19932;
> IV - conservação da natureza: o manejo dos recursos ambientais, compreendendo a preservação, a manutenção, a restauração e a recuperação do ambiente natural;

---

1 Art. 3º O SMAP-BH tem como escopo identificar, classificar e preservar as áreas verdes protegidas do Município, buscando uma melhor gestão do patrimônio ambiental por elas constituído.

Art. 4º O SMAP-BH buscará as melhores práticas de preservação das áreas verdes protegidas do Município, baseando-se nas seguintes ações: I - planejamento; II - ampliação; III - manejo; IV - gerenciamento; V - definição das destinações, ocupações e usos devidamente orientados e disciplinados.

Parágrafo único. As ações previstas nos incisos do caput deste artigo respeitarão as vocações e as características físicas, ambientais, sociais, econômicas, históricas e culturais de cada uma das áreas verdes protegidas e de seus respectivos entornos.

2 Altera a lei 6.314 de 12 de janeiro de 1993, que dispõe sobre a instituição, no município, de reserva particular ecológica por destinação do proprietário, e dá outras providências. Fonte; https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1993/649/6491/lei-ordinaria-n-6491-1993-altera-a-lei-6314-de-12-de-janeiro-de-1993-que-dispoe-sobre-a-instituicao-no-municipio-de-reserva-particular-ecologica-por-destinacao-do-proprietario-e-da-outras-providencias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

V - manejo: ato de intervir sobre o meio ou ambiente natural, com o propósito de promover e garantir a conservação da natureza e a diversidade biológica;
VI - recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora nativas e introduzidas;
VII - preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem à proteção permanente das espécies, hábitats e ecossistemas e à manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais;
VIII - ecossistema: conjunto formado por todos os fatores bióticos e abióticos que atuam simultaneamente sobre determinada região, coexistindo num processo de dependência, considerando como fatores bióticos as diversas populações de organismos vivos e os abióticos os fatores externos como a água, o sol, o solo, o gelo, o vento, etc.;
IX - restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada ao estado mais próximo possível da sua condição original;
X - recuperação: recomposição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original;
XI - ambiente natural: qualquer espaço no qual estejam presentes recursos ambientais;
XII - diversidade biológica ou biodiversidade: a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte e, ainda, a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas;
XIII - plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma área verde protegida, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos ambientais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade;
XIV - zoneamento: definição de setores ou zonas em uma área verde protegida, com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

XV - plano de uso público: plano ou programa em que se prevê o conjunto de atividades que têm o objetivo de ordenar, orientar e direcionar o uso da área verde protegida pelo público, quando indicado, promovendo o conhecimento do meio ambiente como um todo e situando a área e seu entorno;
XVI - corredores ecológicos urbanos: fragmentos de vegetação, incluindo a arborização urbana, em condições especiais, que conectam áreas verdes protegidas, possibilitando entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais;
XVII - turismo ecológico: turismo desenvolvido em localidades com potencial ecológico, de forma conservacionista, procurando conciliar a exploração turística ao meio ambiente, harmonizando as ações com a natureza, bem como oferecendo ao turista um contato íntimo com os recursos naturais e culturais da região, contribuindo para a formação de uma consciência ecológica;
XVIII - educação ambiental: processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade;
XIX - interpretação ambiental: atividade educacional que tem o objetivo de revelar os significados, as relações ou fenômenos ambientais por meio de experiências práticas em contato com a natureza e por meios ilustrativos, em vez da simples comunicação dos fatos.

METODOLOGIA E PROBLEMATIZAÇÃO

Metodologicamente este estudo é uma revisão bibliográfica atualizando as informações sobre a Biogeografia, correlacionando-a à Climatologia, à Geologia, à Geomorfologia, à Hidrologia e à Pedologia. Objetiva, contabilizar a relação de

unidades de conservação, públicas, sem, no entanto destacar aquelas geridas pela iniciativa privada. O estudo elenca a biodiversidade que agregada à geodiversidade e à sociodiversidade cria mosaicos denominados de parques zoobotânicos, que por sua vez localizam-se em diferentes zonas da capital. Belo Horizonte – MG encontra-se em uma zona de conexão entre agrupamentos geológicos diversos do Proterozoico, compostos por rochas cristalinas, o que confere ao local panoramas diferenciados. Insere-se na grande unidade geológica chamada Cráton do São Francisco, pertinente ao vasto núcleo crustal do centro-leste do Brasil, estável tectonicamente a partir do desfecho do Paleoproterozoico e emoldurando lugares reestruturados no Neoproterozoico. Prevalecem as rochas arqueanas, componentes do Complexo Belo Horizonte e sequências supracrustais do período Paleoproterozoico. O domínio do Complexo da capital mineira integra a unidade geomorfológica alcunhada de Depressão de Belo Horizonte, que caracteriza cerca de 70% da região e tem sua esfera de maior relevância ao norte da calha do Ribeirão Arrudas (Figura 01). A porção norte é área de drenagem dos tributários dos Ribeirões Isidoro, da Onça e Pampulha, onde há 26 áreas protegidas (Quadro I). Nesta bacia, ações estão sendo empreendidas visando a criação de um parque ecológico urbano linear3. Para Martins, et. al. (2015, p. 04):

> Um parque linear4 pode contribuir para a melhoria do microclima urbano, em termos de qualidade do ar, balanço da

3 O Parque do Onça poderá ser um dos maiores parques de Belo Horizonte, com extensão aproximada de 5,5 km, passando por diversos bairros: São Gabriel, Vila São Gabriel, Ouro Minas, Vila Fazendinha, Novo Aarão Reis, Belmonte, Ribeiro de Abreu, Conjunto CBTU (Novo Tupi), Conjunto Ribeiro de Abreu, Casas Populares (Ribeiro de Abreu) e Monte Azul. Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/politica-urbana/planejamento-urbano/projetos-urbanos/parque-do-onca

4 Apesar dos projetos de parques lineares serem baseados em características socioambientais específicas da áreas em que serão implantados, é possível destacar alguns de seus elementos que são frequentes, como: Rede de drenagem; Reservatório de controle de cheias; Canaletas para drenagem das águas pluviais; Dissipadores de energia para altas declividades; Canalização; Valas gramadas; Acesso para as ruas de ligação; Caminho para pedestres;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

umidade e captura de poeira e gases. Podem também constituir zonas de tampão, com potencial para melhorar o ambiente urbano em áreas industriais ou altamente urbanizadas e servir como zona de atividades recreativas e culturais, ainda com foco na conservação e preservação da natureza. Sua implantação, entretanto, pode enfrentar alguns desafios, como a necessidade de fazer desapropriações e realocações, que podem encarecer seu custo. Além disso, por se tratar de um equipamento público de lazer, ele depende de serviços de gestão e manutenção periódica para garantir seu pleno e seguro funcionamento, sendo também de extrema importância a aceitação e o envolvimento da população para que se evitem depredações. Outros aspectos de projeto como acessibilidade, segurança e iluminação devem ser considerados.

Quadro I - Relação dos equipamentos culturais/ecológicos urbanos públicos e privados inseridos na Bacia Hidrográfica do Ribeirão da Onça, incluindo seus tributários Ribeirões Isidoro e Pampulha

Unidade de conservação	Regional	Bacia hidrográfica
Parque Zoobotânico José Cândido da Silveira	Leste	Arrudas/Onça (Linha interflúvio)
Parque Zoobotânico da Matinha	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Fernão Dias	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Guilherme Lage	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Ismael de Oliveira Fábregas	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Jardim Belmonte	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Jardim Vitória	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Orlando de Carvalho Silveira	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Professor Marcos Mazzoni	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Renato Azeredo	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Tião dos Santos	Nordeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Vitória	Nordeste	Ribeirão Onça

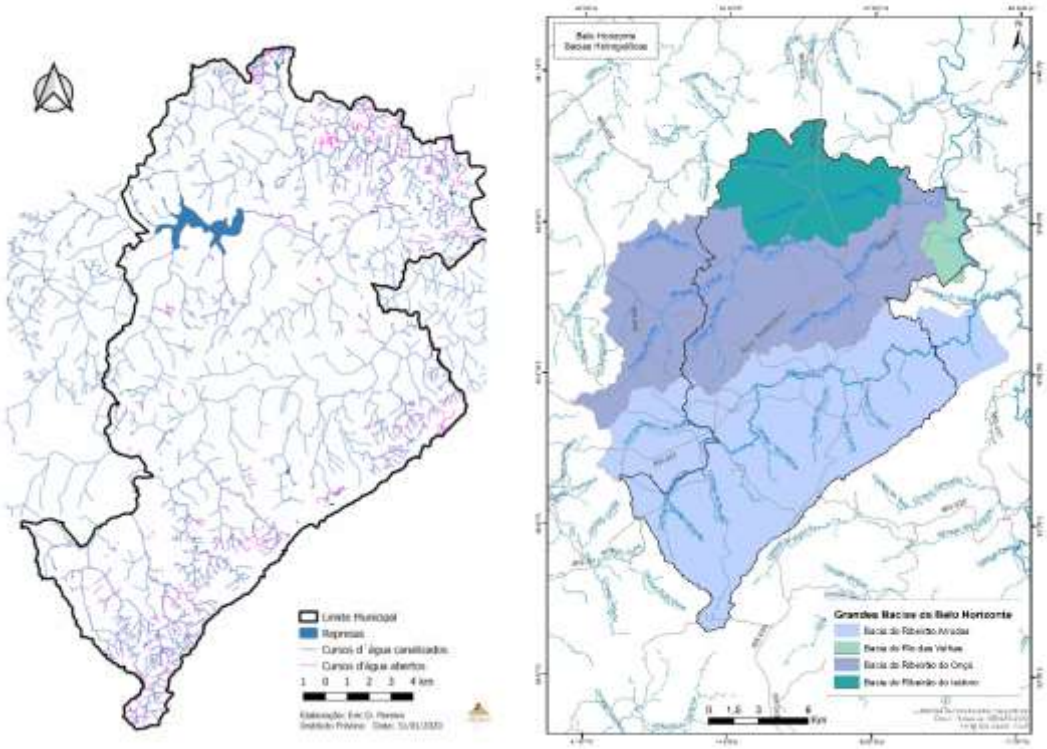
Ciclovias; Pontes de acesso e travessia; Quadras poliesportivas; Bancos; Arborização paisagística; Iluminação pública. Estes elementos são combinados de forma a tentar garantir que os objetivos do parque linear sejam atendidos. São eles: Proteger ou recuperar os ecossistemas lindeiros aos cursos e corpos d'água; Conectar áreas verdes e espaços livres de um modo geral; Controlar enchentes; Prover áreas verdes para o lazer (MARTINS, et al, 2015, p. 04-05)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Parque Zoobotânico do Caiçara	Noroeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Vencesli Firmino da Silva	Noroeste	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico do Planalto	Norte	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Jardim das Nascentes	Norte	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Nossa Senhora da Piedade	Norte	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Primeiro de Maio	Norte	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Cássia Eller	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico da Pampulha	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Enseada das Garças	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Fazenda Lagoa do Nado	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Ursulina de Andrade Mello	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Fernando Sabino	Pampulha	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Cenáculo	Venda Nova	Ribeirão Onça
Parque Zoobotânico Alexander Brandt	Venda Nova	Ribeirão Onça

Fonte: adaptado de Mafra (2019, p. 22-24)

Figura 01 – territórios hidrográficos da capital mineira.



Fonte: https://cassiogeominas.com.br/2019/04/09/bacias-hidrograficas/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O domínio das sequências metassedimentares ocorrem a sul da calha do Ribeirão Arrudas, onde há 29 áreas protegidas (Quadro II), formando cerca de 30% do município. As particularidades deste domínio são as heterogeneidades litológicas e o relevo acidentado que expressa-se maximamente na Serra do Curral Del Rey, limite sul da municipalidade. Conglomera uma séries de camadas de rochas de composição variada, constituída por dolomito, filito, hematita, itabirito, quartzito e xisto, na direção nordeste-sudeste e mergulhado para o sudeste. O ponto mais elevado da capital mineira acha-se na Serra do Curral Del Rey, atingindo 1.538 metros. Expõe uma ampla variedade de rochas, pois a parte sudeste/sul/sudoeste encontra-se inserida no domínio geológico e geomorfológico do Quadrilátero Ferrífero (Serra do Curral Del Rey), sobretudo, composto por rochas férreas formadas. Além disso expõe outras formações rochosas, em menor escala. As serras de Belo Horizonte são ramificações da Cordilheira do Espinhaço e fazem parte do grupo da Serra do Itacolomi. Rodeando o município encontram-se as Serras de Água Quente, Cachimbo, Curral, Jatobá, José Vieira, Mutuca e Taquaril. Trechos de Cerrado e Mata Atlântica protegem indivíduos arbóreos como barriguda, pau-brasil, pau-ferro, sapucaia e sibipiruna, além de diferentes espécies de animais como jacu, macaco-prego, mico-estrela e saracura. Podem ser observados nas cristas das serras exemplares da flora e fauna, de ocorrência e registo de várias espécies nacionais originais e regionais, que legitimam avanços na ampliação das áreas de conservação da biodiversidade. Acerca da relação entre água e vegetação, (Figura 02) Martins et. al. (2015, p. 15) atestam que:

> Nessa lógica, prioriza-se a implantação de espaços de forma que os caminhos verdes e a cobertura vegetal sejam contínuos ao longo do curso hídrico, associando espaços para a zona equipada, que podem ter uma área maior, e espaços onde a faixa verde é mais estreita e restrita às áreas de preservação. Essa continuidade da paisagem é importante não só para a recuperação ambiental, mas também para valorizar e dar

destaque aos cursos d'água, que devem ser compreendidos como elementos estruturais.

Quadro II - Relação dos equipamentos culturais/ecológicos urbanos públicos e privados inseridos na Bacia Hidrográfica do Ribeirão Arrudas

Unidade de conservação	Regional	Bacia hidrográfica
Parque Zoobotânico Alfredo Sabetta	Barreiro	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Carlos de Faria Tavares	Barreiro	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico do Tirol	Barreiro	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Roberto Burle Marx	Barreiro	Ribeirão Arrudas
Área Zoobotânica do Vertedouro da Barragem Santa Lúcia	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Amílcar Vianna Martins	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico da Serra do Curral	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico das Mangabeiras	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico das Nascentes da Barragem Santa Lúcia	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Fort Lauderdale	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Jornalista Eduardo Couri	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Julien Rien	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Juscelino Kubitschek	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Mata das Borboletas	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Mosteiro Tom Jobim	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Américo Renné Giannetti	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Rosinha Cadar	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Santo Antônio	Centro-sul	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Marcus Pereira de Mello	Leste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Pedro Machado	Noroeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Aggeo Pio Sobrinho	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Bandeirante Silva Ortiz	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico da Vila Pantanal	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico da Vila Santa Sofia	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico do Havaí	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Estrela D'Alva	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Jacques Cousteau	Oeste	Ribeirão Arrudas
Parque Zoobotânico Nova Granada	Oeste	Ribeirão Arrudas

Fonte: adaptado de Mafra (2019, p. 22-24)

Figura 02 – Cachoeira poluída localizada no Ribeirão Arrudas, na altura do Cachorro Magro, Belo Horizonte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://www.otempo.com.br/cidades/ribeirao-arrudas-alcanca-15-do-leito-coberto-com-nova-obra-1.1116221

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A sede da municipalidade de Belo Horizonte encontra-se a uma altitude de 852,19 metros. A maior área está entre 751 e 1.000 metros, de norte para sudoeste. As menores altitudes ocorrem a nordeste, entre 650 e 750 metros; as maiores, nos limites a sul e sudeste, entre 1.001 e 1.150 metros nas encostas, atingindo 1.500 metros, no topo da Serra do Curral. A região do sítio histórico da Cidade de Minas (1897) acha-se em uma unidade geomorfológica que se desdobra da Serra do Curral Del Rey, ao sul da urbe, até a região de Venda Nova, num contexto alcunhado como depressão, composta sobretudo por rochas do embasamento cristalino, como o gnaisse, aflorado em inúmeras pedreiras desativadas: Acaba Mundo, Carapuça (Pompéia), Conjunto Felicidade, Engenho Nogueira, Isidoro, Lagoinha, Mariano de

Abreu, Morro das Pedras, Morro dos Gatti, Paulo Sexto, e Prado Lopes. No contexto da tessitura urbana, o parque enquanto área protegida guarda elementos de extrema relevância para a urbe (Figura 03).

Figura 03 – Cachoeira poluída localizada no Ribeirão da Onça, na altura do Novo Aarão Reis, Belo Horizonte

Fonte: http://www.mariliacampos.com.br/secao/roberto-andres-ldquoa-agua-falardquo

Áreas protegidas também guardam receptáculos da memória e se formatam enquanto recortes espaciais de excepcional valor, numa tipologia designada como parque histórico-cultural. O contexto histórico da região entremeia-se com a concepção da Capital de Minas Gerais, após promulgação da lei estadual de número 02, datada 14 de setembro de 1891 assinado por Antônio Augusto de Lima (1859-1934). Habitantes do arraial chamado Bello Horizonte, anteriormente conhecido por Curral del Rey foram desapropriados para a edificação da terceira capital mineira, inicialmente denominada Cidade de Minas, inaugurada em 12 de dezembro de 1897.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O projeto básico desenhado pelo diretor da CCNC – Comissão de Construção da Nova Capital, o paraense Aarão Leal de Carvalho Reis (1853-1936), ficou pronto em 1895. Aarão Reis apresentou uma planta inovadora com ruas cruzando em diagonal, esquivando do modelo de ruas em xadrez de urbes como Paris e Washington. O desenho esboçava avenidas e ruas mais largas do que as consagradas para a época, prevendo uma grande ampliação populacional da nova urbe. Entretanto, Aarão Reis não previa que a cidade, que abrigava 42 mil habitantes em 1914, alcançasse uma população de 2,5 milhões de habitantes nos anos subsequentes ao Censo de 2010 (Quadro III). Neste contexto, os parques podem preservar recantos pretéritos, que por sua vez não estariam condenados ao desaparecimento eterno como a cachoeira do Acaba Mundo (Figura 04). De acordo com a Lei nº 10.879, de 27 de novembro de 2015, que por sua vez fixa que:

> Art. 5º O SMAP-BH tem como finalidade assegurar:
> I - o reconhecimento das áreas verdes protegidas do Município como instrumento necessário para a conservação e o manejo desses espaços, bem como para o planejamento de seu uso público, quando indicado, de maneira a garantir o cumprimento de suas funções ambientais e sociais;
> II - a valorização do patrimônio ambiental e do bem público, visando à garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações presentes e futuras.
> Art. 6º Constituem objetivos do SMAP-BH:
> I - garantir a proteção, a manutenção e a recuperação das áreas verdes protegidas do Município;
> II - orientar, disciplinar e normatizar a gestão, o manejo e o uso das áreas verdes protegidas do Município, buscando adequações, no que couber, ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, criado por meio da Lei Federal nº 9.9855, de 18 de julho de 2000, e ao Sistema Estadual

5 Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Ementa: Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm

de Unidades de Conservação - SEUC, instituído pela Lei Estadual nº 20.9226, de 16 de outubro de 2013, e respeitando as peculiaridades da realidade local;

III - definir as melhores práticas para a implantação, a preservação, a ampliação, o manejo e o uso público das áreas verdes protegidas do Município, de acordo com as características físicas, ambientais, sociais, históricas e culturais de cada uma delas e de seus respectivos entornos;

IV - promover a conservação da natureza, protegendo e recuperando os ecossistemas naturais e os recursos ambientais do Município;

V - garantir a manutenção dos espaços de convívio da população em contato com a natureza, pertencentes às áreas verdes protegidas;

VI - criar condições e promover a educação e a interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico;

VII - proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental;

VIII - proteger as paisagens naturais de notável beleza cênica existentes no Município;

IX - contribuir para a melhoria da qualidade de vida no ambiente urbano.

Figura 04 – Cachoeira do Acaba Mundo, extinta devida à canalização do córrego homônimo

6 lei 2.0922 de 16 de outubro de 2013. Ementa: Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Fonte: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=Lei&num=20922&ano=2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://cbhvelhas.org.br/noticias/rios-invisiveis-da-metropole-mineira/

Quadro III – Cotas populacionais, por décadas e prefeitos da cidade de Belo Horizonte

Censo	POP.	%±	PREFEITOS
1897	Sem dados		Adalberto Luz, Américo Werneck, Venceslau Brás, Francisco Antônio de Sales, Bernardo Pinto Monteiro
1900	13 472	—	Francisco Bressane Azevedo, Cícero Ribeiro Ferreira Rodrigues, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, Benjamin Jacob, Benjamin Franklin Silviano Brandão, Olinto Deodato dos Reis Meireles, Cornélio Vaz de Melo, Afonso Vaz de Melo
1920	55 563	312,4%	Flávio Fernandes dos Santos, Francisco da L. Silva Campos, Cristiano Machado, Alcides Lins, Luís Barbosa Gonçalves Pena, Otávio Goulart Pena, José Soares de Matos, Otacílio Negrão de Lima, José Osvaldo de Araújo

1940	211 377	280,4%	Juscelino Kubitschek, João Gusman Júnior, Pedro Laborne Tavares, Gumercindo Couto e Silva, Emídio Beruto, João Franzen de Lima, Otacílio Negrão de Lima,
1950	352 724	66,9%	Américo Renné Giannetti, Sebastião de Brito, Celso Mello de Azevedo, Alberto Valadares Ferreira da Silva, Celso Mello de Azevedo,
1960	693 328	96,6%	Amintas Ferreira de Barros, Clóvis de Sousa e Silva, Jorge Carone Filho, Oswaldo Pieruccetti, Luís Gonzaga de Sousa Lima
1970	1 235 030	78,1%	Oswaldo Pieruccetti e Luiz Verano
1980	1 780 855	44,2%	Maurício Campos, Júlio Arnoldo Laender, Hélio Garcia, Antônio Carlos Flores Carone, Rui José Viana Lage, Sérgio Ferrara,
1991	2 020 161	13,4%	Pimenta da Veiga, Eduardo Azeredo, Patrus Ananias,
2000	2 238 526	10,8%	Célio de Castro e Fernando Pimentel
2010	2 375 444	6,1%	Marcio Lacerda e Alexandre Kalil

Fonte: elaborado pelo autor (2020)

Localizada na Bacia Hidrográfica do São Francisco, Belo Horizonte é banhada pelo Rio das Velhas, mas a maior parte dos vários córregos e ribeirões, estão canalizados. Conforme dito anteriormente, a capital é dividida por duas sub-bacias, do Ribeirão Arrudas e do Ribeirão da Onça, tributários do Rio das Velhas. O Arrudas corta a cidade de oeste para leste (Figura 05). Mais ao norte, agregando-se a bacia do Onça, corre o Ribeirão Pampulha, represado em reservatório considerado um recanto de lazer e turismo. O Arrudas deságua em Sabará e o Onça em Santa Luzia, ambos no Rio Guaicuí, hoje conhecido como "das Velhas". Em Belo Horizonte, de acordo com o Quadro IV, os parques urbanos administrados pelo Executivo Municipal se dividem em seis categorias: parque de conservação, parque de uso local, parque histórico-cultural, parque não aberto ao público, parque recreativo e parque turístico (MAFRA, 2019, p. 22-24). Esta proposta está transcrita detalhadamente na integra no Quadro.

Quadro IV - Relação dos parques por categoria de uso

Categoria	Descrição	Ações prioritárias	Parques Classificados
Parque Turístico	Parques que por suas atrações e	Estudos de viabilidade econômica para identificar	Parque das Mangabeiras; Parque da Serra do Curral;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	localização atraem ou têm potencial para atrair turistas	oportunidades de negócios turísticos de apoio aos visitantes (restaurante, café, estacionamento, transporte, atividades de turismo de aventura, etc); Implantar centro de atendimento ao visitante; Realizar ações de divulgação turística, em parceria com a Empresa Municipal de Turismo – BELOTUR;	Parque Ecológico da Pampulha; Parque Municipal Américo Renné Giannetti;
Parque de Conservação	Parques de grande relevância ambiental pela dimensão da área verde protegida, pela contribuição para proteção dos recursos hídricos, pela conexão com outras áreas verdes, pela biodiversidade que abriga.	Elaboração de Planos de Manejo e Estudo de Capacidade de Carga; Desenvolvimento de pesquisas de científicas; Realização de atividades de educação ambiental; Estudos de impacto dos eventos na fauna local; Definição de normas específicas para eventos; Elaboração de Planos de Manejo e Estudo de Capacidade de Carga; Desenvolvimento de pesquisas de científicas; Realização de atividades de educação ambiental; Estudos de impacto dos eventos na fauna local; Definição de normas específicas para eventos;	Parque das Mangabeiras; Parque da Serra do Curral; Parque Aggeo Pio Sobrinho; Parque Fazenda Lagoa do Nado; Parque Ursulina de Andrade Mello; Parque das Nascentes da Barragem Santa Lúcia; Área do Vertedouro da Barragem Santa Lúcia; Parque Fort Lauderdale; Parque Fernando Sabino; Parque Enseada das Garças;
Parque Recreativo	Parques que possuem equipamentos esportivos e de lazer importantes para a cidade	Elaboração de estudos de Planos de Uso Público individuais; Realização de atividades esportivas e recreativas para a comunidade; Definição de áreas para eventos;	Parque Roberto Burle Marx; Parque Jacques Cousteau; Parque Professor Marcos Mazzoni; Parque Renato Azeredo; Parque N. Sra. da Piedade; Parque Cássia Eller; Parque Vencesli Firmino da Silva; Parque Juscelino Kubitschek; Parque Jornalista Eduardo Couri; Parque Amílcar Vianna Martins; Parque Guilherme Lage; Parque Rosinha

			Cadar; Parque Aggeo Pio Sobrinho;
Parque Histórico-cultural	Parques que possuem patrimônio histórico e cultural relevante para a cidade de Belo Horizonte, para o Estado de Minas Gerais ou para o país, que seja ou não tombado pelos respectivos órgãos de patrimônio.	Parque Municipal Américo Renné Giannetti: atualização e implantação do Plano Diretor, já aprovado pelos órgãos de patrimônio; Estudo de impacto dos eventos no patrimônio físico do parque; Definição de normas específicas para eventos; Aprimoramento da comunicação com os órgãos de patrimônio;	Parque Municipal Américo Renné Giannetti; Parque da Serra do Curral
Parque de uso local	Parques utilizados primordialmente pela comunidade moradora dos bairros do entorno	Elaboração de estudos de Planos de Uso Público para a categoria; Realização de atividades esportivas e recreativas para a comunidade; Desenvolvimento de projetos e gestão conjunta com a comunidade;	Parque Primeiro de Maio; Parque Orlando de Carvalho Silveira; Parque Linear José Cândido da Silveira; Parque Tião dos Santos; Parque do Caiçara; Parque do Planalto; Parque Cenáculo; Parque Alexander Brandt; Parque Estrela D'Alva; Parque do Havaí; Parque Alfredo Sabetta; Parque Carlos de Faria Tavares; Parque do Tirol; Parque Julien Rien; Parque Mata das Borboletas; Parque Mosteiro Tom Jobim; Parque Santo Antônio; Parque Marcus Pereira de Mello; Parque da Matinha; Parque Ismael de Oliveira Fábregas; Parque Jardim Belmonte; Parque Fernão Dias; Parque Vitória; Parque Jardim Vitória; Parque Jardim das Nascentes; Parque da Vila Santa Sofia; Parque Bandeirante Silva Ortiz; Parque da Vila Pantanal; Parque Pedro Machado; Parque Nova Granada

Fonte: Mafra (2019, p. 22-24)

Os trajetos dos córregos e ribeirões não foram utilizados como referências naturais na composição do traçado da área urbana planejada inicialmente, embora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

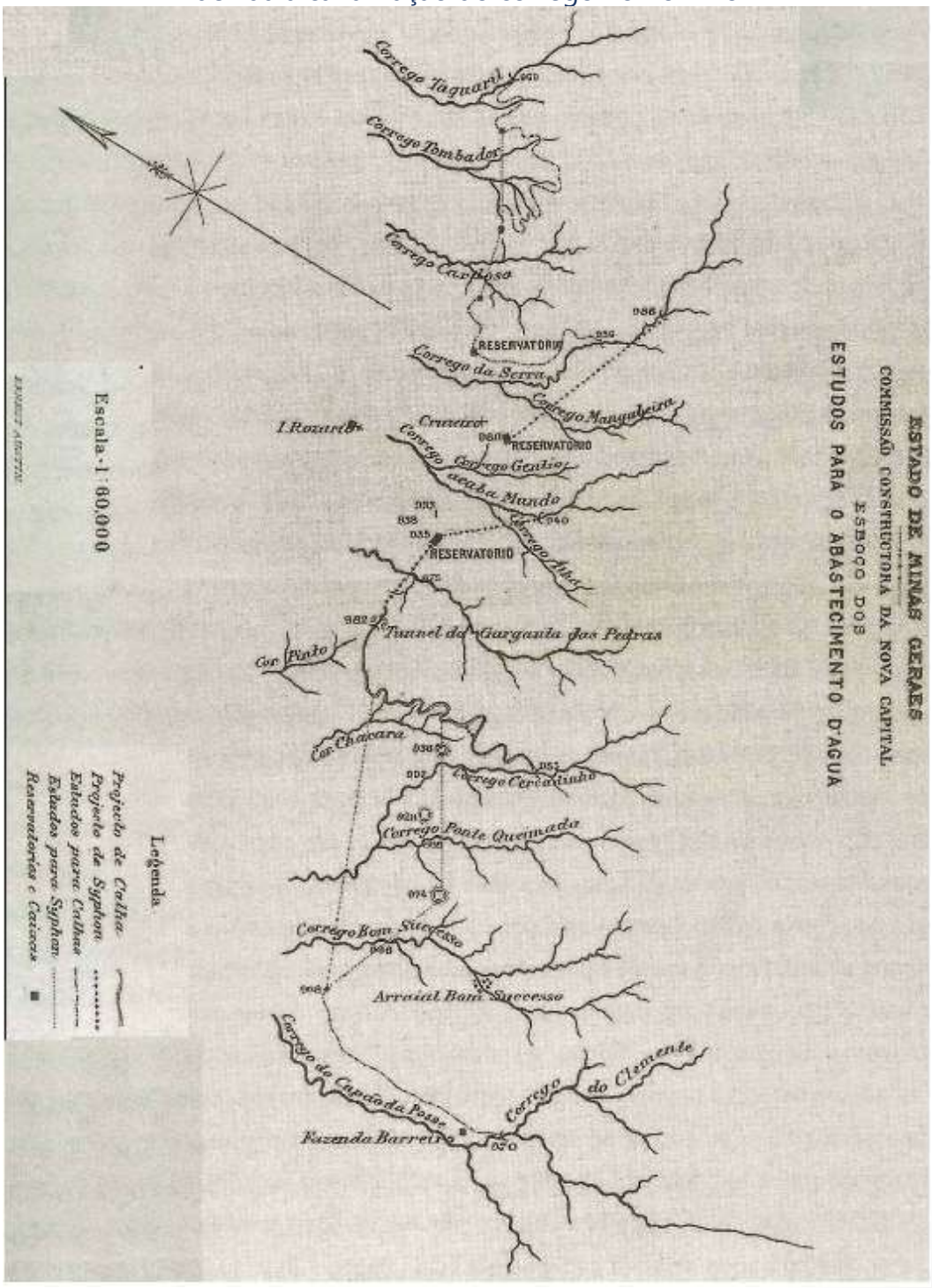
estivessem à vista em vários trechos da urbe em seus primeiros anos (Figura 05). Todos eles seriam progressivamente canalizados em seus percursos dentro do perímetro da Avenida do Contorno. A Cachoeira do Acaba Mundo, no córrego homônimo, foi uma bela paisagem que ficou na memória. A cidade que no passado extirpou seus cursos d'água gradativamente à medida em que crescia populacionalmente tem indicadores sociais variando de regional para regional (Quadro V). Se a urbe, em seu projeto original não tivesse extirpado os cursos d'água, certamente haveriam inúmeros Parques Lineares, conforme detalhes de Martins et. al. (2015, p. 04) que afirmam que estes espaços:

> são intervenções urbanísticas que criam ou recuperam áreas verdes associadas à rede hídrica, utilizados como instrumentos estruturadores de programas ambientais em áreas urbanas, para o planejamento e gestão de áreas degradadas. Sua implantação busca, em geral, conciliar aspectos urbanos e ambientais, dentro da legislação vigente e da realidade existente. Essas áreas são destinadas tanto à conservação quanto à preservação dos recursos naturais a partir da interligação de fragmentos de vegetação e da agregação de funções de uso humano, promovendo lazer, cultura e rotas de locomoção não motorizada (ciclovias e caminhos de pedestres).
>
> Como instrumento de manejo de águas pluviais, parques lineares podem atuar no aumento da área de várzea dos rios, através do aumento de zonas de inundação e da desaceleração da vazão da água e também para evitar a ocupação humana irregular em áreas de proteção ambiental. Além disso, podem haver outros interesses envolvidos na criação de um parque linear, que podem ser classificados nas seguintes categorias1 :
>
> 1. Parte de programas ambientais, ao longo de rios e lagos;
> 2. Espaços recreacionais, ao longo de trilhas ou estradas abandonadas;
> 3. Corredores naturais, ao longo de rios ou divisores de águas, possibilitando a migração de espécies, estudos da natureza e percursos a pé;
> 4. Rotas cênicas ou históricas, ao longo de estradas, rodovias, rios ou lagos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5. Redes de parques, em fundos de vales ou pela sua união com outros espaços abertos, criando infraestruturas verdes alternativas.

Figura 05 – Calha do Ribeirão Arrudas, com as áreas de corpos d'água extintas devida à canalização do córrego homônimo



Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://cbhvelhas.org.br/noticias/rios-invisiveis-da-metropole-mineira/

Quadro V – Dados geográficos e socioculturais da nove áreas regionais da cidade

Características	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	9ª
Área total	31,53	33,39	53,51	38,16	47,13	27,80	33,21	39,59	28,52
População total/hab.	258.786	268.124	282.552	337.351	145.262	242.341	194.098	274.060	256.311
Densidade - hab./km²	8.207,6	8.030,1	4.899,9	8.840,4	3.0822	8.717,3	5.844,6	6.922,5	8.987,1
IDH	0,914	0,853	0,790	0,835	0,870	0,873	0,787	0,826	******
Índice de Gini	0,57	0,61	0,47	0,55	0,56	0,49	0,50	0,56	******
Expectativa de vida ao nascer (anos)	72,01	71,65	70,93	72,37	73,70	70,66	79,96	71,76	******
Domicílios	82.364	76.949	697.47	927.25	406.19	640.59	508.57	754.65	767.28
Rendimento médio mensal	1.584,28	634,71	254,06	472,43	680,15	268,89	274,90	429,02	******
Energia elétrica (%)	99,83	99,84	99,52	99,94	99,93	99,90	99,79	99,84	******
Água encanada (%)	97,47	98,15	96,78	98,62	98,92	98,07	97,61	97,95	******
Coleta de lixo (%)	98,23	98,81	97,87	99,05	98,74	99,12	98,03	91,94	******

Dados referentes à divisão administrativa utilizada pela prefeitura, com numeração definida pela BHTRANS: 1ª (Centro Sul); 2ª (Oeste); 3ª (Barreiro); 4ª (Noroeste); 5ª (Pampulha); 6ª (Venda Nova); 7ª (Norte); 8ª (Nordeste); 9ª (Leste). O destaque azul no quadro cinza evidencia os maiores e/ou mais expressivos índices;

De acordo, com vários estudos, cerca de 90% do território municipal, já se encontra impermeabilizado/urbanizado, mais a vegetação remanescente ainda é diversificada, em áreas de fragmentos nativos, num cenário de transição entre os biomas do Cerrado e Mata Atlântica, com ocorrência de campos rupestres nas altas altitudes (Figura 02). A Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica (FPMZB) surgiu da fusão entre a Fundação de Parques Municipais (FPM) criada pela Lei nº 9011/2005, com a Fundação Zoobotânica de Belo Horizonte (FZBBH) instituída pela Lei nº

5904/1991 (Norma Revogada). A estranheza no nome, supostamente sugere que na verdade deveria denominar-se Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos (FUMPAZ). O site da FPMZB (2020, on line) declara que a fundação de foi criada em 31 de agosto de 2017 pelo Decreto 16.684, como consequência da fusão das antigas Fundações Zoobotânica (FZB-BH) e de Parques Municipais (FPM). Vinculada à Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SMMA), a FPMZB tem fundamentalmente a incumbência de gerar ações e programas de educação e manejo socioambientais, atividades de lazer, esporte, cultura e cidadania. Na atualidade, encontra-se gerindo7 oficialmente 75 parques, o Jardim Zoológico, o Jardim Botânico, o Aquário do Rio

---

7 Capítulo III DA GESTÃO DAS ÁREAS PROTEGIDAS DE BELO HORIZONTE

Art. 10 O SMAP-BH será gerenciado pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, que atuará como órgão de orientação e coordenação do Sistema, bem como analisará e aprovará intervenções a serem executadas em qualquer das unidades que o integram.

§ 1º No desenvolvimento de suas atribuições, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente contará com o apoio executivo de outros órgãos e entidades no âmbito municipal, cujas atribuições serão as seguintes:

I - Conselho Municipal de Meio Ambiente: órgão consultivo e deliberativo, com as atribuições de acompanhar a implementação do SMAP-BH e aprovar deliberações complementares;

II - Fundação de Parques Municipais: órgão executor, responsável pela gestão e manutenção dos parques municipais inseridos no SMAP-BH;

III - Fundação Zoobotânica de Belo Horizonte: órgão executor, responsável pela gestão e manutenção do Jardim Botânico, do Jardim Zoológico e do Parque Ecológico Promotor Francisco Lins do Rêgo;

IV - Secretarias de Administração Regional Municipal: órgãos executores, responsáveis pela gestão e pela manutenção das demais áreas verdes protegidas públicas inseridas no SMAP-BH.

§ 2º Fica facultada a criação de comissões consultivas para o acompanhamento da gestão das áreas verdes protegidas públicas do Município, nos termos do estabelecido em cada plano de manejo, as quais poderão contar com a participação de cidadãos eleitos, nos termos de regulamentação específica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

São Francisco, quatro Cemitérios Municipais, sendo dois na modalidade necrópole e dois na modalidade parque, uma Capela Velório e cinco Centros de Vivência Agroecológica (CEVAE). Acerca da proteção dos remanescentes florestais e conservação da biodiversidade urbana, o link de consulta à legislação municipal da Câmara de Belo Horizonte registra oito normas jurídicas relacionadas à Fundação de Parques Municipais (Quadro VI). A partir da análise dessas diversas legislações que orientam o trabalho da FPMZB, entre 2005 e 2018, compreende-se as nuances culturais e ecológicas que permeiam a essência dos Parques Zoobotânicos Municipais existentes e legalmente, componentes do SMAP-BH. Recorrendo-se novamente à Lei nº 10.879, de 27 de novembro de 2015, que

> Art. 7º O SMAP-BH será regido por regulamentações específicas que versarão sobre:
> I - criação e definição das categorias de áreas verdes protegidas;
> II - diretrizes gerais de ocupação e manejo relativas a cada uma das categorias definidas;
> III - classificação e denominação das áreas existentes nas categorias definidas.
> § 1º Cada área terá seu plano de manejo ou plano de uso público, devendo constar a especificação da utilização pública da área, quando indicada.
> § 2º As áreas contempladas no SMAP-BH poderão ser ampliadas, por meio da anexação de terrenos contíguos, mediante parecer técnico do órgão municipal competente.
> § 3º A inclusão e a categorização de nova área verde protegida serão realizadas mediante requerimento dos órgãos municipais competentes e condicionadas à elaboração de estudos técnicos.
> § 4º A denominação de nova área verde protegida será baseada, preferencialmente, em suas características naturais ou físicas mais significativas ou na sua denominação mais antiga, sem prejuízo de sua categorização no SMAP-BH.
> Art. 8º Serão incentivadas:
> I - a proteção, a manutenção e a recuperação das áreas verdes protegidas já existentes;

II - a criação de novas áreas verdes protegidas que viabilizem ou incrementem a formação de corredores ecológicos urbanos;
III - a criação de novas áreas verdes protegidas de propriedade privada, através da instituição de novas Reservas Particulares Ecológicas;
IV - a celebração de parcerias com a sociedade para a manutenção de áreas verdes protegidas públicas já existentes.
Art. 9º Os planos de manejo ou de uso público poderão ser unificados, a critério do Poder Executivo Municipal, para as áreas enquadradas na mesma categoria de área verde protegida.

Quadro VI – Legislação de referência sobre a autarquia que gerencia os parques de belo Horizonte

Norma	Ementa	Situação
Decreto 16890/2018	Altera o Decreto nº 16.774, de 20 de novembro de 2017, que aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica.	Em vigor
Decreto 16827/2017	Altera o Decreto nº 16.774, de 20 de novembro de 2017, que aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica.	Em vigor
Decreto 16774/2017	Aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica.	Em vigor
Decreto 14370/2011	Aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e dá outras providências.	Revogada
Decreto 12453/2006	Dispõe sobre a delegação de competência, à Fundação de Parques Municipais, para determinar o uso dos bens por ela administrados, incluindo se a possibilidade de delegação a particulares do uso especial.	Em vigor
Decreto 12307/2006	Aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e dá outras providências.	Revogada
Decreto 12211/2005	Cria logomarcas para a Fundação de Parques Municipais e para a Fundação Zoobotânica de Belo Horizonte.	Em vigor
Decreto 11936/2005	Aprova o Estatuto da Fundação de Parques Municipais e dá outras providências.	Revogada

Fonte: https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

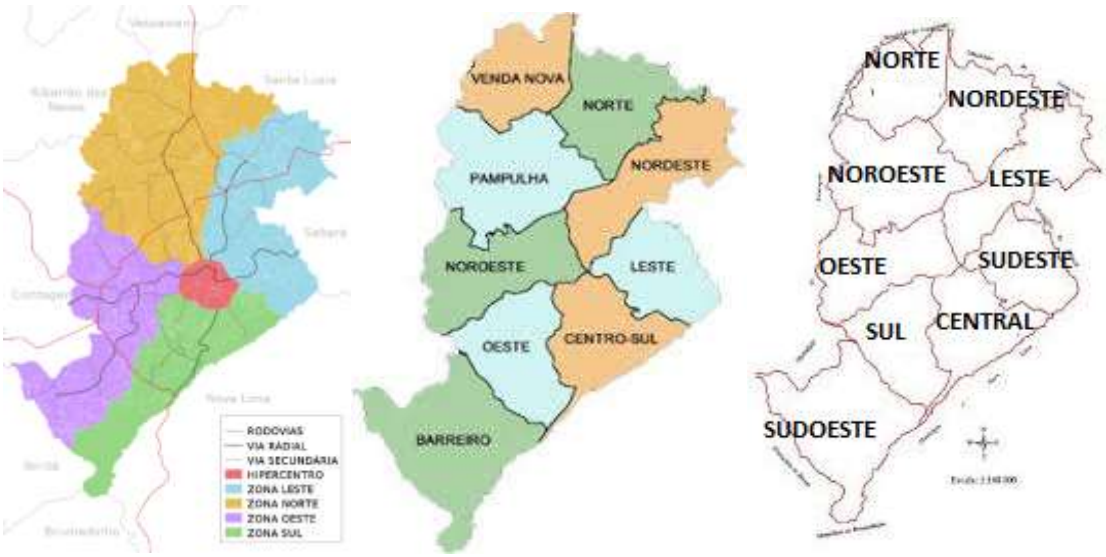
Para fins de territorialização, este estudo estrutura-se em apresentar o conceito de zonas de caráter cultural e ecológico em substituição ao ultrapassado conceito de região administrativa (regionais) tradicionalmente adotado desde 1973. A proposta se territorializa a partir das três bacias hidrográficas inseridas no território municipal (Figura 06): iniciando-se pelo Ribeirão Arrudas, desembreada em quatro zonas: Zona Central/Regional Serra, Zona Sudeste/Regional/Regional Baleia, Zona Sudoeste/Regional/Regional Barreiro, Zona Sul/Regional Cercadinho; a Bacia hidrográfica do Ribeirão Isidoro, dividida em Zona Nordeste/Regional Isidoro e Zona Norte/Regional Vilarinho; e a Bacia hidrográfica do Ribeirão Onça, formada pela Zona Leste/Regional Onça, Zona Noroeste/Regional Pampulha e Zona Oeste/Regional Cachoerinha (Quadro VII). A apropriação dos espaços públicos culturais e ecológicos nestas regiões se dá conforme deliberação da lei municipal nº 2.727, de 004 de maio de 1977 (norma retificada em 24/05/1977) que estabeleceu gratuidade de ingresso e frequência nos próprios municipais que especifica:

> O Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte, no uso de atribuição legal e tendo em vista o disposto nos parágrafos 3º e 5º do artigo 1668 da Constituição do Estado de Minas Gerais, promulga a seguinte Lei:
> Art. 1º - Fica estabelecida a gratuidade de ingresso e freqüência em parques municipais, centros esportivos e culturais, praças de esporte, jardim zoológico e jardim botânico, museus e salas de exposição e demais próprios do Município que existam ou venham a ser criados, e destinados ao lazer.

8 Artigo 166 - O Município tem os seguintes objetivos prioritários: I - gerir interesses locais, como fator essencial de desenvolvimento da comunidade; II - cooperar com a União e o Estado e associar-se a outros Municípios, na realização de interesses comuns; III - promover, de forma integrada, o desenvolvimento social e econômico da população de sua sede e dos Distritos; IV - promover plano, programas e projetos de interesse dos segmentos mais carentes da sociedade; V - estimular e difundir o ensino e a cultura, proteger o patrimônio cultural e histórico e o meio ambiente e combater a poluição; VI - preservar a moralidade administrativa. Fonte: https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/22635/constituicao-do-estado-de-minas-gerais

Art.2º - Quando a freqüência depender da expedição de carteira, esta será cobrada exclusivamente pelo preço de custo da confecção, atendidas as disposições legais.
Art. 3º - Quando a Administração destes próprios for exercida mediante convênio ou contrato com outras entidades, as despesas decorrentes serão pagas com verba própria, mediante dotação orçamentária.
Art. 4º - Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.
Mandamos, portanto, a quem o conhecimento e a execução desta pertencer, que a cumpra e a faça cumprir, tão inteiramente como nela se contém.
Belo Horizonte, 4 de maio de 1977
Luiz Otávio Valadares - Presidente

Figura 06 – Mapas de referência para a regionalização cultural e ecológica deste estudo



Fonte:https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522012000300009&lang=enhttps://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522012000300009&lang=en

Quadro VII – Mapas de referência para a regionalização cultural e ecológica deste estudo

Número	Regional Administrativa	Área (km2)	Nº de UC	População	Região Ecológica	Zona Cultural

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1	Centro-sul	31,85 km²	26	258.786 hab.	Serra	Central
2	Oeste	36,06 km²	18	268.124 hab.	Cercadinho	Sul
3	Barreiro	53,6 km²	14	262.194 hab.	Barreiro	Sudoeste
4	Noroeste	30,17 km²	18	337.351 hab.	Pastinho	Oeste
5	Pampulha	51,21 km²	21	145.262 hab.	Pampulha	Noroeste
6	Venda Nova	29,27 km²	13	242.341 hab.	Vilarinho	Norte
7	Norte	32,67 km²	10	194.098 hab.	Isidoro	Nordeste
8	Nordeste	39,46 km²	19	274.060 hab.	Onça	Leste
9	Leste	27,98 km²	19	256.311 hab.	Baleia	Sudeste

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/prodabel-detalha-tamanho-e-numero-de-bairros-das-regionais#:~:text=Levando%2Dse%20em%20considera%C3%A7%C3%A3o%20a,%2C%20com%2039%2C46%20km%C2%B2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorrente disso, as áreas preservadas, parques e reservas naturais se consolidam como espaços de cultura, ecologia e lazer na paisagem urbana. Belo Horizonte tem o dobro do indicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) de áreas verdes, mas precisa prioriza a preservação das últimas áreas verdes urbanas, em especial, a Mata do Maciel e a Granja Werneck, ambas na regional Norte. No passado, Belo Horizonte era uma das capitais mais arborizadas do país, ganhando o título de "Cidade Jardim". São aproximadamente 560 mil árvores – número que sobe para 2 milhões, quando estimados as áreas de preservação e parques urbanos. Aos mais de 72 parques zoobotânicos juntam-se cerca de 500 praças e diversas áreas verdes oriundas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

parcelamentos urbanos. Muitos destes parques zoobotânicos decorreram destas áreas verdes urbanas. A maioria dos parques urbanos são de responsabilidade do governo municipal. A percentagem de áreas verdes remanescentes por habitante estabilizada em 14m^2 encontra-se acima do recomendado pela OMS que é de 12 km^2 por habitante. O Parque Municipal (Bosque da Amizade), cujo nome oficial é "Américo Renné Giannetti" é o primeiro jardim público da urbe, inspirado nos parques franceses edificados durante a Belle Époque. Foi inaugurado em 1897, no terreno da Chácara Guilherme Vaz de Mello (Chácara do Sapo), que pertencia a Aarão Reis, engenheiro inicialmente responsável pelo planejamento de Belo Horizonte e substituído por Francisco de Paula Bicalho.

Nesse parque ecológico estão 50 espécies de árvores, entremeadas pelos edifícios do centro, em especial, o gigante Hotel Othon Pallace, atualmente desativado. Abriga ainda o Bosque da Amizade e o Orquidário Municipal. O corredor cultural e ecológico formado pelos Parques Baleia, das Mangabeiras e Serra do Curral, formam a maior área verde da urbe e um dos maiores parques urbanos da América Latina, possuindo mais de 2,3 milhões de metros quadrados. Ocupando área de 300 mil metros quadrados, o Parque Promotor Francisco Lins do Rego, ou Parque Ecológico da Pampulha, está localizado na Ilha da Ressaca, na Lagoa da Pampulha e possui vários paisagens, recantos e trilhas, sendo umas das maiores áreas verdes da capital. O Parque Florestal do Instituto Agronômico onde encontra-se o Jardim Botânico e Museu de História Natural da Universidade Federal de Minas Gerais foi criado em 1968. Ocupa uma área de 600 mil. A Prefeitura de Belo Horizonte criou em 1983 a SMMA - Secretaria Municipal de Meio Ambiente, com funções relativas à gestão pública da política socioambiental da municipalidade, onde estão incluídas as ações de desenvolvimento, educação, fiscalização e licenciamento ambiental, Em 1985 foi organizado o Conselho Municipal de Meio Ambiente (COMAM), órgão colegiado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com atribuição deliberativa e normativa, composto por representantes de diversos setores da sociedade. Recentemente com a Fundição das fundações de parques municipais de 2005 e zoobotânica de 1991, surgiu uma autarquia de gestão dos parques, sendo que as praças e jardins permanecem ao encargo da gerência regional através da Gerência Regional de Jardins e Áreas Verdes à disponibilidade da população nas noves áreas regionais do município. Restam ações para definição das zonas sugeridas, bem como a alteração de nome da instituição gestora do SMAP-BH, enfatizando, que antes de ser um espaço urbano de cunho cultural e ecológico, sobretudo, uma área protegida é um espaço relevante para a preservação da fauna e da flora legitimando que todo parque, independente de bacia, gestão e tamanho é essencialmente um parque zoobotânico, portanto, um recanto de salvaguarda da biodiversidade que se agrega à geodiversidade e à sociodiversidade da capital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Legislação do Município de Belo Horizonte.** Disponível em <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11181/2019> Acesso em 25. Jun. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Lei - 10879/2015 Ementa: Institui o Sistema Municipal de Áreas Protegidas de Belo Horizonte e dá outras providências**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2015/1088/10879/lei-ordinaria-n-10879-2015-institui-o-sistema-municipal-de-areas-protegidas-de-belo-horizonte-e-da-outras-providencias?q=10879> Acesso em 25. Jun. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Lei - 3237/1980 Ementa: Define a Política Municipal de Turismo, dispõe sobre Áreas Especiais e Locais de Interesse Turístico; cria Unidades e Complexos Turísticos; autoriza a instituição da Empresa Municipal de Turismo - BELOTUR - e dá outras providências**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1980/324/3237/lei-ordinaria-n-3237-1980-define-a-politica-municipal-de-turismo-dispoe-sobre-areas-especiais-e-locais-de-interesse-turistico-cria-unidades-e-complexos-turisticos-autoriza-a-instituicao-da-empresa-municipal-de-

turismo-de-belo-horizonte-belotur-e-da-outras-providencias?q=3237> Acesso em 25. Jun. 2020

ENCICLOPÉDIA ITAU CULTURAL. **Biografia de Aarão Reis.** Disponível em <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa4987/aarao-reis> Acesso em 25. Jun. 2020

FERREIRA, Daniele Gomes; ASSIS, Eleonora Sad de; KATZSCHNER, Lutz. **Construção de um mapa climático analítico para a cidade de Belo Horizonte, Brasil.** *urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana* [online]. 2017, vol.9, suppl.1, pp.255-270. ISSN 2175-3369. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/urbe/v9s1/2175-3369-urbe-9-s1-255.pdf> Acesso em 25. Jun. 2020

HORTA, Célio Augusto da Cunha. **BELO HORIZONTE: a construção de um saber geográfico.** Dissertação de Mestrado em Geográfia, Desenvolvimento Regional e Urbano. Florianópolis: Departamento de Geociências. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina, 1994. 374 p. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/30390785.pdf> Acesso em 25. Jun. 2020

MAFRA, Gisele Assis. **EVENTOS NOS PARQUES MUNICIPAIS DE BELO HORIZONTE: uma estratégia de implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no município**. Artigo de Conclusão de Curso de Especialização em Desenvolvimento Local e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Brasília – DF, Setembro/2019.

MARTINS José Rodolfo Scarati. et at **ÁGUA EM AMBIENTES URBANOS - USO DE TÉCNICAS URBANÍSTICAS PARA MITIGAÇÃO DA IMPERMEABILIZAÇÃO: PARQUES LINEARES**. Disponível em < http://www.pha.poli.usp.br/LeArq.aspx?id_arq=14203. > Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-a. **Mapeamento de Bairros da Cidade de Belo Horizonte**. Disponível em < http://www.pbh.gov.br/smpl/HTA_M007.pdf> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-b. **LEGISLAÇÃO: Parques e Zoobotânica**. Disponível em < https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/legislacao> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-c. **ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEGURANÇA ALIMENTAR E CIDADANIA: unidades produtivas coletivas e comunitárias**. Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/smasac/susan/fomento/sistemas-de-producao/coletivas-e-comunitarias> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-d. **TRANSPARÊNCIA: relatório de execução anual das ações governamentais**. Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/contas-publicas/revistas-de-prestacoes-de-contas/relatorio-execucao> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-e. **ESTRUTURA DE GOVERNO E PLANEJAMENTO: Revista Balanço PBH 2014.** Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/planejamento/SUPLOR/Diretoria%20Central%20de%20Planejamento/Revistas%20Balan%C3%A7o/revista_balanco_pbh_2014.pdf> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-f. **Tabela: População Residente e Densidade Demográfica por Bairro, Território de Gestão Compartilhada e Regional (2010).** Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/noticia/corpo/bairros_pop_dens_bh_2010%20(3).pdf> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-g **Parque do Onça.** Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/politica-urbana/planejamento-urbano/projetos-urbanos/parque-do-onca> Acesso em 25. Jun. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. 2020-h. **LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA: Política Urbana.** Disponível em < https://prefeitura.pbh.gov.br/politica-urbana/informacoes/legislacao-urbanistica> Acesso em 25. Jun. 2020

SITE LEIS MUNICIPAIS. **Dispõe sobre a delegação de competência, à Fundação de Parques Municipais, para determinar o uso dos bens por ela administrados, incluindo-se a possibilidade de delegação a particulares do uso especial**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2006/1246/12453/decreto-n-12453-2006-dispoe-sobre-a-delegacao-de-competencia-a-fundacao-de-parques-municipais-para-determinar-o-uso-dos-bens-por-ela-administrados-incluindo-se-a-possibilidade-de-delegacao-a-particulares-do-uso-especial> Acesso em 25. Jun. 2020

A CONSTITUCIONALIDADE DO AGENDAMENTO PRÉVIO DE REUNIÕES E AUDIÊNCIAS ENTRE MAGISTRADOS E ADVOGADOS

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A questão posta em discussão é bastante sensível, haja vista que o modo pelo qual os magistrados e advogados se relacionam no âmbito forense possui contornos históricos – embora pontuais – de tensões.

Como medida meramente exemplificativa, citam-se casos noticiados na imprensa em que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – no Procedimento de Controle Administrativo nº 0002680-55.2018.2.00.0000 – precisou atuar no sentido de coibir a postura de magistrado quanto à adoção de horários fixos ou previamente agendados para o atendimento dos advogados[1].

Esta celeuma não é nova, nem foi esquecida pelo próprio legislador originário do Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994), segundo o qual:

> Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.
>
> Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.
>
> Art. 7º São direitos do advogado:
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VIII – dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;

Igualmente, não obstante exista a previsão explícita alhures mencionada, o assunto está longe de ser pacífico no âmbito forense. Nesse sentido, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), desde 2009, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.330/DF ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES[2].

Segundo a entidade de classe, a norma do Estatuto da Advocacia possui *status* de lei ordinária, no entanto, por força do artigo 93 da Constituição Federal, os magistrados seriam regidos pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) – Lei Complementar nº 35/1975. Portanto, seria inconstitucional criar uma exigência funcional ao magistrado por lei ordinária, inclusive porque a citada lei complementar já prevê esse dever de atendimento, sendo redundante e inadequado repeti-lo em norma que regula o regime jurídico da advocacia. Diz a LOMAN:

> Art. 35 - São deveres do magistrado:
>
> [...]
>
> IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

Assim, a ANAMAGES defende que é necessária a adequação do direito de o advogado ser recebido pelo magistrado aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da razoabilidade. Ressalta, na eventual hipótese de manutenção desses agendamentos, que a ADI nº 4.330/DF tem o objetivo de ver compatibilizado o exercício da advocacia – princípio basilar do Estado Democrático de Direito – com os demais princípios da Constituição anteriormente citados, sendo necessária a comunicação da parte adversa previamente a essas reuniões e audiências entre os magistrados e os advogados, exceto quando a urgência do caso impedir tal proceder.

Liminarmente, a entidade solicitou que seja suspensa a expressão "*independentemente de horário prévio marcado ou outra condição*" contida no artigo 7º, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.906/1994. Em definitivo, que tal dispositivo seja declarado formalmente inconstitucional, por ofensa ao artigo 93, da Constituição

Federal. Também pediu, sucessivamente, a declaração de inconstitucionalidade material, com redução de texto, do artigo 7º, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.906/1994, por ofensa ao artigo 5º, incisos LV e LXXVIII, e ao artigo 37, *caput*, todos da Constituição Federal, excluindo a expressão "independentemente de horário prévio marcado ou outra condição" da norma questionada.

O caso obteve parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) e manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), ambas no sentido da improcedência da ação. A Câmara dos Deputados informou que a legislação impugnada obedeceu aos trâmites legais e regimentais da casa legislativa, bem como o Senado Federal defendeu a plena constitucionalidade da norma.

Ainda, a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requereram a habilitação no processo na condição de *amicus curiae*, no que foram atendidas pelo eminente Ministro Relator Gilmar Mendes.

Fixadas essas premissas, o fato é que o caso não teve, até hoje, mais de 10 (dez) anos após o seu ajuizamento, sequer apreciação do pedido de liminar formulado pela ANAMAGES.

Essa situação tem gerado uma insegurança jurídica gigantesca.

Como relatado nesse artigo, o CNJ vem coibindo essa prática de agendamento prévio de reuniões entre magistrados e advogados. No entanto, também se tem ciência de que os Ministros de Tribunais Superiores – inclusive do STF – atendem aos advogados mediante pautas de reuniões e audiências marcadas com antecedência de meses.

Essas agendas dos Ministros são públicas. Há uma aba no site do Supremo chamada "Agenda dos Ministros"[3] e outra "Agenda do Presidente"[4]. A questão é altamente explícita, não sendo segredo para ninguém. A depender da audiência ou reunião, consta o nome do advogado, o horário e o assunto a ser tratado, publicamente para todos os cidadãos brasileiros tomarem ciência.

Ao mesmo tempo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem reiteradamente decidindo pelo descabimento de exigências prévias de marcação de horário para audiências e reuniões entre magistrados e advogados. Em que pese, vale dizer, que a prática forense indica ser idêntico o procedimento do STF e do STJ quanto a essas exigências, onde para se conversar acerca de processos com Ministros do Tribunal da Cidadania as marcações são amplamente utilizadas, como regra geral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Noutras palavras, quando o STJ se debruça na seara jurisdicional julgando caso concreto, opta pela decretação da ilegalidade desta prática. No entanto, este proceder é utilizado no próprio Tribunal por vários Ministros, fato este público e notório para os advogados que labutam perante os Tribunais Superiores, os quais somente têm acesso a Ministros, em regra, a partir de agendamentos prévios.

Seguem, a título de exemplo, alguns julgados do STJ:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FIXAÇÃO DE HORÁRIO PARA ATENDIMENTO DE ADVOGADOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 133, DA CF, 35, IV, DA LOMAN, E 7º, VIII, DA LEI 8.906/94. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILEGAL E ABUSIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.
>
> 1. No caso dos autos, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra a Portaria 1/2003, editada pelo Senhor Juiz de Direito da Vara de Família do Foro Regional do Continente da Comarca de Florianópolis/SC, que fixou horário para o atendimento das partes e de seus advogados, excepcionando os casos emergenciais e advogados oriundos de outras Comarcas do Estado e de outras Unidades da Federação. O Tribunal de origem denegou a ordem por ausência de direito líquido e certo.
>
> 2. É evidente a ilegalidade e inconstitucionalidade da portaria expedida pelo magistrado em primeiro grau de jurisdição, que limitou o exercício da atividade profissional ao determinar horário para atendimento dos advogados. Especificamente sobre o caso examinado, é inadmissível aceitar que um juiz, titular de vara de família da Capital Catarinense, reserve uma hora por dia para o atendimento dos advogados, os quais, em razão das significativas particularidades que envolvem o direito de família, necessitam do efetivo acesso ao magistrado para resolver questões que exigem medidas urgentes.
>
> Assim, a afirmação do Tribunal de origem de que "a alegação de violação ao direito do livre exercício é pueril" não é compatível com a interpretação constitucional e infraconstitucional sobre a questão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. O art. 133 da Constituição Federal dispõe: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.". A redação da norma constitucional é manifesta no sentido da importância do advogado como elemento essencial no sistema judiciário nacional. Como figura indispensável à administração da justiça exerce função autônoma e independente, inexistindo dependência funcional ou hierárquica em relação a juízes de direito ou representantes do Ministério Público.

4. Por outro lado, o art. 35, IV, da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), estabelece os deveres do magistrado, entre os quais a obrigação de "tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência". Dispõe o art. 7º, VIII, do Estatuto da Advocacia, ao relacionar os direitos do advogado: "Dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.". A interpretação da legislação infraconstitucional é clara ao determinar a obrigatoriedade de o magistrado atender aos advogados que o procurarem, a qualquer momento, o que é reforçado pela prerrogativa legal que permite ao advogado a liberdade necessária ao desempenho de suas funções, as quais não podem ser mitigadas por expedientes burocráticos impostos pelo Poder Público.

5. A negativa infundada do juiz em receber advogado durante o expediente forense, quando este estiver atuando em defesa do interesse de seu cliente, configura ilegalidade e pode caracterizar abuso de autoridade. Essa é a orientação do Conselho Nacional de Justiça que, ao analisar consulta formulada por magistrado em hipótese similar, estabeleceu a seguinte premissa: "O magistrado é SEMPRE OBRIGADO a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto, e independentemente de estar em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

meio à elaboração de qualquer despacho, decisão ou sentença, ou mesmo em meio a uma reunião de trabalho. Essa obrigação constitui um dever funcional previsto na LOMAN e a sua não observância poderá implicar em responsabilização administrativa." (destaque no original)

6. Na lição do ilustre Ministro Celso de Mello, "nada pode justificar o desrespeito às prerrogativas que a própria Constituição e as leis da República atribuem ao Advogado, pois o gesto de afronta ao estatuto jurídico da Advocacia representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inaceitável ofensa ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado." (STF - MS 23.576 MC/DF, DJ de 7.12.1999).

7. Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 15.706/PA, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 7.11.2005, p. 166; RMS 13.262/SC, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min.

Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.9.2002, p. 157.

8. Provimento do recurso ordinário.

(RMS 18.296/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 04/10/2007, p. 170)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELIMITAÇÃO DE HORÁRIO PARA ATENDIMENTO A ADVOGADS. ILEGALIDADE ART. 7º INCISO VIII DA LEI Nº 8.906/94. PRECEDENTES.

1. A delimitação de horário para atendimento a advogados pelo magistrado viola o art. 7º, inciso VIII, da lei nº 8.906/94.

2. Recurso ordinário provido. (STJ, 2ª Turma, RMS nº 15706/PA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, in DJ 07/11/2005, p. 166)

ADVOGADO – DIREITO DE ENTREVISTAR-SE COM MAGISTRADO – FIXAÇÃO DE HORÁRIO – ILEGALIDADE – LEI 8.906/94 ART. 7º, VIII). É nula, por ofender ao art. 7º, VIII da Lei 8.906/94, a portaria que estabelece horários de atendimento de

> advogado pelo juiz (STJ, 1ª Turma, RMS nº 13262/SC, Rel. Desig. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ 30/09/2002, p. 157)
>
> ADMINISTRATIVO – ADVOGADO – DIREITO DE ACESSO A REPARTIÇÕES PÚBLICAS – (LEI 4215 – ART. 89, VI, C). A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do juiz. Sua atividade, como "particular em colaboração com o Estado" e livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do ministério público. O direito de ingresso e atendimento em repartições públicas (art. 89, VI, "c" da lei n. 4215/63) pode ser exercido em qualquer horário, desde que esteja presente qualquer servidor da repartição. A circunstância de se encontrar no recinto da repartição no horário de expediente ou fora dele – basta para impor ao serventuário a obrigação de atender ao advogado. A recusa de atendimento constituirá ato ilícito. Não pode o juiz vedar ou dificultar o atendimento de advogado, em horário reservado a expediente interno. Recurso provido. Segurança concedida. (STJ, 1ª Turma, RMS nº 1275/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ 23/03/92, p. 3429)

Pois bem.

Lado outro, diante da pandemia decorrente da COVID19, vários tribunais brasileiros passaram a receber críticas de advogados no sentido da necessidade de atendimento dos patronos por parte dos magistrados. É que diante do isolamento social – e os magistrados e advogados não são seres imunes ao coronavírus – houve uma maior dificuldade de acesso a estes julgadores. Com os fóruns quase todos fechados e cidadãos recolhidos em suas residências por razões de interesse público no controle ao contágio da doença, um abismo se criou entre esses sujeitos processuais – juiz e advogado.

E qual seria a solução?

Os tribunais brasileiros adotaram atendimentos virtuais de reuniões e audiências entre juízes e advogados mediante agendamento prévio e por hora marcada.

Exemplificativamente, citam-se os casos do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL)[5] e do Tribunal Regional do Trabalho de Alagoas (TRT/AL)[6] onde não

apenas houve a adoção dessa prática como também a Corregedoria – caso da corte trabalhista – estendeu esse modelo para o atendimento de Procuradores, membros do Ministério Público do Trabalho e da Defensoria Pública, Polícia Judiciária e partes que atuam no exercício do *jus postulandi*.

Nesse cenário, compreende-se que duas situações merecem especial atenção.

A primeira é a urgência da decisão do STF na ADI nº 4.330/DF a fim de que os contornos da questão em deslinde sejam, seguramente, delineados. Não é coerente que, de um lado, a prática de agendamento prévio de reuniões e audiências seja objeto de represálias por determinados julgamentos em órgãos do Poder Judiciário, mesmo que estes também o façam de maneira contumaz em suas atividades administrativas. E, de outro, que haja uma expansão desse procedimento como se ele fosse uma saída eficaz e viável, à revelia da repulsa notória nos julgamentos no âmbito do STJ e do CNJ, por exemplo.

Algo não pode *ser* e *não ser* constitucional nesse grau de subjetivismo institucional. Ou *é* ou *não é*. É o clássico princípio da não-contradição.

A segunda é compreender a finalidade da norma do artigo 7º, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.906/1994, qual seja garantir o livre exercício da nobre função advocatícia, consoante o artigo 133 da Carta Política. É democratizar o acesso à justiça, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, garantir a celeridade e a efetividade do processo. Desenvolver soluções criativas para os problemas decorrentes da pandemia e tantas outras dificuldades que afetam a sociedade e o Poder Judiciário.

Portanto, não se vê, com a devida vênia aos entendimentos em sentido inverso, que práticas de organização de agendamento prévio de atendimentos de advogados seja uma medida inconstitucional. A inconstitucionalidade seria a eventual criação pelo magistrado de um mecanismo burocrático, obscuro, pessoal, desigual e impeditivo do exercício desses diálogos.

Por exemplo, se o magistrado somente atendesse aos advogados por 2 (dois) minutos ao final do expediente, no trajeto do corredor até o elevador, às 19h, de uma sexta-feira. Isso seria um agendamento inconstitucional. Mas qual seria a inconstitucionalidade numa relação consensual e dialógica onde o magistrado abrisse uma agenda com diversos dias e horários possíveis para atendimento, na qual o advogado poderá optar qual lhe convém? A título de comparação – embora guardadas as proporções – um paciente poderia se submeter à cirurgia no horário que quisesse? Ou somente quando o médico pudesse lhe atender no hospital? Ou não existem atendimentos médicos (consultas) e cirurgias por hora marcada?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E mais, mediante agendamento prévio, com a certeza do advogado de que o magistrado poderá lhe atender já sabedor de qual processo se trata, isto é, de quais dificuldades o caso exige, certamente mais próxima estará a solução efetiva da prestação jurisdicional. Poderá ocorrer até mesmo um impulsionamento natural do processo e uma resolutividade da pendência processual antes dessa reunião ou audiência, na medida em que o juiz – ao analisar o caso a ser discutido no agendamento – venha a antecipar o desfecho esperado pela parte solicitante.

Ou seria melhor que o advogado ficasse 2 ou 3 horas aguardando o magistrado concluir uma sessão do Tribunal do Júri para, somente então, tentar abordá-lo no fórum em busca de um diálogo? Ou seria mais confortável torcer para que o magistrado estivesse no fórum naquele dia em que o advogado atravessou a cidade para aventurar uma conversa com aquele? Juiz este que poderá não estar no fórum devido a outros compromissos da atarefada vida pública? Não seria mais razoável que, a partir de um prévio agendamento e com o uso de ferramentas digitais de videoconferência, esse contato entre os sujeitos processuais já tivesse um dia e horário marcado?

Frente ao exposto, entende-se que cabe, sim, ao Supremo colocar um ponto final na ADI nº 4.330/DF, mas também, é preciso que os advogados compreendam o novo cenário envolto no sistema de justiça brasileiro do século XXI, notadamente em tempos difíceis de pandemia do COVID19.

Prerrogativas e direitos da advocacia devem ser defendidos, mas nem sempre a interpretação literal de normas conduz a resultados positivos. É preciso fomentar o consenso, o diálogo, corrigir os cursos dos eventuais excessos regulamentadores dessa prática de agendamento prévio de audiências e reuniões, sem os radicalismos que venham a contaminar e deturpar a própria finalidade das normas dos artigos 6º e 7º, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.906/1994.

O exercício de direitos e prerrogativas não é absoluto e recomenda bom senso.

NOTAS:

[1] **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-nao-restringir-atendimento.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

[2] **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3790644>. Acesso em: 08 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[3] **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/agendaMinistro/listarAgendaMinistro.asp>. Acesso em: 08 ago. 2020.

[4] **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/agendaPresidente/pesquisarAgendaPresidente.asp>. Acesso em: 08 ago. 2020.

[5] **BRASIL**. Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL). Disponível em: <https://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16986>. Acesso em: 08 ago. 2020.

[6] **BRASIL**. Tribunal Regional do Trabalho de Alagoas (TRT/AL). Disponível em: <https://site.trt19.jus.br/noticia/corregedoria-do-trtal-recomenda-que-magistrados-agendem-atendimento-por-videoconferencia>. Acesso em: 08 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PSICOPATIA NO DIREITO PENAL: O QUE O CÓDIGO PREVÊ E A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO QUANTO A REEDUCANDO PSICOPATAS.

KENYA FLÁVIA COELHO DOS SANTOS: graduanda no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Artigo científico apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis/SP. Como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal. **Orientador**: Prof. Me. ANDRÉ DE PAULA VIANA. **Co-Orientador:** Prof. Me. ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS

RESUMO: O presente trabalho traz em seu desenvolvimento a figura do psicopata e a forma como a justiça brasileira lida com o mesmo, a forma como está é tratada, como aspectos penais para o assunto, pouco discutido, mas de muita importância à área da psicologia forense. Tem o intuito de trazer à baila o assunto para área acadêmica com exemplos, bem como devido esclarecimento técnico no que diz respeito à teoria geral de crime, e de pena no brasil. Procura citar também através de aspectos doutrinários e jurisprudenciais a análise dos magistrados a respeito do juízo sobre inimputabilidade ou semi-imputalidade, fazendo-se necessário o entendimento sobre quem são os psicopatas e como a lei penal é aplicada. Ressalta-se a devida explicação e análise à luz do Código de Processo Penal e Código Penal a respeito do presente tema, como a forma que trata a Lei de execução Penal nos casos de autores de ação ou omissão delitiva.

Palavras-chave: Imputabilidade; Semi-imputabilidade; Penal; Psicopatia.

ABSTRACT: The present work brings in its development the figure of the psychopath and the way the Brazilian justice deals with it, the way it is treated, as criminal aspects for the subject, little discussed, but very important in the area of forensic psychology. It aims to bring up the subject for the academic area with examples, as well as due technical clarification with respect to the general theory of crime, and punishment in Brazil. It also seeks to quote through doctrinal and jurisprudential aspects the analysis of the magistrates regarding the judgment on non-imputability or semi-imputability, making it necessary to understand who the psychopaths are and how the penal law is applied. Emphasis is given to the proper explanation and analysis in the light of the Code of Criminal Procedure and Penal Code regarding this subject, as the form that

the Law of Criminal Execution deals with in cases of perpetrators of criminal action or omission.

Keywords: Imputability; Semi-imputability; Criminal; Psychopathy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O DIREITO E A PSIQUIATRIA FORENSE. 2.1. História de estudo. 2.2. O direito penal e a psiquiatria forense. 3. CONCEITO. 3.1. Da imputabilidade penal. 3.2. Da inimputabilidade penal. 3.2.1. Da existência da inimputabilidade antes do cometimento do crime. 3.2.2. Da existência da inimputabilidade durante o cometimento do crime. 3.2.3. Da existência da inimputabilidade depois do cometimento do crime. 4. DA SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL. 5. CASOS FAMOSOS DE PSICOPATAS BRASILEIROS. 5.1. Pedro Rodrigues Filho (Pedrinho Matador). 5.2. Francisco de Assis Pereira (Maníaco do Parque). 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A psicopatia é um tema de relevante significado na área da psicologia forense. Psicopatia, atualmente, é entendida como um transtorno de personalidade, tendo como característica principal uma alteração de caráter, sendo definido como Transtorno de personalidade antissocial, como descreve o Manual de Diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais(DSM-5), dessa forma, tal questão interessa a este trabalho no que tange às questões penais, haja vista que os portadores de tal transtorno apresentam comportamentos que propiciam os mesmos a cometer infrações penais, como a impulsão, ausência de autocontrole comportamental, empatia, e responsabilidade (KRAEPELIN, 1904).

Sendo estes indivíduos pessoas de todos os tipos sociais, não havendo distinção de gênero, desprovidos de remorso, sensibilidade, culpa, senso de responsabilidade ética. São perfeitamente capazes de esconder suas intenções e suas atitudes e se apresentam como pessoas normais, capazes de dar respostas sociais apropriadas, para situações cotidianas, esse distúrbio não é visto como uma doença mental, já que por sua vez, o agente tem a plena consciência do certo e errado, e do caráter ilícito de suas atitudes.

O trabalho em seu desenvolvimento trata de tal problemática de forma sucinta, porém clara, sendo este um problema real e que envolve séculos de estudos na área da psicologia e psiquiatria, mas pouco abordado na área forense, sendo este de suma necessidade, tendo em vista traços da psicopatia na grande maioria de reeducandos no sistema penal de todo o mundo.

Este trabalho possui o intuito de pontuar como o Código Penal Brasileiro se posiciona diante desses agentes, sobre a psiquiatria forense, bem como abranger acerca do exame psiquiátrico e criminológico assim trazendo casos famosos de crimes cometidos pelos mesmos.

Esta pesquisa é de grande relevância para que todos entendam da importância e da existência deste problema, que todos estão sujeitos a se deparar com um psicopata, e de como o nosso sistema lida com o assunto.

2.O DIREITO E A PSIQUIATRIA FORENSE

2.1 História de estudo

A psicopatia, sendo, hoje, definida como Transtorno de Personalidade Antissocial, fora inicialmente registrada em escritos psiquiátricos no Século XVIII por Philippe Pinel como "mania sem delírio". Pinel, considerado o pai da psiquiatria, percebeu que havia pacientes, que, embora tivessem comportamentos violentos, tinham plena consciência de seus atos, dessa forma, temos os primeiros registros psiquiátricos sobre o que hoje chamamos "Psicopata".

A discussão se deu início quando alguns psiquiatras e filósofos se questionaram se esses agentes com atitudes repugnantes e imorais seriam capazes de, no curso de seus atos, entender que aquilo era errado, inclusive sendo descrito por Homero que a Loucura era fruto de capricho dos "deuses" que utilizavam de algumas pessoas como fantoches, a fim de manifestar algumas de suas vontades. Mais tarde, por volta de 1 a.C. Hipócrates, também grego, que descreveu a loucura como mau natural, com uma visão sem grau de espiritualidade, como dantes era descrita a Loucura. Logo mais, com a ascendência do Cristianismo, a loucura foi reconsiderada como uma força exterior, como descrevia Homero anteriormente, só que, diferindo de outrora, a loucura era considerada reação de demônios, ou ainda como consequência do pecado (PESSOTTI, 1994).

Distúrbios, doenças e transtornos mentais começaram a ter cunhos científicos aprofundados a partir do fim século XVIII, com Philippe Pinel, bem como com a afirmação de Hegel de que "a alienação mental não é a perda abstrata da Razão, mas somente contradição na Razão que ainda existe" (HEGEL), e no início do século XIX, acarretando novidades em termos de pesquisas.

2.2 O direito penal e a psiquiatria forense

A psiquiatria forense juntamente com o direito penal não tem muitos estudos se for comparado às outras áreas do direito. Se tratando de processo penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no Brasil, quando se há dúvidas a questão da saúde mental do réu, o juiz deverá instaurar incidente de insanidade mental com espeque nos art.149 a 154, do Código de Processo Penal, os quais prelecionam sobre a possibilidade de dúvida sobre a sanidade mental do agente, devendo essa dúvida ser sanada por terceiro com devido conhecimento técnico sobre o assunto. Dessa forma, temos que o código processual traz em seu artigo 149 as possiblidades de requerimento do incidente, *Ipsis litteris*:

> **Art. 149.** Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.
>
> **§ 1°**O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.
>
> **§ 2°**O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Temos no artigo 149 a apresentação da condição do requerimento do incidente de insanidade mental, pelo Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, a possibilidade da realização *ex officio* pelo Juiz, ou ainda, conforme o primeiro parágrafo, a representação na fase inquisitiva pela autoridade policial competente. Verifica-se ainda, que, tendo iniciada a ação penal, há a possibilidade da suspensão do processo, exceto em casos que a instrução seja prejudicada por tal suspensão.

A fim de confirmar tal dúvida, juntamente é feita uma perícia psiquiátrica com a finalidade de averiguar se o agente tinha ou não discernimento da conduta ilícita necessária e se poderia se comportar de forma contraria da qual se comportou, como podemos verificar nos artigos 151 e 152 do CPP. Tais artigos tratam da possibilidade de o acusado realizar a infração sob coação irresistível ou estrita obediência a ordem, devendo o mesmo ser amparado pelo artigo 22 do Código Penal, sendo punível o autor da coação ou da ordem; em verificando que a doença mental do acusado sobreveio à infração, deve-se ater ao §2º do artigo 149, sendo suspenso o processo até que o acusado se restabeleça.

É de suma importância a perícia psiquiátrica penal, pois é um procedimento complexo, exigindo o profundo conhecimento no assunto, assim também deverá ter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a noção de elaboração de laudos e da matéria de direito penal. Os laudos serão considerados como provas, tendo influencia na sentença do juiz, logo, é estritamente necessário a estes o devido conhecimento técnico sobre o assunto. Entretanto, de acordo com o artigo 182, CPP: "Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

A avaliação da perícia tem os objetivos de estabelecer o diagnóstico da situação que o agente se encontra. Os fatores desta avaliação são basicamente os mesmos que são usados na psiquiatria clínica geral, sendo um exame psíquico para avaliação do estado mental atual do mesmo. Assim avaliando a existência de alteração psíquica ou doença para então o direito penal decidir como resolverá o caso.

3.CONCEITO

Os comportamentos dos psicopatas na sua maioria apresentam periculosidade, refletindo na sociedade, amigos e família, já que por sua vez conhecem as regras, mas decidem agir como bem entendem buscando satisfazer suas vontades e necessidades sem sentir nenhum tipo de culpa pelo mal que possa causar ou se preocupar com as consequências de seus atos. A psiquiatra Hilda Morana afirma que "de 1 a 3% (um a três por cento) da população apresenta psicopatia e que, dentro do sistema prisional, cerca de 20% (vinte por cento) dos encarcerados é psicopata [...]" (MORANA, 2017).

No nosso sistema, o psicopata criminoso cumpre pena privativa de liberdade ou ficam submetidos à medida de segurança. Ocorre que ainda não existe tratamento especifico para este distúrbio, além disto, a ausência de estrutura no sistema prisional seja em hospitais de custódia, hospitais psiquiátricos e penitenciaria.

Quanto à aplicação de pena, cabe ao magistrado, nos termos do artigo 59 do Código Penal, e ainda a avaliação do mesmo à luz do artigo 182 do Código de Processo Penal, sendo a este dada a discrição de acatar em parte ou em todo o laudo psicológico do acusado, ou ainda rejeita-lo, neste último, o acusado cumprirá a pena à Luz da Lei de Execução Penal, sendo considerado imputável. No entanto, temos que, sob o aspecto doutrinário, há a concordância de que o psicopata possui ciência do caráter ilícito da infração que comete, estando a pratica infracional ligada a lucidez de suas ações, *in verbis*:

> Trata-se da primeira hipótese de causa de exclusão da imputabilidade. Menciona a lei a doença mental. Embora vaga e sem maior rigor científico, a expressão abrange todas as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental". (MIRABETE; FABRINNI, 2016, p.197).

É mencionada a ausência de rigor científico na edição do artigo 26 do Código Penal, deixando vasto o campo de possibilidades de transtornos mentais, dentre eles tratamos dos de personalidade antissocial, tendo margem para a discrição do magistrado. Entretanto.

> A grande problemática do jus puniendi quando aplicado aos casos envolvendo psicopatas é a incapacidade que estes possuem de entender a dimensão dos atos cruéis praticados, ou seja, a punição para eles não são um meio impeditivo para o cometimento de novo fato delituoso. (FERRARI, 2001, p.102)

Nos termos de Ferrari, observa-se que de acordo com a mente do psicopata, a punição não surte, na maioria das vezes, efeito reeducativo.

Em casos de inimputabilidade, o magistrado recorre a medida de segurança nos termos do artigo 26 do Código Penal, ou ainda, nos casos de semi-imputabilidade. Insta ressaltar que a aplicação de medida de segurança não se confunde com pena, conforme se vê na jurisprudência elencada a seguir:

> HABEAS CORPUS Nº 462.893 - MS (2018/0197852-1) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PACIENTE : ANTÔNIO NADRA JEHA FILHO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO E AMEAÇA. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. SEMI-IMPUTABILIDADE. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE INTERNAÇÃO DESNECESSÁRIA. CONSTATAÇÃO DE PERICULOSIDADE. RISCO PARA A FAMÍLIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. Ordem denegada. DECISÃO Trata-se de habeas corpus impetrado em benefício de Antônio Nadra Jeha Filho, em que se aponta como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. No Processo n. 0043354-43.2015.8.12.0001, o Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande/MS condenou o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> paciente à pena de 2 meses de prisão simples, por contravenção de vias de fato, e 4 meses de detenção, pelo delito de ameaça, totalizando 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, pela prática do delito descrito no art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 e art. 147 do Código Penal, ambos c/c art. 26, parágrafo único, e art. 98, do mesmo diploma legal (fls. 275/282). Interposta apelação pela defesa (n. 0043354-43.2015.8.12.0001), foi pedida a absolvição do paciente e, subsidiariamente, a declaração de semi-imputabilidade. A Primeira Câmara Criminal negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 360): APELAÇÃO CRIMINAL AMEAÇA E VIAS DE FATO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ABSOLVIÇÃO - INVIÁVEL PROVAS SEGURAS PALAVRA DE VÍTIMAS E DE INFORMANTES PRETENDIDA EXCLUSÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 98, DO CÓDIGO PENAL - IMPOSSIBILIDADE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL COM PRODUÇÃO DE LAUDO PSIQUIÁTRICO, CORROBORADO POR LAUDO PSICODIAGNÓSTICO PARA FINS JUDICIAIS - **CONCLUSÕES PERICIAIS QUE INDICAM ANOMALIA PSÍQUICA E RECOMENDAM AFASTAMENTO DO CONVÍVIO FAMILIAR, POR REPRESENTAR RISCO AOS FAMILIARES - REDUTORA DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO RECONHECIDA** - **MEDIDA DE SEGURANÇA ADEQUADAMENTE IMPOSTA** - PEITO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL E DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INVIÁVEL **MEDIDA DE SEGURANÇA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENA** - INAPLICÁVEL A DETRAÇÃO PENAL. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator (STJ - HC: 462893 MS 2018/0197852-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 21/11/2018).

Conforme se verifica na jurisprudência elencada, temos que a medida de segurança não se confunde com pena, sendo a medida aplicada nos casos em que o agente infrator, embora inimputável, manifeste risco real à vítima, e sendo o semi-imputável passível de pena, porém reduzida.

3.1 Da imputabilidade penal

A condição de culpabilidade, ao que diz respeito à teoria tripartida de crime, trata da base para a possibilidade da aferição de pena a fato típico e antijurídico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

logo, não pode ser responsabilizado penalmente o agente que não preenche os requisitos da culpabilidade, sendo estes: Capacidade da culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta (BITTENCOURT, 2016). Dessa forma, se o indivíduo não é culpável, também não é imputável, não tendo assim a plenitude da consciência da ilicitude.

Entende-se como ser imputável o indivíduo que, no momento do fato, possuía a plena capacidade de entendimento jurídico e ético e de autodeterminação, podendo atribuir ao agente a devida responsabilidade pela prática da infração penal cometida. Capez, diz que:

> [...] A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Não basta só a capacidade plena é necessário também ter total condição de controle sobre sua vontade, ou seja, o agente imputável não é somente aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade. A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectivo, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado pelos seus atos. (CAPEZ, 2008, p, 308)

Dessa forma, temos na citação de Capez, dois elementos chave ao portador de transtorno de personalidade, devendo se relevar o gozo de suas faculdades mentais em plenitude como condição específica à imputabilidade, apresentando o aspecto que trata do intelecto do infrator, e sua capacidade de entender a imoralidade que comete, e o segundo, que trata do pleno controle de sua vontade, de forma que ambos estejam presentes na conduta do agente. Nos termos "A imputabilidade penal é a condição atribuída ao agende delituoso que se mostra incapaz de responder pelo ilícito penal cometido". (MIRABETE; FABRINNI, 2016).

3.2 Da inimputabilidade penal

De acordo com o artigo 26 do Código Penal, é somente considerado inimputável quem por desenvolvimento mental incompleto, doença mental ou retardado não possuir a capacidade do gozo no momento da ação, que esteja incapaz de entender o caráter ilícito do ocorrido. Ou seja, para o psicopata ser

considerado inimputável, teria que se tratar de uma doença ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto, o que não é o caso desses portadores, o agente tem pleno conhecimento do ato ilícito, o indivíduo psicopata não apresenta nenhuma desordem mental.

> **Art. 26** - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ante o citado, temos que o Código Penal, para determinar a isenção de pena ao agente, determinou dois critérios que tratam da condição psicológica do infrator, sendo eles: Doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado; e, a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Adotando então o critério *biopsicológico* para aferição da inimputabilidade do agente (GRECO, 2016, p.497).

3.2.1 Da existência da inimputabilidade antes do cometimento do crime

Nos casos em que há a existência de inimputabilidade ante o cometimento da infração, temos que a mesma deve ser comprovada em laudo psicológico nos termos do artigo 150, do Código de Processo Penal, através da instauração do incidente de sanidade mental, com espeque no art. 149, CPP. Comprovada a insanidade mental do acusado, cabe ao magistrado acatar ou rejeitar, em parte ou em todo o laudo psicológico.

Caso, ao tempo da avaliação psiquiátrica o acusado estiver preso, o mesmo será internado em manicômio judiciário até o resultado do exame. O exame psicológico não terá prazo maior que quarenta e cinco (45) dias, exceto nos casos em que o perito necessitar da dilação do prazo, e em não havendo riscos à instrução, a fim de facilitar a avaliação psicológica, o juízo poderá remeter os autos ao perito, nos termos do §1º e 2º do art. 150, Código Processual Penal.

3.2.2 Da existência da inimputabilidade durante o cometimento do crime

Há ainda a possibilidade de inimputabilidade durante o cometimento da infração, com espeque no artigo 22 do Código Penal, *in verbis*:

> **Art. 22** - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Dessa forma, nas infrações em que o autor comete o ato sob coação irresistível, ou ainda, caso o mesmo esteja em estrida obediência a ordem, o terceiro, coator, é imputável, tendo este responsabilidade pelo ilícito penal.

3.2.3 Da existência da inimputabilidade depois do cometimento do crime

O Código de Processo penal abrange ainda os casos em que o autor da infração se torna inimputável após a prática do crime. Porém, o autor não possui punibilidade extinta. O processo é suspenso até que o acusado se restabeleça, nos termos do art. 152, §2º, CPP.

Caso o acusado esteja cumprindo pena, cumpre-se o disposto no artigo 183 da Lei de Execução Penal:

> **Art. 183** - Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

Sendo assim, sendo a pena imposta ao réu, sobrevindo à este doença mental ou perturbação de saúde mental, a determinação da substituição da pena por medida de segurança poderá ser requerida pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, ou ainda efetivada pelo juiz *ex officio*, vejamos: "Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida."

Pode ainda o tratamento ambulatorial ser convertido em internação, em casos de incompatibilidade com a medida.

4.DA SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL

Nesse caso o agente tem apenas parcialmente a capacidade de determinação e entendimento, o que se dá na redução de um terço a dois terços de pena. O semi-imputável é aquele que ter o seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado. E também é necessário uma pericia judicial para que se confirme se o indivíduo é portador da doença mental, uma perturbação de saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 26** - do Código Penal: Redução de pena Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ante o dispositivo legal art. 26, parágrafo único, temos que o autor da ação ou omissão delitiva pode ter a pena reduzida de um a dois terços, tratando este da semi-imputabilidade segundo a doutrina. O que se chama impropriamente 'responsabilidade diminuída' não é senão responsabilidade com menor culpabilidade (HUNGRIA, 1948-1951).

5. CASOS FAMOSOS DE PSICOPATAS BRASILEIROS

No Brasil, temos diversos exemplos notáveis de psicopatas que cometeram assassinatos em série, como os exemplos a seguir.

5.1 Pedro Rodrigues Filho (Pedrinho Matador)

Nascido em, Santa Rita do Sapucaí, Pedro Rodrigues Filho (66), é considerado o maior "serial killer" brasileiro atualmente, tendo cometido diversos homicídios antes de completar 18 anos, Pedrinho matador admite ter matado mais de 100 pessoas ao longo de sua vida, a maioria delas enquanto encarcerado.

O primeiro de seus crimes foi aos 14 anos, ao executar a tiros o prefeito da cidade que havia dado ordem de demissão da escola em que este trabalhava sob a acusação de roubar merenda da escola, logo após, matou o vigia desta escola, que supunha ser o verdadeiro ladrão. Após, realizou diversos homicídios, até ser recluso aos 18 anos.

Pedrinho Matador, como é sua alcunha, viveu 42 anos em regime fechado, onde diz ter praticado a maioria dos seus homicídios, inclusive contra o próprio pai. Verifica-se neste caso que o sistema carcerário por vezes acaba sendo um lugar mais violento do que se espera, já que o objetivo da execução penal é a reeducação e reinserção do preso na sociedade. "Pedrinho viveu de acordo com as regras não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

escritas que governam as cadeias brasileiras. Transgrediu uma: sobreviveu" (MENDONÇA, 2004:64).

Hoje Pedro Rodrigues cumpre pena em liberdade na casa de parentes e, inclusive, tem um canal no Youtube intitulado "Pedrinho ex-matador & Pablo Silva 2p", onde comenta casos de homicídios graves no brasil, além de contar um pouco da sua história.

5.2 Francisco de Assis Pereira (Maníaco do Parque)

O histórico infantil de Francisco Assis Pereira, e o ambiente em que foi criado, tendo sido abusado sexualmente e convivendo com a crueldade a animais e sadismo, influenciaram nas atitudes da persona do conhecido Maníaco do Parque. O mesmo fora acusado e condenado por homicídio triplamente qualificado, estupro, atentado ao pudor e ocultação de cadáver de 11 mulheres, e encontra-se hoje cumprindo pena com previsão de soltura em 2028.

À época dos fatos, Francisco de Assis trabalhava como motoboy em uma empresa próxima a delegacia que investigava seus crimes, tendo sido encontrado após denúncia de um colega de quarto que viu sua foto na televisão no ano de 1998. Foto esta identificada após seu ex-patrão encontrar a carteira de identidade de uma das vítimas de Francisco no encanamento do vaso sanitário da empresa.

Francisco fora sentenciado como semi-imputável haja vista ter sofrido de um elemento chamado "homicídio sexual por fatores inconscientes" conforme seu laudo psicológico, influenciado pelos abusos e maus-tratos sofridos na infância (CAIXETA; COSTA, 2009).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que fora exposto no presente trabalho, vê-se a forma como é tratada a psicopatia pelo Direito Penal brasileiro, bem como a forma de aplicação de penalidade no que tange à culpabilidade pelo psicopata homicida, e as medidas de segurança tomadas quanto a estes.

Fora explanado também sobre a forma como são analisados os casos cujo agente infrator sofre de transtornos mentais, a saber, a psicopatia. Dessa forma, temos no decorrer deste, assuntos necessários para o entendimento dos conceitos de imputabilidade, culpabilidade, dentre outros, tendo em vista a necessidade de recorrer à visão geral de crime, e a definição da psicopatia pela psiquiatria, abrangendo o sistema penal brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Insta ressaltar que, a não aplicação da medida de segurança de modo correto nesses casos, acaba implicando na ineficácia da reinserção dos demais reeducandos à sociedade, haja vista que a convivência com a violência, rebeldia, bem como motins, ou o envolvimento com facções e grupos criminosos dentro do estabelecimento prisional, como foi o caso do "Serial Killer" Pedrinho Matador, que tendo cumprido 42 anos em regime fechado, teria efetuado a maioria das suas execuções enquanto encarcerado. Logo o sistema Penitenciário não alcançaria o seu objetivo de reeducação.

Foi possível perceber através deste, que algumas visões sobre a relação entre a psicopatia e a moralidade não existe, sendo o psicopata incapaz de tomar decisões morais, sendo assim, não deve ser reinserido na sociedade, além de ser considerado inimputável ou semi-imputável, por outro lado, há correntes doutrinárias que acreditam ser o infrator portador de psicopatia perfeitamente capaz de discernir seus atos, tendo este pleno gozo de suas faculdades mentais, não podendo ser o transtorno psicopata como justificativa pelas infrações do mesmo. Sendo assim, à luz do que preleciona o artigo 26, do Código Penal (inimputabilidade), bem como seu parágrafo único (sobre semi-imputabilidade), a divergência doutrinária leva-nos a resolução de tal impasse às jurisprudências sobre o assunto.

Tal impasse e a resolução do mesmo nos leva a outro questionamento: seria possível a criação de estabelecimentos psiquiátrico-penais suficientes para que fossem tratados tais indivíduos? A depender da resposta deste teríamos a solução para a problemática proposta por este trabalho, tendo em vista o fato de que os mesmos (sob medida de segurança), não cumprem pena, logo, não estão sob tutela da Lei de Execução Penal.

Portanto, ante o exposto no parágrafo anterior e tendo em vista o dispositivo e as fontes do direito utilizadas para tratar o assunto, temos como uma possível medida para solução do objetivo que tratou este trabalho. Ressaltando-se o fato de que a aplicação do disposto no art.26, §ú, necessita de comprovação técnica da portabilidade de transtorno mental pelo sentenciado, e por vezes, embora algumas jurisprudências se utilizem da aplicação do mesmo, o faz de forma atécnica, conforme dispomos no decorrer do trabalho.

No mais, temos que as hipóteses que o presente levantou trata-se de assunto de extrema relevância ao direito, porém pouco abordado pela doutrina, devendo ser dada a devida importância pelas fontes formais de direito, afim de que sejam devidamente embasadas as sentenças e/ou acórdãos que tratam do assunto em questão, bem como as discussões acadêmicas sobre tal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARANTE, P. **O homem e a serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria**, Rio de Janeiro: editora: Fio Cruz, 1996.

BITENCOURT, C. Tratado de Direito Penal**: parte geral. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiv, 2016.**

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº462.893** – MS (2018-0197852-1). Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649570462/habeas-corpus-hc-462893-ms-2018-0197852-1/decisao-monocratica-649570489?ref=serp>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CAIXETA; COSTA. Psiquiatria forense**. São Paulo: Ed. LMP, 2009.**

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 12ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARI, E. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral - Vol. I - 18ª Ed. Niterói, RJ: editora: Impetus, 2016.

HUNGRIA; DOTTI. Comentários ao Código Penal **- Tomo I - Vol. 1 - 6ª Ed.** Rio de Janeiro: editora: GZ, 2017.

KRAEPELIN, E. **Lectures on clinical psychiatry.** Traduzido [por A. Austregésilo]. Arquivos Brasileiros de Psiquiatria, Neurologia e Ciências Afins, Rio de Janeiro. 1904.

MIRABETE; FABBRINI. **Manual de Direito Penal** - Vol. II - 33ª Ed. São Paulo: editora: Atlas, 2016.

PESSOTI, I. **A Loucura e as Épocas**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO POR MEIO DA TECNOLOGIA

JOÃO HÉLIO REALE DA CRUZ: Mestre em Direito - UNESA-FG (Minter). Especialista em Direito Processual Civil pela UESC. Professor da UNEB e FG, Analista Judiciário – TER.

RESUMO: A educação tem buscado os meios capazes de possibilitar uma maior qualidade e eficiência no aprendizado, considerando os tempos em que a tecnologia da informação vem avançando e possibilita novas formas e meios de sua utilização para o ato educativo. Questiona-se em que medida as tecnologias da informação podem servir à atividade educativa. O objetivo da pesquisa é demonstrar a importância da tecnologia na educação. Tem-se a pesquisa bibliográfica como tipologia adequada para o desenvolvimento do trabalho. Verificou-se que as ferramentas tecnológicas podem ser decisivas em possibilitar um melhor aprendizado e maior acesso ao conhecimento.

Palavras-chave: Educação. Tecnologia. Aprendizado. Conhecimento.

ABSTRACT: Education has sought the means capable of enabling greater quality and efficiency in learning, considering the times when information technology has been advancing and enables new ways and means of its use for the educational act. It is questioned to what extent information technologies can serve the educational activity. The objective of the research is to demonstrate the importance of technology in education. Bibliographic research is an adequate typology for the development of the work. It was found that technological tools can be decisive in enabling better learning and greater access to knowledge.

Keywords: Education. Technology. Learning. Knowledge.

Introdução

A sociedade da informação exige que os indivíduos aprendam a aprender utilizando-se os diversos meios disponíveis para tanto. Considerando que as tradicionais formas de ensino vão sendo incrementadas ou superadas por instrumentos tecnológicos, a utilização desses meios revela-se como algo capaz de modificar a forma de ensino-aprendizagem nos mais diversos contextos.

O aprender deve ser tomado como prazeroso, envolvendo os sujeitos que atuam no ato educativo, aprender sobre as quatros dimensões que fundamentam a prática pedagógica, a conhecer, a fazer, a viver e a ser.

A partir da discussão dos quatro pilares da educação apresentado por Deloris (1998), busca-se contextualizar a importância do uso das tecnologias da informação na missão de possibilitar o aprendizado de forma mais democrática.

Tem-se por objetivo demonstrar a importância das ferramentas tecnológicas na educação como instrumento de democratização do conhecimento.

Visando a atingir o objetivo proposto utiliza-se como tipologia metodológica a pesquisa bibliográfica, tomando os principais autores que tratam do tema, em textos publicados em meio físico ou eletrônico.

A fundamentação do texto tem como autores principais: Deloris (1998); Takahashi (2000); Olinêva (2007); Guimarães e Rodrigues (2007); Paese (2012).

Desenvolvimento

A prática pedagógica busca desenvolver quatro aprendizagens básicas, considerados os pilares da educação: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser, sendo que o primeiro aponta para o interesse em conhecer, afastando a ignorância. O aprender a fazer traz a capacidade para arriscar-se, assumir erros, mas tendo como o foco o acerto; *aprender a viver* apresenta a possibilidade de conviver, com respeito e a prática fraterna; *aprender a ser* define o ser do sujeito em sua capacidade de intervir na sociedade como cidadão (RODRIGUES, 2020).

Uma das principais consequências da sociedade do conhecimento é a necessidade de uma aprendizagem continuada, com base nos quatros pilares, que são ao mesmo tempo pilares do conhecimento e da formação permanente (DELORS, 1998).

A aprendizagem deve revelar-se com um ato prazeroso, estimulando uma formação continuada e capaz de tornar o indivíduo apto a prosseguir no processo de busca do conhecimento, utilizando os recursos que estejam disponíveis para tanto.

No campo da educação profissional é que o aprender a fazer encontra maior ressonância, quando o indivíduo põe em prática aquilo que aprendeu, o conhecimento que adquiriu, devendo está sempre atualizado conforme sua área de atuação. Desenvolver uma competência pessoal é necessário para que o indivíduo se adapte com maior facilidade às mudanças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É no contexto da convivência que o aprendizado ganha importância, sobretudo deve-se aprender a viver ou a conviver, viver junto. Leva-se em consideração a capacidade de resolução de conflitos, participação em atividades comuns. O desenvolvimento dessa capacidade de conviver também está relacionada a educação de qualidade.

As diversas esferas da inteligência humana podem ser desenvolvidas com a contribuição de práticas educativas adequadas, preparando o indivíduo para agir em circunstâncias diversas.

A educação deve ter como meta preparar as crianças e os jovens para experiências e descobertas, considerando que para Delors

> O desenvolvimento tem pôr objeto à realização completa do homem, em toda sua riqueza e na complexidade das suas expressões e dos seus compromissos; indivíduo membro de uma família e de coletividade, cidadão e produtor, inventor de técnicas e criador de sonhos (DELORS, 1998).

Considerando o papel transformador da educação, pode-se pensar que uma educação de qualidade, com a democratização do acesso ao conhecimento, permite ao indivíduo o desenvolvimento de um senso crítico e capacidade de reflexão sobre a própria sociedade e o contexto em que vive, tornando-o capaz de transformá-lo.

A ideia de democratização do ensino leva em consideração maiores oportunidades de acesso à educação, o que pode ser alcançado pelo uso dos meios tecnológicos disponíveis na atualidade.

A educação tem um papel relevante na formação do indivíduo, sobretudo na sociedade da informação, na qual há uma maior gama de conhecimento disponível por meio dos instrumentos de mídia e da *internet*, conforme afirma Takahashi:

> Educar em uma sociedade da informação significa muito mais que treinar as pessoas para o uso das tecnologias de informação e comunicação, trata-se de investir na criação de competências suficientemente amplas que lhes permitam ter uma atuação efetiva na produção de bens e serviços, tomar decisões fundamentadas no conhecimento, operar com fluência os novos meios e ferramentas em seu trabalho, bem como aplicar criativamente as novas mídias, seja em usos

> simples e rotineiros, seja em aplicações mais sofisticadas. (TAKAHASHI, 2000)

Assim, as atividades desenvolvidas pelo professor devem levar em conta o atual contexto tecnológico e o melhor aproveitamento dos recursos para a formação do aluno.

O uso da tecnologia da informação na ação educativa faz-se necessária uma vez que a informática está presente nas diversas áreas e no cotidiano das pessoas, revolucionando, principalmente a forma como as pessoas comunicam-se.

O educador não pode negligenciar a escalada das redes sociais e dos aplicativos para as mais diversas tarefas desenvolvidas pelos indivíduos em suas comunidades virtuais e mesmo físicas.

Dessa maneira, pode a educação desenvolver-se tendo a tecnologia como sua aliada, buscando maior efetividade ao aprendizado e alcançar as novas formas de comunicar-se, de fazer, de aprender, agora também contando com o ambiente virtual, com *smartphones*, *tablets, notebooks*, celulares, dentre outros equipamentos e aplicativos.

A educação passa a uma fase de maior democratização, à medida em que integra a tecnologia da informação e se mostra acessível pelos meios digitais, conforme afirma Paese (2012),

> No meio educacional as TICs, trouxeram a democratização do ensino superior através da ampliação do processo de participação dos indivíduos na modalidade à distância considerando como meio e realidade de aprendizagem a internet, ou seja, o virtual.

Há diversos instrumentos disponíveis para que se utilize os meios virtuais para o aprendizado, os ambientes virtuais de aprendizagem (AVA) ou as plataformas digitais de aprendizagens (PDA) são desenvolvidas com ferramentas, que tornam possíveis diversas maneiras de apresentação de conteúdo, debates, questionários, fóruns e outros meios.

Um dos principais sistemas utilizados na educação a distância ou como complemento à educação presencial é o Moodle, desenvolvido em uma plataforma gratuita e que permite a professores e alunos um ambiente de interação e aprendizagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O moodle possui ferramentas diversas que garantem múltiplas formas de aprendizado, segundo Guimarães e Rodrigues (2007, p. 221)

> O moodle e um sistema modular e bastante complexo, possuindo ferramentas assíncronas como o fórum de discussão, o diário, tarefas, o armazenamento de textos, pesquisa de opinião entre outros. [...] Como ferramenta que permite a gestão do processo ensino-aprendizagem, entendemos que o MOODLE se destaca, pois facilita a interação professor–aluno, assim como apresentação, entrega correção e socialização de trabalhos por meio do próprio ambiente virtual.

A utilização de ferramentas como o moodle é capaz de garantir o acesso a uma educação de qualidade, utilizando plataformas digitais a partir das quais se permite navegar por diversos conteúdos, biblioteca virtuais, compreendendo livros digitais, filmes etc.

O acesso à informação e ao saber tem se democratizado de forma que não há registro precedente que considere a facilidade e a possibilidade de acessar também com qualidade de materiais e informações.

Não se pode deixar de mencionar que há muito material de baixa qualidade, mas uma pesquisa orientada pode levar o estudioso a informação de qualidade significativa no ambiente virtual.

As ferramentas de tecnologia da informação precisam ser adotadas também nas escolas públicas. A gestão destas escolas deve levar em consideração que é possível a um menor custo levar aos discentes informações possibilitar o desenvolvimento de saberes que tornarão de maior qualidade a formação nesse ambiente escolar.

Uma observação interessante é realizada por Olenêva, quanto ao perfil da escola pública:

> A nossa escola, hoje, especialmente a escola pública, é plural, diversa, heterogênea. E a gestão escolar deve estar atenta a essas características que marcam a nossa escola e que demandam novas ações por parte dos atores escolares, também atores sociais, no sentido de conquistar uma autonomia para realizar um ensino significativo aos seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> alunos e respeitoso à sua realidade. Esta autonomia só é conquistada quando se consegue um efeito se sinergia entre os sujeitos da comunidade escolar, construindo sua identidade, seu papel e suas contribuições. (OLENÊVA: 2007, p. 9)

A realidade de muitos alunos das escolas públicas inclui o acesso à tecnologias, mormente no que se refere às redes sociais, não se pode, então negligenciar no uso dessas importantes ferramentas de comunicação para um melhor efeito na educação pública, que também pode se abrir para garantir por meio das TICs um ensino de qualidade.

Conclusão

A prática educativa deve possibilitar aos sujeitos envolvidos uma interação capaz de fazê-los compreender o mundo em suas múltiplas dimensões, o ato de aprender deve realizar-se de maneira prazerosa, aprender a conhecer, aprender a ser, aprender a viver e aprender a ser, engloba as diversas nuanças do aprendizado.

O desenvolvimento tecnológico deve fazer parte dessa dimensão do aprendizado, enquanto traduz-se em um plexo de ferramentas que possibilitam o acesso à informação e à produção do conhecimento, abrangendo vários saberes.

O uso das ferramentas como o moodle, as plataformas digitais de aprendizagem ou ambientes virtuais de aprendizagem de modo significativo democratizam o acesso à educação, sobretudo em escolas públicas o estímulo à organização de conteúdos em meios digitais deve ocorrer, pois torna mais fácil o acesso e a um reduzido custo.

Democratizar o ensino com o uso da tecnologia da informação é um objetivo possível de ser alcançado, uma vez que há intensa produção e disponibilidade de conteúdo e acessibilidade aos meios, devendo-se desenvolver metodologias adequadas às práticas educativas que integrem os sistemas de informação.

Referências

DELORS, Jacques (coord.). Os quatro pilares da educação. In: *Educação: um tesouro a descobrir*. São Paulo: Cortez, 1998.

GUIMARAES, Leandro Belinaso; RODRIGUES, Tercilia de Oliveira. A contribuição do ambiente virtual de aprendizagem Moodle na compreensão do conceito Webquest In I *MoodleMoot Brasil*. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie,

em parceria com a Fundação Bradesco. Anais 2007. Disponível em: http://moodlemoot 2010.com.br/eduead/file.php/1/Anais_2007.pdf Acesso em 5 jan 2012.

PAESE, C. R. (2012). Educação a distância (EAD) e o uso das tecnologias de informação e comunicação (TICs), baseada em ambientes virtuais de aprendizagem (AVA): Algumas Reflexões sobre a Importância da Tutoria On-Line. *Itinerarius Reflectionis*, *8*(1). https://doi. org/10.5216/rir.v1i12.1312, Disponível em https://www.revistas.ufg.br/rir/article/view/20377. Acesso em 21.04.2020.

OLENÊVA. *Pesquisa e Prática Pedagógica II*. Salvador: FTC, 2007.

RODRIGUES, Zuleide Blanco. Os quatros pilares de uma educação para o Século XXI e suas implicações na prática pedagógica *in Educacional.com*. Disponível em: https://www.educacional.com.br/articulistas/outrosEducacao_artigo.asp?artigo=artigo0056. Acesso em 29.04.2020.

TAKAHASHI, Tadao (org). *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS DA PESQUISA CLÍNICA NO BRASIL

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO:
Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

ADRIANA MARTINELLI MARTINS[1]
CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI[2]
(coautores)

Resumo: O presente artigo tem como principal característica abordar alguns aspectos conceituais e jurídicos da Pesquisa Clínica no Brasil. Estudos clínicos são pesquisas científicas que envolvem seres humanos e têm como objetivo avaliar a segurança e eficácia de um procedimento ou medicamento em teste por meio da coleta de dados. Na sequência lista-se os marcos regulatórios aplicável à espécie; não só nacional, mas também os internacionais que foram basilares à formalização da pesquisa clínica. Finaliza-se, com a análise de algumas das particularidades do instrumento jurídico (contrato) utilizado para a celebração das parcerias de pesquisa clínica.

Palavras chave: Pesquisa Clínica – Conceitos – Marcos Regulatórios – Instrumento Jurídico **-** Contrato de pesquisa clínica.

Abstract: The main feature of this article is to address some conceptual and legal aspects of Clinical Research. Clinical studies are scientific research involving human beings and aim to evaluate the safety and efficacy of a test procedure or medication through data collection. Next, the regulatory frameworks applicable to the species are listed; not only national, but also international ones that were fundamental to the formalization of clinical research. It concludes with the analysis of some of the particularities of the legal instrument (contract) used for the conclusion of clinical research partnerships.

Keywords: Clinical Research - Concepts - Regulatory Frameworks - Legal Instrument - Clinical Research Contract.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos aplicáveis à pesquisa clínica. 3. Marcos Regulatórios da Pesquisa Clínica. 4. Instrumento Jurídico - Contrato de Pesquisa Clínica. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1.Introdução

O presente artigo tem como principal característica abordar alguns aspectos conceituais e jurídicos da Pesquisa Clínica no Brasil.

O método utilizado será o jurídico-compreensivo, que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e da doutrina sobre o tema, com o objetivo de melhor entender o seu significado e alcance no mundo fático e jurídico.

Para tanto, serão tratados alguns conceitos e aspectos da pesquisa clínica, tais como os marcos regulatórios aplicável à espécie; não só nacional, mas também os internacionais que foram basilares à formalização da pesquisa clínica.

Além disso, serão abordadas algumas das particularidades do instrumento jurídico utilizado para a celebração das parcerias de pesquisa clínica.

2.Conceitos Aplicáveis à Pesquisa Clínica

De início, cumpre esclarecer que a pesquisa, entendida como atividade indissociável do ensino e da extensão, tem por escopo a geração e a ampliação do conhecimento. É a pesquisa, portanto, um meio de transformação e evolução social.

O ensaio clínico é um processo de construção do saber que tem como objetivo principal gerar novo conhecimento, através de investigação em seres humanos com o intuito de descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos e/ou outros efeitos farmacodinâmicos de um produto (medicamento, instrumento ou equipamento).

Pesquisa clínica, ensaio clínico ou estudo clínico é qualquer investigação em seres humanos com o intuito de descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos e/ou outros efeitos farmacodinâmicos de um produto (medicamento, instrumento ou equipamento), e/ou de identificar qualquer evento adverso a este(s), e ainda estudar a absorção, distribuição, metabolismo e excreção de produtos medicamentosos com o objetivo de averiguar sua segurança e/ou eficácia (ICH-GCP, 1996). Atualmente, este tipo de pesquisa é reconhecidamente o padrão ouro da medicina baseada em evidências.

O objetivo da pesquisa clínica é descobrir ou confirmar os efeitos, identificar as reações adversas, estudar a farmacocinética dos ingredientes ativos, de forma a determinar sua eficácia e segurança, além de evidências não clínicas e dados sobre qualidade para aprovar tanto seu registro perante autoridade regulatória, comercialização, ou uma nova indicação (BOLIVAR, 2017).

O estudo clínico contribui para o aumento da expectativa de vida e a redução dos índices de mortalidade, fazendo com que a prevenção, cura e controle de várias enfermidades tornem-se realidade. E a pesquisa clínica tem como pilar o respeito à dignidade, a liberdade e a autonomia do ser humano, além de ser uma ferramenta ao progresso da ciência e da tecnologia e bem-estar humano.

As figuras do ensaio clínico são, em regra, o pesquisador (investigador principal, médico), o patrocinador (ex: indústria farmacêutica), a instituição (centro de pesquisa, instituições hospitalares), e o interveniente financeiro.

A pesquisa clínica é conduzida por médicos especializados – o investigador principal – em instituições: hospitais, clínicas, consultórios, dependendo do desenho do protocolo (BOLIVAR, 2017).

O termo "protocolo", em apertada síntese, assumiu a função de designar o conjunto de documentos que organizam e orientam o desenvolvimento da pesquisa e nele são formalizados os compromissos dos envolvidos para com os sujeitos participantes.

Nos termos do que prevê a Resolução CNS/MS nº. 466, de 12 de dezembro de 2016, protocolo de pesquisa é o conjunto de documentos contemplando a descrição da pesquisa em seus aspectos fundamentais e as informações relativas ao participante da pesquisa, à qualificação dos pesquisadores e a todas as instâncias responsáveis;

Outrossim, os protocolos precisam ser submetidos à revisão de um comitê de ética em pesquisa (CEP) e, em determinados casos, à análise da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Apenas após a emissão de parecer aprovando o protocolo de pesquisa é que o ensaio clínico começa.

O patrocinador das pesquisas, como, por exemplo, a indústria farmacêutica, remunera, em regra, os médicos investigadores e a sua equipe pelo trabalho pelo tempo despendido com os atendimentos e procedimentos das pesquisas clínicas. Geralmente esse pagamento é feito ao hospital ou instituição, porém pode ser realizado a uma entidade jurídica alheia que é denominado "interveniente administrativo", como uma fundação, no caso de hospitais públicos, desde que estritamente comprovada a relação jurídica, e desde que essa entidade seja incluída como parte do contrato, assumindo obrigações também de confidencialidade.

Destaca-se ainda que uma boa parte dos ensaios clínicos conduzidos no Brasil são projetados e gerenciados pelas indústrias farmacêuticas multinacionais. Cerca de 70% deles objetivam testar novos medicamentos e são financiados pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indústria que o desenvolvem. Com isso, esses patrocinadores atuam desde etapas mais complexas, como a elaboração do protocolo clínico, até a seleção de investigadores e centros para as pesquisas, recrutamento dos participantes, monitoramento e gerenciamento dos dados da pesquisa (GOMES et al., 2012).

Certo é que os benefícios advindos da pesquisa clínica para os serviços de saúde pública do Brasil, como para os profissionais da área de saúde, quanto para os pacientes são inúmeros.

No que tange aos benefícios dos estudos clínicos no Brasil para os serviços de saúde pública podemos citar: novas fontes financiadoras; estímulo para a modernização; atualização em métodos e padrões de qualidade; melhor eficiência nas operações (custos); rótulo internacional de "excelência".

Já para os profissionais da saúde temos, por exemplo, a oportunidade de trabalho (especialistas em estudos clínicos) e de treinamento (ciência / metodologia); a exposição a padrões de qualidade internacionais; o desenvolvimento pessoal / profissional.

E para os pacientes destaca-se: um diagnóstico mais acurado; o melhor tratamento possível ("state of the art"); atenção e seguimento médico mais rigoroso; acesso a pacientes não tratados/não diagnosticados.

É evidente, portanto, a importância da atividade de pesquisa, inovação e desenvolvimento institucional prestados no âmbito das instituições hospitalares públicas e privadas, em especial para os seres humanos tendo como pilar o respeito à dignidade, a liberdade e a autonomia do ser humano, além de ser uma ferramenta ao progresso da ciência e da tecnologia e bem-estar humano.

No que tange à execução de um estudo clínico, importante esclarecer que este deve sempre ser baseada no rígido cumprimento das normas contidas no protocolo de pesquisas e estar alinhada com as diretrizes e regulamentações nacionais e internacionais vigentes, estando sempre fundamentada para o desenvolvimento humano.

Por fim, insta destacar que a realização de ensaios clínicos no Brasil depende, basicamente, de duas etapas regulatórias e de uma etapa jurídico-administrativa: o processo de revisão ética do protocolo de pesquisa, o processo de obtenção de comunicado especial único (CE) da Anvisa e a assinatura do contrato de ensaios clínicos (CEC) ou *clinical trial agrément* (CTA), (BATAGELLO, 2012), que será objeto de análise em tópico próprio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.Marcos Regulatórios da Pesquisa Clínica

A pesquisa clínica deve obedecer às Boas Práticas Clínicas (BPC) e reger-se, precipuamente, pelos princípios éticos e bioéticos do Código de Nuremberg (1947); da Declaração de Helsinki, adotada em 1964 e suas versões de 1975, 1983, 1989, 1996 e 2000; pelas normas de GCP (Good Clinical Practices – Boas Práticas Clínicas), e ICH (Internacional Conference of Harmonization – Conferência Internacional de Harmonização); Boas Práticas Clínicas (Resolução 129/96) - Grupo Mercado Comum (MERCOSUL) - Boas Práticas de Pesquisa de Farmacologia Clínica; e Documento das Américas – OPAS, 2005; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966; a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2003; e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2004.

Ademais, os estudos clínicos devem se orientar pelas normas das entidades locais e regulatórias, em especial aquelas previstas pelo Conselho Nacional de Saúde – CNS, e pela ANVISA.

Ocorre que o Brasil ainda necessita de um marco legal que regulamente a pesquisa clínica em todos os ângulos, o que temos, até o momento, são alguns marcos regulatórios. Como exemplo, podemos citar a Res. 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, revogada pela Res. CNS/MS n. 466, de 12.12.2012, que aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos.

Para mais, dentre os marcos regulatórios existentes no que tange à pesquisa clínica também podemos citar os seguintes: Resolução da Anvisa/MS nº. 39, de 05 de junho de 2008; Resolução RDC nº 09/2015 (Anvisa) que substituiu a RDC n° 39/2008; Resolução CNS/MS nº. 466, de 12 de dezembro de 2016; Resolução CNS/MS nº. 441, de 12 de maio de 2011; Resolução CNS nº 340, de 8 de julho de 2004; RDC Anvisa nº. 38/2013; RDC n° 09, de 20 de fevereiro de 2015; RDC n° 10, de 20 de fevereiro de 2015; Instrução Normativa nº 20, de 02 de outubro de 2017; Instrução Normativa nº 2, de 3 de maio de 2012; Instrução Normativa nº 3, de 3 de maio de 2012.

E no âmbito da administração pública existem alguns parâmetros para as pesquisas clínicas nos seguintes instrumentos: Lei nº 8.958/94, modificada pela Lei nº 12.863/2013; Decreto n° 7.423, de 31 de dezembro de 2010, que regulamenta a Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994; Lei nº 13.243, de 13 de janeiro de 2016; Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005; Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018**,** que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/16; Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

4. Instrumento Jurídico - Contrato de Pesquisa Clínica

A etapa jurídico-administrativa do ensaio de pesquisa clínica é justamente a que envolve a assinatura do contrato, no qual são definidas as condições para a realização do estudo, as responsabilidades das partes e os acordos de patrocínio e de propriedade intelectual.

Entende-se que o instrumento jurídico adequado para a celebração das parcerias referentes à pesquisa clínica é de fato o contrato, que, em apertada síntese é um vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos de direito (patrocinador, investigador principal, centro de pesquisa), correspondido pela vontade, da responsabilidade do ato firmado, resguardado pela segurança jurídica em seu equilíbrio social. Trata-se, portanto, de um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas, no caso específico, com o fim de realizar o ensaio clínico.

Entretanto, importante ressaltar que o contrato de pesquisa clínica, ou acordo de estudo clínico, ou acordo de ensaio clínico é, em verdade, um contrato puramente atípico.

Para tanto, insta esclarecer algumas diferenças entre o contrato típico e atípico para melhor compreensão do tema.

Contrato Típico é aquele que se encontra regulado em texto de lei**,** com sua regulamentação própria, com conteúdo de obrigações e direitos previsto na norma**,** ou seja, a regra vem estabelecida mais ou menos ampla em uma determinada lei, seja o próprio Código Civil, seja na legislação extravagante (GAGLIANO, 2015, p. 205).

A título de exemplo podemos citar: contrato de compra e venda, de doação, de locação, de mandato, de prestação de serviço, de comodato, de mútuo, de agência.

Os Contratos Atípicos são aqueles que não possuem forma geral em lei escrita, estando à margem das perspectivas da liberdade contratual dos contratantes, e que assumem variadas formas estruturais e finais. São aqueles que não correspondente aos tipos definidos e qualificados em sede legislativa (chamados também de inominados). É importante ressaltar que não se trata de excluir normas

cogentes, mas, sim criar dentro da perspectiva dispositiva dos contratos regras novas e modelos novos para regulamentar as transações econômicas. Neste sentido, o art. 425 do CC/2002 dispõe que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas.

Para o ilustre doutrinador Verçosa (VERÇOSA, 2020, p. 31-36), o contrato atípico é formado pela utilização de elementos originais (puros) e pela combinação de elementos próprios de outros tipos legais (mistos).

A vantagem da atipicidade repousa no poder criativo dos contratantes, normalmente, quando as partes, que, em tese podem construir um novo modelo contratual modelado às expectativas dos contratantes, ou seja, à satisfação de seus interesses, desde que respeitados os pressupostos mínimos de validade, que proíbem a estipulação de cláusulas ilícitas ou abusivas (art. 425 do CC).

Posta a questão em termos tais, pode-se definir o contrato de pesquisa clínica como sendo atípico porque não é expressamente previsto, definido ou disciplinado pelo legislador. É que como já dito no tópico anterior no Brasil não há uma lei escrita que regulamente e oriente a dinâmica da operação econômica "pesquisa clínica".

No Brasil a pesquisa clínica é regida por princípios, práticas e declarações internacionais, regulamentos "alienígenas" como requisitos estabelecidos pela Agência Sanitária dos Estados Unidos ("FDA"), para justificar o registro da medicação nesse órgão pelo patrocinador americano, bem como por regulamentações éticas, sanitárias e resoluções do Conselho Nacional de Saúde, como a Res. 466 de 12.12.2012, código civil, como, por exemplo, a responsabilidade civil, por eventual dano causado ao participante da pesquisa resultante de um evento adverso, e as possibilidades de extinção do contrato.

De toda forma, cumpre esclarecer que a aplicação de práticas e declarações internacionais é possível no âmbito do ensaio clínico realizado no Brasil desde que não contrarie o direito brasileiro, o código de conduta, e a política anticorrupção.

É por essa complexidade de assuntos que abrange o contrato de pesquisa clínica que seria muito complicado "tipificá-lo", considerando-o um contrato atípico puro, porque não se identificam elementos específicos próprios de diversos tipos legais (atípico misto) não sendo possível, assim, uma combinação entre tipos contratuais para a verificação de um tipo prevalente ou correspondente, que facilite a sua interpretação. Portanto, deve ser entendido, interpretado, negociado considerando as suas características, e a própria operação econômica que regula e sua complexidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O contrato de pesquisa clínica regulamenta e define as obrigações e responsabilidades das partes: patrocinador, ou a Contract Research Organization (CRO/ ORPC) que é uma empresa que fornece suporte para as indústrias farmacêutica, de biotecnologia e de dispositivos médicos na forma de serviços de pesquisa terceirizados por contrato representando o patrocinador; investigador principal e instituição de pesquisa, geralmente um hospital ou uma clínica equipada.

E o contrato, além de definir os direitos e obrigações, também define os valores que o patrocinador paga pela pesquisa.

Além disso, sem qualquer intenção de aprofundar nas principais cláusulas que devem conter o contrato de pesquisa clínica listamos na oportunidade algumas: qualificação, considerações iniciais e obrigações do investigador principal e instituições de pesquisas e o patrocinador; eventos adversos causados ao participante da pesquisa e a responsabilidade do centro de pesquisa e do patrocinador – a questão do seguro de responsabilidade profissional; vigência do contrato e cláusula resolutiva; informações confidenciais e propriedade intelectual; Lei aplicável e solução de controvérsias e idioma prevalecente; o anexo financeiro.

5. Considerações Finais

Este artigo abordou alguns conceitos, importância, marcos regulatórios e legislações relacionadas à Pesquisa Clínica, que, conforme estabelecido no direito, é a pesquisa conduzida em seres humanos, via de regra, com o objetivo de descobrir ou confirmar os efeitos clínicos e/ou farmacológicos e/ou qualquer outro efeito farmacodinâmico do medicamento experimental ou identificar qualquer reação adversa ao medicamento experimental ou estudar a absorção, distribuição, metabolismo e excreção do medicamento experimental para verificar sua segurança e eficácia, e que tem por escopo a geração e a ampliação do conhecimento, e um meio de transformação e evolução social.

Ademais, falou-se também que no Brasil a pesquisa clínica é regida por princípios, práticas e declarações internacionais, regulamentos "alienígenas", e, também, por regulamentações éticas, sanitárias e resoluções brasileiras como as do Conselho Nacional de Saúde (Res. 466 de 12.12.2012), da Anvisa, e, ainda, disposições contidas no Código Civil Brasileiro.

Outrossim, restou evidenciado que a aplicação de práticas e declarações internacionais é possível no âmbito do ensaio clínico realizado no Brasil desde que não contrarie o direito brasileiro, o código de conduta, e a política anticorrupção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, passou-se à análise do instrumento jurídico para a formalização da pesquisa clínica, que é o contrato atípico (não expressamente previsto, definido ou disciplinado pelo legislador), vez que no Brasil não há uma lei escrita que regulamente e oriente a dinâmica desta operação econômica "pesquisa clínica". Por fim, abordou-se, também, algumas cláusulas necessárias ao contrato.

6. Referências

BARROSO, Luis Roberto. Parecer datado de 9 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Inaplicabilidade do Capítulo I da Lei nº 13.303/2016 à exploração direta de atividade finalística e à contratação de terceiros para estabelecimento de parcerias visando oportunidade de negócios. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2017.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Artigo: Aplicabilidade da Lei 8.666/93 às contratações por inexigibilidade nas atividades-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Disponível em <http://www.canalabertobrasil.com.br/noticias/artigo-aplicabilidade-da-lei-8-66693-contratacoes-por-inexigibilidade-nas-atividades-fim-das-empresas-estatais-exploradoras-de-atividade-economica/>.

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Paganini de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 126. vol. 41. p. 31-36. São Paulo, abr.-jun. 2002.

BOLIVAR, ANALLUZA BRAVO. *Contrato de Pesquisa Clínica — Aspectos Práticos e Jurídico*, editora Revista dos Tribunais.

BOLIVAR, ANALLUZA BRAVO. Revista dos Tribunais 2015 RT vol.958 (Agosto 2015) Doutrina Direito Civil 2. O contrato de pesquisa clínica - Estratégias para a negociação de um contrato atípico, 2017 - 02 – 16.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria Geral. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 202015, v. 4, t. I, p. 205.

Consultoria Zênite. "Oportunidade de negócio": você já conhece a orientação do TCU? Disponível em https://www.zenite.blog.br/oportunidade-de-negocio-voce-ja-conhece-a-orientacao-do-tcu/.

Artigo: A importância a pesquisa clínica para o Brasil. Disponível em: https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/a-importancia-da-pesquisa-clinica-para-o-brasil-interfarma.pdf.

Direito Administrativo, 4ª edição, revista, ampliada, reformada e atualizada até 01-01-2010. Niterói: Editora Impetus, 2010, p. 444. (https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11695/1/2012_RodrigoBatagello.pdf).

Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p. 871.

Licitações e Contratos nas Empresas Estatais. Salvador: Editora JusPodium, 2018, p. 95.

BOAS PRÁTICAS CLÍNICAS: DOCUMENTO DAS AMÉRICAS. IV Conferência Pan-Americana para Harmonização da Regulamentação Farmacêutica. República Dominicana, 02 a 04.03.2005. Disponível online em: [ww.anvisa.gov.br/medicamentos/pesquisa/boaspraticas_americas.pdf].

Res. CNS 466, de 12.12.2012.

BATAGELLO, Rodrigo. Tese: Análise Crítica dos Contratos de Ensaios Clínicos Multicêntricos com Cooperação Estrangeira no Brasil. Brasília – 2012.

GOMES, R. et al. Ensaios clínicos no Brasil: competitividade internacional e desafios - BNDES. [s.l: s.n.].

NOTAS:

[1] Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Civil e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós Graduada lato sensu - Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para Ensino

no Magistério Superior, Pós Graduada lato sensu - MBA Profissional em Comportamento Organizacional, Pós Graduada Lato Sensu em Gestão Estratégica, Inovação e Conhecimento;

[2] Advogado Público. Graduação - Universidade Federal de Santa Maria. Pós graduação - Direito Civil UFRGS e pós graduação direito público - faculdade anhanguera.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BREVES REFLEXÕES SOBRE A INOVAÇÃO NAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIAS: É POSSÍVEL CONCILIAR O AVANÇO TECNOLÓGICO COM A PARIDADE DE ARMAS?

RODRIGO SILVEIRA CHUNG: Advogado militante na área de direito empresarial desde 2010. Possui graduação em Direito (2010) pela Faculdade Boa Viagem. É pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM/RJ) e Pós-graduando (2016) em Direito Processual Civil (com foco no novo CPC) pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do Vale do São Francisco (FACESF)9.

Em contexto de pandemia ocasionada pelo COVID-19, sessões de julgamento nos tribunais pátrios por videoconferência, por meio de aplicativos como o Cisco/Webex, Hangouts, Teams, Meets ou WhatsApp, se tornaram uma realidade no Poder Judiciário, assim como o teletrabalho. Há notícias também de realização de audiências de conciliação[1][2] com sucesso.

Não há como negar que as ferramentas tecnológicas tiveram um aumento acentuado na produtividade dos processos, principalmente, os eletrônicos e já apresentando resultados positivos[3] no início da pandemia pelo coronavírus.

Contudo, será que é possível garantir a lisura de uma audiência de instrução, isto é, será possível garantir a efetiva prestação jurisdicional de forma idônea, sem a interferência ou má-fé processual de uma das partes visando apenas lograr êxito no desfecho da lide?

Sobre o tema, convém lembrar que o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n°13.105, de 16 de março de 2015, prevê normas fundamentais que devem ser observadas, dentre as quais se destacam:

> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

9 Desde 2014 atua como advogado do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Marista do Recife (UBEC). É membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PE (2016). Foi aprovado no Exame de Ordem Unificado 2010.1 realizado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE).

> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
>
> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
>
> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Apesar de parecer algo óbvio, o legislador fez questão de inserir no início da nova Lei de Ritos, como norma fundamental, que "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

Naturalmente, o magistrado condutor da audiência de instrução – e seus servidores assistentes ou auxiliares – buscam se cercar e assegurar às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais.

Entretanto, as partes que possuírem melhores estruturas tecnológicas podem obter sensível vantagem sobre as partes hipossuficientes o que comprometerá a paridade de armas, por exemplos, melhor qualidade de internet para a transmissão de vídeo e áudio, a dificuldade de usuários (partes e advogados) de utilizarem os aplicativos de videoconferência, a possibilidade de acompanhamento de mais um advogado da mesma parte a possibilitar a elaboração de perguntas para as testemunhas - e até mesmo orientá-las por outros meios -, a impossibilidade do magistrado de observar linguagem corporal das partes e testemunhas[4] e/ou garantir que não haja qualquer interferência extrajudicial – e até mesmo evitar a ouvida de depoimentos anteriores –, entre outras situações.

Vale ressaltar que, sobre a produção de prova testemunhal, o CPC/2015 também previu a possibilidade da ouvida de testemunha por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, nos seguintes termos:

> Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:
>
> I - as que prestam depoimento antecipadamente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - as que são inquiridas por carta.
>
> § 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.
>
> § 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º.

Consoante se pode inferir do art. 453, §1°, do CPC/2015, a ouvida da testemunha por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico se dá no Juízo onde residir e não em qualquer lugar que seja.

Logo, a ouvida de testemunha em Juízo diverso de onde tramita o processo contribui para que seja garantida a paridade de armas, mediante a fiscalização por algum servidor ou magistrado que acompanhará o depoimento dela presencialmente.

Além disso, outra questão que merece ponderação é o fato da possibilidade de interrupção – intencional, ou não – durante os depoimentos pessoais das partes ou a ouvida de testemunha, quando, exemplificativamente, o direito pleiteado está sendo comprometido pela fala, atribuindo-se a falha da *internet* ou queda de energia ou esgotamento da bateria dos equipamentos tecnológicos, etc.

Assim, não há como o magistrado conferir, em tempo real, a veracidade das informações eventualmente invocadas o que poderá, como exposto acima, haver violação aos princípios fundamentais consagrados do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, é preciso enaltecer a adoção da prática das sustentações orais e, até mesmo, as audiências de conciliação[5][6], mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos com grande aceitação e sem maiores dificuldades, de modo que vieram para ficar[7].

Portanto, não se pretende por meio deste artigo dizer que não se devem realizar as audiências de instrução por meio de videoconferências ou outros meios tecnológicos, mas fomentar o debate e trazer reflexões de forma que seja garantida a paridade de armas entre os litigantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] Ver notícia divulgada pelo *site* do TRT da 18ª Região, em 29.04.2020, sob o título "Cejusc de Aparecida realiza primeiro acordo em audiência de conciliação por videoconferência", acessível em: http://www.trt18.jus.br/portal/cejusc-aparecida-primeira-videoconferencia/

[2] Ver reportagem publicada pelo *site* do TJCE, em 20.04.2020, sob o título "Audiência de conciliação por videoconferência põe fim a processo em apenas uma semana na Comarca de Nova Olinda", acessível em: https://www.tjce.jus.br/noticias/audiencia-de-conciliacao-por-videoconferencia-poe-fim-a-processo-em-apenas-uma-semana-na-comarca-de-nova-olinda/

[3] Confira a notícia veiculada no *site* Migalhas, em 31.03.2020, sob o título "STJ realizou mais de 31 mil decisões e despachos em duas semanas de teletrabalho", acessível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/323153/stj-realizou-mais-de-31-mil-decisoes-e-despachos-em-duas-semanas-de-teletrabalho

[4] Ver artigo sob o título "Em julgamentos, linguagem corporal pode ser tão decisiva quanto palavras", publicada no site Consultor Jurídico, no dia 09.12.2016, acessível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/linguagem-corporal-tao-decisiva-juri-quanto-palavras

[5] A Lei n° 13.994, de 24 de abril de 2020, alterou a Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

[6] Vide também a realização de audiências de conciliação em órgãos de Proteção ao Consumidor, como a instituição pelo PROCON em Recife/PE onde a mediação terá conciliador, consumidor e fornecedor simultaneamente, conforme notícia publicada no site do *Jornal do Commercio*, em 17.07.2020, acessível em: https://jc.ne10.uol.com.br/procon-recife-inicia-na-proxima-segunda-feira--20--audiencia-de-conciliacao-por-videoconferencia.html

[7] Ver notícia publicada no site do *Conselho Nacional de Justiça*, no dia 17.07.2020, sob o título o "Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram para ficar", acessível em: https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/

www.conteudojuridico.com.br

COMENTÁRIOS SOBRE A EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

FILIPE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE).Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo explorar a mediação, conciliação e a arbitragem na resolução dos conflitos ambientais. Metodologicamente, fez-se uma análise bibliográfica analisando-se os conflitos ambientais, passando pela hodierna disposição no ordenamento jurídico Brasileiro, para, em seguida, discorrer sobre métodos adequados de resolução de conflitos como formas extrajudiciais e extraprocessuais de resolução. Verifica-se após estudo na doutrina incidente, faz-se preciso desenvolver os estudos sobre esta temática, porquanto existem resistências quanto a sua utilização para a resolução dos conflitos ambientais.

Palavras-Chave: Conflitos Ambientais. Conciliação. Mediação. Arbitragem. Meio Ambiente.

ABSTRACT: This article aims to explore mediation, conciliation and arbitration in the resolution of environmental conflicts. Methodologically, a bibliographic analysis was carried out analyzing environmental conflicts, going through the current disposition in the Brazilian legal system, and then discussing appropriate methods of conflict resolution as extra-judicial and extra-procedural forms of resolution. It is verified after studying the incident doctrine, it is necessary to develop studies on this theme, as there are resistances regarding its use for the resolution of environmental conflicts.

Keywords: Environmental conflicts. Conciliation. Mediation. Arbitration. Environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dos conflitos socioambientais e do agronegócio; 3. Meios adequados de resolução de conflitos e meio ambiente; 4. Dos métodos resolutivos aplicáveis em matéria ambiental; Conclusão; Notas; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As políticas de resolução de conflitos concernentes ao meio ambiente encontram-se cada vez mais em destaque e, conforme evidenciado no cenário nacional, conflitos envolvendo o meio ambiente são um fenômeno constante a ser estudando pelas instituições e ambientalistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É comum que os litigantes procurem o Poder Judiciário, que irá averiguar o litígio de maneira uniforme, quanto ao aspecto legal da questão, de subsunção do fato à lei, e pressupostos processuais, ocasionando todavia elevado dispêndio de recursos, criando custos às vezes desnecessários gerando excesso de morosidade, de forma mais perfunctória possível.

É frequente nas cidades brasileiras a existência de conflitos socioambientais decorrentes da ocupação ilegal de unidades de conservação. O discurso ambiental tem justificado suas ações a partir de um fato que tem se colocado como "natural", a força descomunal da cidade, que se expande à sua "revelia", acabando por engolir a natureza. Nessa "luta contra a cidade" é que se inscrevem as políticas públicas de ordenamento territorial que objetivam proteger as "áreas naturais", no intuito de assegurar uma melhor "qualidade de vida" na cidade, inclusive para as gerações futuras. Essa visão do conflito socioambiental aparta a sociedade da natureza, e os debates sobre os conflitos derivados das questões ambientais têm servido para perpetuar o dualismo entre o homem e a natureza (FLORIANI, 2004).

Em virtude de tal cenário, a utilização de métodos extrajudiciais e extraprocessuais efetivos comprovados pela ciência do Direito e que, de fato, sejam capazes de alcançar efetivo acesso à justiça dos conflitantes ganham destaque na pauta do direito processual e coletivo. Para realização deste relevante trabalho, mostra-se eficaz a utilização dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, tais como a mediação, conciliação e arbitragem, que atuam de maneira flexível, democrática e célere com satisfatoriedade e pacificação daqueles que litigam.

Neste trabalho, busca-se, inicialmente, discorrer sobre os conflitos ambientais e agrários e em seguida, conceituar os métodos autocompositivos de resolução de conflitos e, por término, a sua utilização na seara dos conflitos socioambientais e agrários, viabilizando a efetividade em especial a mediação e arbitragem, na resolução extrajudicial e extraprocessual.

2 DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS E DO AGRONEGÓCIO

A questão ambiental analisada sob o espectro de intersecção e dicotomia entre as diferentes políticas públicas ambientais, práticas socioculturais e de degradação ambiental com meio ambiente deixa de ser observada apenas sob aspecto de judicialização unilateral de processos, para ser compreendida na complexidade das situações apresentadas e vivenciadas pelos diversos agentes públicos e sociais que dele se relacionam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a doutrina constitucionalista clássica classifica o meio ambiente saudável como interesse difuso e de terceira geração. Conforme artigo 225 e seguintes da Constituição Federal:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)

É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal que o interesse ao meio ambiente saudável, em regra, é classificado como difuso em decorrência de sua natureza indivisível, bem como por envolver segmentos indeterminados da sociedade.

Anotação Vinculada - art. 225 da Constituição Federal - "Reserva extrativista. Conflito de interesse. Coletivo versus individual. Ante o estabelecido no art. 225 da CF, conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. (...) Não coabitam o mesmo teto, sob o ângulo constitucional, reserva extrativista e reforma agrária.
[MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-6-2010, P, DJE de 13-8-2010.]"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Anotação Vinculada - art. 225 da Constituição Federal - "O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.
O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.
[MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de17-11-1995.]"

Verifica-se que os conflitos, em tal grau na esfera ambiental encontram-se presentes, no entanto, hoje são extremamente mais intensos e contínuos. Há inúmeros conflitos que envolvem questões de mercado com a disputa de interesses individuais em contrapartida da coletividade, recheada de especificidades e com muitos atores envolvidos: produtores rurais, agroindústrias, tradings, dentre outros com maior propensão ao panorama litigioso.

Nesse caso se pode expor que as questões socioambientais que emergiram nas últimas décadas, apontam uma fronteira aos pilares econômicos, principiológicos e jurídicos com base no progresso social hodierno. A produção de uma sabedoria

crítica ambiental, em conjunto com uma possibilidade de preservação ambiental de diversos grupos e pessoas envolvidas com o movimento ambientalista, em contraposição aos interesses econômicos ocasionam, ainda mais, a manifestação da conflitividade ambiental.

Os conflitos ambientais versam sobre direitos difusos e coletivos, e geralmente estão ligados aos recursos naturais podendo, em alguns casos, implicar aspectos sociais e políticos. As disputas da esfera ambiental e do agronegócio são marcadas comumente pela impetuosidade, por manifestações e, via de regra, pela recorribilidade à via judicial, que nem sempre se faz o meio mais necessário. Nesse ínterim, a disparidade na distribuição equitativa dos riscos e danos ambientais, que penalizam em particular grupos sociais de baixa renda e diversos grupos étnicos, assim como concentram-se os benefícios ambientais do desenvolvimento nos grupos sociais de mais alto poder aquisitivo.

3 MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E MEIO AMBIENTE

Na atualidade é indiscutível que se presencia uma crise jurisdicional. Faz-se evidente que o Estado não vem cumprindo efetivamente o dever no que diz respeito à garantia efetiva ao acesso à justiça. São diversos obstáculos enfrentados por aqueles que procuram os meios judiciais, a exemplo dos altos valores das custas para a continuação do processo, honorários advocatícios e periciais, morosidade na tramitação dos autos, excesso de formalidade, dentre outras questões.

Na análise do 13º Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, José Carlos Freitas[1]:

> A mediação requer não apenas o conhecimento da matéria e técnico, como também a lida com as pessoas. O papel do mediador é facilitar o diálogo entre as partes, já que são elas que constroem os acordos. É um processo de construção de solução conjugada. A mediação pede um preparo de convencimento. O incentivo para essa prática consta no próprio Código de Processo Civil, continua e complementa: Se for parar no Judiciário, é preciso dar essa chance para a mediação solucionar. É repensar e buscar na memória afetiva que esse modelo de ação civil pública não dá mais certo.

Os métodos adequados de solução de conflitos surgem conforme um novo desafio, uma nova ferramenta para resolução do litígio, de forma célere e efetiva. Esses mecanismos formalizam uma proposta idealizadora positiva para abrandar a crise do Poder Judiciário, viabilizando absoluto acesso à justiça, contribuindo para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma pacificação social, uma vez que estimulam as partes a desenvolverem um instrumento de diálogo, posto que as próprias partes envolvidas no litígio conduzem uma resolução ao conflito, como é o caso dos meios autocompositivos: conciliação, mediação e negociação, e também em meios heterocompositivos, enquanto a resolução é trazida por um terceiro, a exemplo da arbitragem.

Ressalta-se que uma das principais características dos meios adequados de solução de conflito, qual seja, é permitir a inclusão social. Esses meios são capazes de avivar os envolvidos para a cidadania, democracia, para avivamento de direitos e deveres e responsabilização de seus próprios conflitos, concebendo uma metamorfose social. Segundo Lilia e Cilana Morais[2]:

Os meios alternativos ainda se caracterizam por propiciar inclusão social, pois as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo e contribuem para o processo de democratização, possibilitando ao cidadão o exercício de sua autonomia na resolução de conflitos.

De modo geral, posto que no emprego destes meios vigora à confidencialidade, o sigilo nas sessões e sobretudo o conteúdo das mesmas, ocasiona-se segurança e confiança entre as partes. Vale ressaltar quão é destaque à informalidade no processo desses métodos. Não há formas predeterminadas ou normas rígidas a serem seguidas, destacando-se, igualmente, a modéstia dos procedimentos adotados e a autonomia das partes em deliberar todas as particularidades viabilizando para uma célere e efetiva resolução do litígio. Nas palavras de Ivan Ruiz[3]:

Já se viu que a formalidade é necessária, mas o exagerado formalismo é desnecessário, servindo tão-somente para procrastinar o desenvolvimento dos atos processuais. A desformalização é a tendência do direito processual, pois visa dar pronta solução ao conflito de interesses, no mais breve espaço de tempo possível.

A inclusão dos meios adequados de resolução de conflitos é proficiente de coadjuvar a prestação ineficaz do Estado, posto que a relevância de sua disseminação, assim como da prática frequente de sua utilização. Nas palavras de Trindade[4]:

A jurisdição irá dirimir o litígio do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes não resolve o conflito interno dos envolvidos.

O Estado é o titular da jurisdição estatal, contudo, sua ineficaz e ineficiente prestação jurisdicional conduz a aplicação de outras ferramentas para condução de um progresso social. Nesse falso entendimento de que exclusivamente o judiciário

poderá asseverar uma sentença justa não dialoga com as necessidades sociais e teorias de justiciabilidade atuais de resolução de conflitos.

O Brasil, entretanto, implementa uma mudança nessa conjuntura, a exemplo das câmaras de mediação e arbitragem criadas e voltadas exclusivamente para a resolução de conflitos socioambientais. A própria Sociedade Rural Brasileira detém uma Câmara de Mediação e Arbitragem, a CARB[5]:

A CARB pretende se firmar como órgão de excelência na administração de conflitos, especialmente direcionado para as questões rurais e agrárias, seja em sede contratual, societária, imobiliária ou mesmo familiar, colaborando com a solução de conflitos de maneira justa, segura, célere e transparente.

Sua aplicação viabiliza resoluções céleres, preservando a segurança jurídica, o bem estar dos envolvidos e assegurando ao princípio da dignidade humana das partes com seus litígios solucionados com prestimosidade e consensualismo.

4 DOS MÉTODOS RESOLUTIVOS APLICÁVEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Inicialmente, o ensaio da conciliação na esfera ambiental possui incontestavelmente, pontos positivos. Como mencionado anteriormente, necessário faz-se sempre incluir a conciliação conforme ferramenta preciosa para que o Poder Judiciário transponha com êxito sua aplicação em plenitude de seus dogmas conduzindo uma prestação jurisdicional plena e eficaz. A conciliação é perfeitamente aceita pelo Direito Ambiental, e atende ainda aos princípios da eficiência e celeridade do processo administrativo. Esse é também o posicionamento atual da Advocacia Geral da União com afirmou em entrevista recente o advogado-geral da União substituto, Renato Lima França[6]:

A conciliação é perfeitamente aceita pelo direito ambiental, e atende ainda aos princípios da eficiência e celeridade do processo administrativo. Ao Núcleo de Conciliação Ambiental foi dada competência para realizar a audiência, momento em que serão explicadas as razões de fato e de direito que ensejaram a autuação. Com a nova norma, são oferecidas opções para que o autuado possa definir o rumo do processo administrativo (sem, porém, encerrá-lo), obtendo a homologação para a opção por ventura escolhida (que pode ser o desconto para pagamento, o parcelamento da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental).

A mediação é mais uma ferramenta legítima disponível para possibilitar a implementação de políticas públicas ambientais viabilizando a resolução de conflitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e promovendo transformação social, por meio do acesso à justiça aplicável aos litigantes.

Na doutrina majoritária, o apoio a mediação ambiental ressalta a garantia de uma estrutura que exponha livremente à vontade e os interesses das partes litigantes, por quanto o mediador deverá haver um amplo domínio da integralidade que envolve o litígio, de maneira a propiciar a resolução autêntica do conflito e jamais uma deliberação de efetividade utópica.

A mediação ambiental se difere dos outros métodos, porquanto nunca se limita à dissolução de um simples dano. O que se procura é a proteção ao meio ambiente que envolva aspectos sociais, econômicos e culturais. É também necessária a qualificação especializada do profissional mediador.

Esse processo informal permite a construção conjunta e contínua da solução, já que os envolvidos assumem responsabilidades quanto aos direitos e deveres ambientais, na busca de um assentimento que fortalece as relações de segurança e credibilidade entre as pessoas. Nessa direção, a comunicação entre os envolvidos possibilita ampliar e exercitar princípios de respeito, solidariedade e cooperação. Desta forma, é exequível mourejar juntamente a diversidade igualmente conforme uma forma de aprendizado e desenvolvimento em tal grau na esfera individual como coletiva.

A arbitragem, no Brasil, encontra-se regulada pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, e nos termos do art. 1º da mesma:

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Frente a ser um direito indisponível que possui o meio ambiente, por pertencer à coletividade, discute-se permanentemente quanto à possibilidade da utilização da arbitragem em conflitos desta natureza. Como assevera Antunes[7]:

> A "indisponibilidade" funda-se no ingênuo pressuposto de que tais direitos são mais bem protegidos se não forem "disponíveis". Na prática, tal doutrina leva ao perecimento dos direitos difusos (indisponíveis), pois justiça ambiental que não se faça célere, injustiça é.

Na atualidade há imensa contradição do disposto em lei de arbitragem com a prática. Entretanto, várias são as previsões em tratados ambientais internacionais sobre o emprego da arbitragem. É imprescindível examinar que a presença de

direitos indisponíveis em matéria ambiental é um elemento com legitimidade exclusivamente para a ordem jurídica interna, pois no plano internacional o Brasil aceita a existência de arbitragens dentre outros meios pacíficos de resolução para diversas questões ambientais.

A inclusão de diferentes convenções ambientais ao direito brasileiro faz com que a matéria ambiental não seja considerada indisponível para fins de arbitragem. Conquanto vários debates quanto a sua aplicabilidade nesta matéria, a utilização da arbitragem é absolutamente cabível nos conflitos socioambientais e agrários e já são utilizados no Brasil. O gradual interesse pela arbitragem no país está frontalmente agregado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade.

CONCLUSÃO

Conforme mencionado, os métodos adequados de resolução de conflitos são instrumentos efetivos na resolução de litígios socioambientais e agrários, principalmente, a mediação e a arbitragem, de tal maneira que suas aplicações encontram se cada vez mais frequentes na conjuntura nacional, com o aumento de câmaras especializadas e incentivadas, até, pelo poder público, como é o caso da AGU. Os benefícios de aplicação desses métodos não se resumem tão apenas aos seus elementos, principalmente celeridade, informalidade, sigilo, e restauração do diálogo rompido. Busca-se em realidade o completo e efetivo acesso à justiça, tão debatido nas teorias jurídicas contemporâneas.

Independentemente do canal aplicado, todos são capazes de certificar uma decisão justa, imparcial, célere e satisfatória aos litigantes. Conquanto seja evidente o progresso que os métodos resolutivos obtiveram no Brasil, muito ainda devem acontecer para suas ampliações, e estimulados para prática cada vez mais comum em prol do progresso social.

NOTAS

[1] A mediação encontra o direito ambiental em debate na OAB SP. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2020/03/a-mediacao-encontra-o-direito-ambiental-em-debate-na-oab-sp.13436>Acesso em 17 de jul. de 2020.

[2] RUIZ, Ivan Aparecido. Estudo sobre mediação no Direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais. Tese defendida em 2/7/2003 no Doutorado em Direito das relações sociais, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, perante a seguinte banca examinadora: Dr. João Batista Lopes (orientador), Dr. Sidnei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Beneti, Dr. Francisco Fernandes de Araújo, Dr. Araken de Assis e Dr. José Miguel Garcia Medina.

[3] SALES, Lilia Maria de Morais; RABELO, Cilana de Morais Soares. Meios consensuais de solução de conflitos – instrumentos de democracia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, p. 75-88, 2009.

[4] TRINDADE. Jorge, TRINDADE. Elise karam, MOLINARI. Fernanda. Psicologia judiciária para a carreira da magistratura. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[5] Sociedade Rural Brasileira. Disponível em <http://www.srb.org.br/iniciativas/carb/>Acesso em 17 de jul. de 2020.

[6] AGU defende no STF que conciliação é perfeitamente aceita no Direito Ambiental. Disponível em https://www.jota.info/stf/do-supremo/agu-defende-no-stf-que-conciliacao-e-perfeitamente-aceita-no-direito-ambiental-19082019>Acesso em 17 de jul. de 2020.

[7] ANTUNES, Paulo de Bessa Artigo Matéria ambiental não é indisponível para fins de arbitragem. Revista Consultor Jurídico, 15 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia_ambiental_nao_indisponivel_fins_arbitragem>. Acesso em 17 de jul. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo Roberto de Bessa. Matéria ambiental não é indisponível para fins de arbitragem. Disponível em:>https://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia_ambiental_nao_indisponivel_fins_arbitragem>acesso em 17/07/2020.

ASSUMPÇÃO, Fernanda Aparecida Mendes e Silva. LANCHOTTI, Andressa de Oliveira. Mediação de conflitos socioambientais :Metodologia aplicada para prevenção e resolução de conflitos em convênio com o Ministério Público de Minas gerais. Disponível em:>http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f2e84d98d6dc0c7a> acessado em 17/07/2020.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. São Paulo: Atlas S/A, 2015.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de justiça do estado do rio grande do Sul, Departamento de artes gráficas, 2013.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Câmara de Conciliação e arbitragem da administração federal. Cartilha. Disponível em:>file:///C:/Users/Usuario/Downloads/cartilha_-_camara_de_conciliacao_-_ccaf.pdf> acesso em 17/07/2020.

Câmara de Mediação e Arbitragem da sociedade rural brasileira. Cartilha. Disponível em:>http://www.srb.org.br/iniciativas/carb/> acesso em 17/07/2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Fabris,1988.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. Mediação Ambiental: O acesso à justiça pelo olhar da extrajudicialidade. Disponível em:> http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6822951732be44ed > acessado em 17/07/2020.

FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLORIANI, Dimas. Conhecimento, meio ambiente e globalização. Curitiba: Juruá, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. Resolução de conflitos no agronegócio. Disponível em:>file:///C:/Users/Usuario/Downloads/55809-115709-1-PB.pdf>, acesso em 17/07/2020.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Meios alternativos de solução de conflitos: cidadão na administração da justiça, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MENDONÇA, Rafael. A ética da mediação ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. In:Manual de arbitragem para advogados. http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. Mediação de conflitos ambientais. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA NETO, João Batista de Mello. Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

TRINDADE. Jorge, TRINDADE. Elise karam, MOLINARI. Fernanda. Psicologia judiciária para a carreira da magistratura. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DA LEI BRASILEIRA EM FACE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL

HUGO HAYRAN BEZERRA SILVA: Filiado a Faculdade de Educação Santa Terezinha. Advogado, Especialista em Direito Penal pela IBMEC/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Santa Terezinha. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Educação Santa Terezinha e na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão.

Resumo: A evolução do cibercrime mostra-se como um desafio no tocante a prevenção e repressão por parte do Estado, sob a ótica da eficácia das políticas de segurança pública, bem como a implementação de políticas criminais destinadas a coibir e punir os sujeitos do crime. Nessa conjuntura, nasce a importância do embate quanto a este movimento social e tecnológico, baseando o presente estudo na análise das legislações brasileiras em vigência, bem como na cooperação internacional, visando alinhar a função protetora e punitiva do direito penal com a evolução cibernética. Este trabalho objetiva analisar os crimes cibernéticos sob a perspectiva de evolução do ordenamento jurídico pátrio, analisando a eficiência destas leis penais quanto a investigação dos cibercrimes. Destarte, esta obra organiza-se por meio de uma pesquisa bibliográfica, com base na doutrina, legislação e por pesquisas diversos sites informativos. Ao final, pretende-se demonstrara necessária intervenção do Estado por meio de políticas criminais de prevenção à crimes digitais.

Palavras Chaves: Cibercrime. Política Criminal. Legislação Brasileira

Abstract: The evolution of cybercrime is a challenge in terms of prevention and repression by the State, from the perspective of the effectiveness of public security policies, as well as the implementation of criminal policies aimed at restraining and punishing individuals of the crime. In this context, the importance of the clash in relation to this social and technological movement is born, basing the present study on the analysis of Brazilian legislation in force, as well as on international cooperation, aiming to align the protective and punitive function of criminal law with cyber evolution. This paper aims to analyze cyber crimes from the perspective of the evolution of the national legal system, analyzing the efficiency of these criminal laws regarding the investigation of cyber crimes. Thus, this work is organized through a bibliographic search, based on doctrine, legislation and by research on various

informational sites. In the end, it is intended to demonstrate the necessary State intervention through criminal policies to prevent digital crimes.

Key Words: Cybercrime. Criminal Policy. Brazilian Legislation

Sumário: 1. Introdução - 2. Crimes Cibernéticos: 2.1 Conceito; 2.2 Classificação dos crimes cibernéticos; 2.2.1 Crimes cibernéticos puros, mistos e comuns; 2.2.2 Crimes cibernéticos próprios e impróprios - 3. Procedimento na aquisição de provas de provas nos crimes cibernéticos: 3.1 Obtenção de provas e modernização forense; 3.2Reconhecimento da autoria nos crimes cibernéticos; 3.3 Legislação sobre crimes digitais e investigação cibernética; 3.4 Colaboração global em face dos crimes cibernéticos - 4. Obstáculos da ciência criminal no combate aos crimes digitais: 4.1 Estatuto da criminologia; 4.2 Prevenção a crimes digitais; 4.3 Legislação vigente no combate ao cibercrime - 5 Conclusão - 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

Perceptivelmente, houve um avanço no mundo tecnológico de forma descompassada, contudo, esta evolução não acarretou apenas pontos positivos, como a otimização da vida social, mas também possibilitando uma terra fértil para as práticas criminosas pela rede mundial de computadores. Infelizmente, o ordenamento jurídico não acompanhou esta evolução social cibernética, desta forma o Estado se viu sem os instrumentos e mecanismos necessários para investigação, tipificação e punição de tais delitos na era digital.

O presente trabalho visa analisar os crimes cibernéticos sob a perspectiva da evolução das leis específicas, analisando a eficácia destas leis no tocante a investigação e identificação da autoria nestes crimes digitais, com base no estudo das políticas públicas e da Política criminal, que conceitua-se como uma ciência uma ciência multidisciplinar que funciona como um filtro sociológico, filosófico e político de uma sociedade com o fim de incluir ou excluir crimes do ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, para a compreensão destes objetivos da pesquisa, construiu-se um estudo que passeia por 4 capítulos: Inicialmente será abordado o capítulo, na qual traz a introdução delineando a relevância e objetivo da pesquisa. Por conseguinte, será discutido no capitulo dois a origem e evolução histórica da tecnologia, tanto no aspecto social quanto jurídico, certificando que o direito ao acesso à internet configura-se como uma das prerrogativas essenciais à dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesta esteira, no capítulo seguinte, será estudado os crimes digitais, tratando de seus conceitos e variações com o fito de demonstrar esta nova figura criminosa, que faz parte da evolução social e que o direito tem o dever de acompanhar tal mudança, pois funcionará como instrumento de proteção de novos bens jurídicos nascidos com essa evolução.

Já no capítulo quatro, será alicerçado em uma investigação rígida no tocante à persecução penal dos crimes digitais e os principais obstáculos em conflito com as autoridades nas investigações de tais delitos. De forma derradeira, o capítulo cinco destacará as adversidades na utilização das políticas criminais de prevenção aos crimes informáticos sob o olhar da criminologia.

Diante disso, a problemática de políticas públicas de prevenção, e a estruturação de arcabouço jurídico que criminaliza condutas são ineficazes, produzindo por vezes, efeito contrário a finalidade de prevenção inicialmente almejada, visto que são inúmeros os fatores que retardam o controle da problemática da criminalidade digital que está em ascendência.

Em relação a metodologia utilizada para a construção do presente trabalho, foi a pesquisa bibliográfica, tendo em vista que e estrutura a partir de material já publicado tais como livros, artigos, bem como materiais disponibilizados em sites informativos.

Destarte, na busca de soluções ligadas ao movimento da cibercriminalidade, desenvolvendo-se na esfera das relações do corpo social, salienta-se que a prevenção se demonstra como a mais adequada política criminal de combate ao crescimento dos delitos cometidos no mundo virtual. Faz-se necessário ressaltar que deve haver a execução de medidas mais efetivas, procurando caminhos que possam dar maior transparência ao fenômeno do cibercrime, com a finalidade de resguardar o corpo social que está desamparada frente a esta temática

2. CRIMES CIBERNÉTICOS

O exposto item deste ensaio versa sobre a faceta do acesso à internet como garantia essencial ao indivíduo, sob a ótica de suas justificativas jurídicas, objetivando esclarecer que as infrações cibernéticas é um evento conectado com as variações que transcorrem no corpo social, induzindo o direito penal no processo de Políticas Criminais.

2.1 Conceito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Infrações praticadas no ambiente da web avocam inúmeras nomenclaturas, tem-se como exemplo o crime digital, crime informático, crime informático-digital, cibercrime, crimes eletrônicos, etc. Este universo de nomenclaturas, por vezes, direciona à uma individualidade, entretanto não existe harmonia no tocante ao nome júris, nem quanto ao conceito, nem quanto a catalogação destes tipos penais (KURANTH, 2017)

Utilizando uma das nomenclaturas acima descritas, o cibercrime para Roque (2007, p. 33) é "toda conduta, definida pela lei como crime, e que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração". O infrator emprega, como meio de execução de sua conduta criminosa, ferramentas específicas da rede de computadores para efetivar sua prática delitiva em sua totalidade.

O comportamento ilegal exercido no ambiente informático passeia por uma infinidade de atos antiéticos à prática de infração penal propriamente dita, como fato ilícito, lesivo e punível. Nesta ótica, compreende-se que há inúmeras atividades criminosas prováveis de acontecer no meio cibernético, ou, em virtude de estas haver a expansão em larga escala de delitos passíveis de execução no mundo natural, real, longe da web.Destarte, há certos mecanismos ilegais que são exclusivos, quanto a realização de condutas, somente no mundo virtual, em razão de sua especificidade, pois o bem jurídico violado é resultado da evolução cibernética, existindo tal violação somente no mundo informático.

Apesar de que sejam utilizadas diversas demonstrações para definição de uma nomenclatura frisa a estes tipos penais, as mais aceitas são crimes de informática ou crimes de informática, ou cibercrime, esclarecendo que "cibercrime" ou "crimes telemáticos" são manifestações convenientes para apontar delitos que alcancem a rede de computadores ou que sejam efetuados por este recurso.

Por conseguinte, o cibercrime configura-se como fato típico previsto na legislação penal, no qual a sua ação demanda do uso do recurso aos sistemas eletrônicos e às novas tecnologias de informação. Sob a faceta da criminalidade cibernética, a atuação criminosa é apontada como toda conduta ilícita, na qual haja uma ação ou inação, em que o objeto tecnológico é o centro da atuação ilícita. Dessa forma, figura-se como crime de informática qualquer movimento não permitido com o fito de reter a cópia, o uso, a transferência, a interferência, o acesso ou a manipulação de sistemas de computador de dados ou de programas de computador.

2.2 Classificações dos crimes cibernéticos

Os crimes cibernéticos partem de uma perspectiva própria, uma característica incomum na prática dos crimes. A categoria afasta uma das principais caracterizações

como o contato físico, o campo do ato e de estrema individualidade, não havendo qualquer tipo de padrão, com exceção do instrumento.

As classificações normativas propostas denominam crimes cibernéticos ou crimes virtuais como: Puro, misto e comum. A segunda classificação traz as inflações como próprias e impróprias

2.2.1 Crimes cibernéticos puros, mistos e comuns

Os crimes cibernéticos puros estão caracterizados por um tipo de ação ilícita, que tem por objetivo principal ao ataque de sistemas operacionais de computadores e seus diversos componentes, seja eles portais, software, e etc., no entanto a conduta nessa modalidade é classificada por se tratar de um ato que a finalidade do sujeito ativo é a consumação do crime aos equipamentos físicos, a um sistema, banco de dados, invasões a servidores.

Os crimes de natureza mista têm por finalidade o ataque de forma virtual, com a finalidade de atingir os bens jurídicos distintos do meio informático, a sua atuação delitiva faz uso da internet para a efetivação da conduta. Um exemplo a ser citada e a retirada de forma ilícita de contas bancaria.

E por fim a conduta dos crimes cibernéticos comum, que se caracteriza por a ação necessitar do instrumento via plataforma digital, para que os efeitos de sua consumação já estejam devidamente qualificados e tipificados como um ato ilícito existente, ou seja, o sujeito ativo, infrator utiliza a rede apenas como instrumento para o crime que já existe e está tipificado no ordenamento jurídico.

Conclui-se assim, que os crimes cibernéticos puros levam em consideração toda e qualquer conduta ilícita que utilize de forma exclusiva o sistema de computador, englobando o atentado físico ou técnico deste, inclusive dados e sistemas. Já os crimes mistos são aqueles o uso da internet ou do sistema é condição primordial para a efetivação da conduta. Por fim, os crimes cibernéticos comuns são aqueles em que a internet é utilizada para como meio para a realização de um crime já tipificado em lei (PINHEIRO, 2002, p. 85-87).

2.2.2 Crimes cibernéticos próprios e impróprios

Conforme as classificações outorgadas classificam-se de mesmo modo os crimes cibernéticos próprios e impróprios, cujo suas peculiaridades são administradas de formas distintas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os crimes cibernéticos próprios se classificam pelo bem jurídico atingido constituírem-se exclusivamente de propriedade virtual, os bens jurídicos atingidos são exclusivamente voltados a sistemas de informatização e dados.

De acordo com suas condutas e classificações de crime cibernético próprio, o acesso não autorizado e uma conduta exclusiva dessa rotulação, se configuram como uma violação e invasão, que reproduz efeitos de manipulação, sabotagem de dados, e etc.

O processo de sistema computacional é descrito por Marcelo Xavier como:

> [...] um conjunto de dispositivos interligados e que processem dados de forma automática. Diz–se automatizado o sistema que processa informações sem a intervenção direta do homem. Em outros termos, o ser humano cria ordens a serem seguidas e um comando que as executa. Após tal comando, executa-se a citada ordem, mas sem a interferência humana(XAVIER,M,2011, p. 23)

Ressaltando assim, a conduta delitiva baseada no acesso não autorizado, aborda toda a ação de estar em "acesso", objetivando o recebimento ou fornecimento de elementos. Ainda assim, o acesso sem autorização não se limita a invasões de apenas hackers, porém alcança todo individuo de conhecimentos básicos que acesse o dispositivo alheio sem autorização. Porém mediante a conduta, à Constituição Federal de 1988 traz no artigo 5º, XLL:

> XII- É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, 1988).

As práticas de acesso não autorizados são praticados de forma também indireta, onde o sujeito passivo, vítima do crime, em algum momento faz a visita em páginas simuladas e criadas para uso exclusivos desses tipos de golpe, são manejados pelo código de IP que e o protocolo de internet, e são facilmente lesados pela conduta. Diante disso e notório que o sistema brasileiro possui falhas e enfrenta total dificuldade na punição e apreensão nesse tipo de ato.

Outro ato característico de crimes próprios são a obtenção e transferência ilegal de dados,Marcelo Xavier (2011), traz uma referência a mitologia grega, quando fala-

se em cavalo de troia, pois naquela época , era o presente dado ao rei como armadilha, e que atualmente tomaram novas nomenclaturas se associando a esse tipo de fato para caracterizar fraudes, pois se tratam de programas que aparentam segurança, mas que suas ferramentas permitem uma espécie invasiva para atividades prejudiciais ao usuário, onde acontece a determina invasão e envio de dados de particularidade individual da vítima.

Ressalta-se que, a transferência de dados ilegal, podem ser gerenciados por programas que absorvem as teclas digitadas, para a captura de senhas bancárias, coletores de dados pessoais, cartões e entre outros.

Agrupam-se deste modo, danos informáticos, os vírus e suas disseminações, as divulgações ou quebra de sigilo por utilização indevida de informações, troca de dados ocasionando embaraçamento em funcionamento de maquinas digitais, interceptações e entre outros, todos esses são caracterizados como crimes cibernéticos próprios por estar interligado a ações essenciais do uso de instrumento informático, para a pra delitiva, sejam elas tipificadas ou não no sistema de ordenamento jurídico brasileiro.

Os crimes cibernéticos impróprios entendem-se que são condutas já tipificadas no ordenamento jurídico, mais que são praticadas com auxilio de uma ferramenta digital, sejam elas, crimes contra honra, estelionato, ameaça, e entre outros.

Observa-se que na classificação de crimes cibernéticos impróprios a legislação possui uma competência maior, pois se trata de crimes que estão protegidos pelo código penal brasileiro.

Porém as condutas ganham enfoque tecnológico por ter como meio de prática, o instrumento de rede, porém são crimes recorrentes de sob novas formas de prática. Algumas práticas vão analisar de forma mais clara.

O crime de ameaça pode ser cometido através de meios tecnológicos de seguinte forma, como por exemplo, publicação de posts em redes sociais, e-mail enviados, toda ameaça seja ela de forma virtual, se evolve na prática errônea, no entanto a lei brasileira faz menção ao artigo 147 de código penal que trata exclusivamente da segurança e paz de cada individuo.

> Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (BRSIL, 1940).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro crime recorrente é a falsidade ideológica e a falsa identidade, sabe-se que atualmente as redes sociais são cada vez mais administradas por digitais influencies, blogueiros, lojas virtuais de todas as espécies, e os condutores desse tipo de crime, aproveitam das oportunidades da fama e torna para si perfis "fakes" perfis de golpe, publicações falsas e etc.

A violação em direito autoral, se torna cada vez comum por se tratar de piratarias, produtos esses não autorizados a revenda, a copias, e entre outras formas de direito autoral, seja elas marcas de roupa, livros em PDF em revenda, e etc.

Os crimes contra a honra estão previsto no código penal, e possui grande índice na área de crimes cibernéticos. Os crimes contra honra estão associados a uma dimensão em diversos aspectos humanos, sejam eles praticados de forma que prejudique a área moral, física, psicológica e ate mesmo rejeições em sociais.

Conclui-se assim que os crimes impróprios estão tipificados no código penal brasileiro, porém com novas atribuições de condutas, o que nos leva a visualizar a necessidade de novas formas de combate e punição aos novos tipos de crime. Os crimes de calúnia, difamação, injúria, racismo, preconceitos, todos esses tipos de crimes atualmente são praticados de forma virtual, ocasionando assim uma series de prejuízos tanto para a sociedade em geral quanto ate mesmo para a economia, pois ate mesmo empresas são vitimas desses tipos de golpe.

Concluído assim que predominam dois grupos para a identificação dos crimes digitais: a dos crimes cibernéticos próprios e da dos crimes cibernéticos impróprios. Os próprios (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se volta contra os sistemas informáticos e os dados), são também conhecidos de delitos de risco informáticos. São exemplos de crimes cibernéticos próprios o acesso não autorizado, a disseminação de vírus e o embaraçamento ao funcionamento de sistemas.

Já os impróprios (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os bens jurídicos que não sejam tecnológicos já tradicionais e protegidos pela legislação, como a vida, a liberdade, o patrimônio, etc. São exemplos de crimes cibernéticos impróprios os contra a honra cometidos na internet, as ações que envolvam permitam ou armazenamento de imagens com conteúdo de pornografia infantil, o estelionato e o homicídio (CRESPO,2015).

3. PROCEDINENTO NA AQUISÇÃO DE PROVAS NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Neste ponto, denota-se acerca de quais as diretrizes do ordenamento jurídico pátrio em relação a organização investigativa em face dos crimes cibernéticos, bem como salientar a indispensabilidade de uma cooperação internacional perante o

crescimento integrado do acesso a internet, objetivando que essas condutas delituosas sejam precipitadamente reconhecidas e fortemente reprimidas.

3.1 Obtenção de provas nos crimes cibernéticos e a modernização forense

Invoca-se como evidência a cooperação que a engenharia científica nos oportuniza, entretanto, distintas figuras constituem os estreitos vínculos humanos em suas regulares rotinas. Sob uma faceta, há uma gama de variações benéficas com este fim. Outrora, se não excessivamente em um estágio superior, o crescimento prejudicial da extensão dos crimes iniciados em episódios cibernéticos modificam a finalidade da ferramenta.

O ciberespaço aquiesce a propagação de uma elevada fração de material informativo a qualquer parte do mundo, em uma transição de informações ferozmente veloz, favorecendo, por causa disso, o diálogo e a ligação entre as pessoas. Neste diapasão, apresenta-se como perigosa a circunstância de encontrar um indivíduo que desfruta de tais materiais informativos como meios preparatórios e de execução de condutas ilícitas por ele praticadas.

Destarte, a internet é empregada como um instrumento para a prática de crimes, em que o usuário infrator se aproveita da ausência da cautela das vítimas da web. A imensa controvérsia em análise ocorre na persecução investigativa de tais crimes, os quais compõe-se de uma particularidade do sujeito ativo de tais condutas: o anonimato.

Segundo Eleutério e Machado (2011) a computação forense busca evidências para a solução de um crime. O ramo da tecnologia forense, ou computação forense, procura obter informações através de análise de dados de um computador, uma rede ou qualquer dispositivo de armazenamento de dados, que seja alvo de investigação, por crimes ou delitos cibernéticos

Visto que, os elementos probatórios digitais dispõem de encargos específicos de validade como a sua admissibilidade, a sua contribuição e preservação devem ser executadas, de acordo com autenticidade e integridade assegurados pelos princípios da ciência computacional. Particularidades estas que podem ser observadas pela averiguação das provas digitais pela perícia forense (MASSINI; LOPES, 2018).

As provas digitais podem ser descobertas através de vários dispositivos informáticos que se conectam à rede, tais como relógios, tablets, plataforma de jogos, além da memória do computador pessoal do criminoso. Conforme Walls (2011), pesquisadores de segurança digital tem um elevado potencial de fazer modificações significativas para as forenses digitais, o que pode permitir uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

melhora nas investigações. Entretanto, inicialmente é necessário o entendimento acerca das limitações que afetam o contexto de investigações e as distinções que este possui de modelos de segurança.

Consoante a isso, boa parte das políticas ou leis se preocupam com as razões existentes na construção de uma infração penal, o que comumente pode ser ilustrado através de uma coleta de dados e de evidências..Poderão inclusive existirem limitações quanto ao assunto coletado, cujo procedimento deverá considerar o devido processo legal e a manutenção de cadeia de custódia.

A legislação quanto aos crimes informáticos, sensatamente, não versa sobre busca e apreensão, técnica de investigação importantíssima na investigação de delitos informáticos. Este instituto tem previsão legal do art. 240 em diante do Código de Processo Penal.

Destarte, há a ciência que perante hipótese de crimes cibernéticos, pode a autoridade requerer a Busca e Apreensão na sede ou domicilio do suposto autor do delito, com o objetivo da coleta de dados nas máquinas de forma adequada para a eficácia na perícia técnica, pois com a busca haverá a apreensão de equipamentos manuseados na prática criminosa. Isto posto, a Busca e Apreensão informática segue a regra do Código de Processo Penal, especialmente no tocante a indispensabilidade da polícia judiciária em preservar o local do crime até a chegada dos peritos. Ausente este requisito do art. 6° do Código de Processo Penal, tal ação pode constituir-se em nulidade.

Neste diapasão, as infrações cibernéticas deixam vestígios, motivo pelo qual é fundamental a realização do corpo de delito. È de grande valia mencionar que a prova pericial tem importância elevada e sua realização deve ser amoldar a determinadas atenções, sobretudo no mecanismo de realização do ato para produzir a prova. O exame de corpo de delito tem como principal finalidade reunir elementos que comprovem a materialidade do crime, em crimes cibernéticos, de forma geral, o corpo de delito é direto, refletindo nos vestígios deixados pela infração. Outrora, caso os vestígios desapareçam, poderá ser feito de forma indireta.

Quanto a procedibilidade da Busca e Apreensão, e indispensável o mandado judicial, nos termos do art. 243 do Código de Processo Penal. È necessário que o mandado seja pormenorizadamente direcionado à informática, como exemplo da possibilidade de acesso a computadores remotamente administrados da localidade, dispositivos móveis em veículos ou em posse dos residentes dentre outras situações que a autoridade deverá observar buscas desta natureza. A eficácia da análise pericial está diretamente ligada com as cautelas adotadas na fase de busca e apreensão e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

coleta de evidências. O Código de Processo Penal confere como nulidade irreparável a ausência de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios. Salienta-se a relevância da Busca e Apreensão para o levantamento da materialidade e autoria de delitos informáticos.

3.2 Reconhecimento do autor nos crimes cibernéticos

A elaboração de indícios probatórios nos crimes digitais tem por obrigatoriedade, no tocante a sua eficiência, a celeridade do ato de produção para que esta não "suma" no próprio mundo virtual. Dessa forma, quando houver o conhecimento de um delito com o emprego do mundo cibernético, a primeira deliberação a ser feita é a identificação do meio usado para fins de identificação da autoria. Conforme dispões Melo (2012, p.15), pode-se dizer que as evidências dos crimes cibernéticos ostentam as seguintes particularidades:

a) Possuem formato completo (arquivos, fotos, dados digitalizados etc.);

b) São voláteis, i.e, podem ser apagadas, alteradas oi perdidas facilmente;

c) Costumam estar misturadas a uma grande quantidade de dados legítimos, demandando, por isso, uma análise apurada pelos técnicos que participam da persecução penal.

A indispensável evidência na coleta é o famoso número IP (*Internet Protocol*). O número IP funciona como o reconhecimento singular para cada máquina conectada a rede. O IP deve estar guarnecido da data, hora exata da conexão ou comunicação e o fuso horário do sistema. Segundo Melo (2012, p.26) nos pedidos feitos ais provedores de acesso e às companhias telefônicas, é essencial que haja, no mínimo, a referência a essas três evidências:

a) O número do IP;

b) A data da comunicação;

c) O horário indicando o fuso horário utilizado – GMT ou UTC. Sem eles, não será possível fazer a quebra do sigilo de dados telemáticos.

A polícia judiciária, através de suas autoridades, na fase investigativa de dos ilícitos cibernéticos, usam de diversas técnicas para o reconhecimento da autoria e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

coleta de provas. A inquietação no uso destas técnicas é a celeridade de tais ações objetivando a eficácia da busca por provas, tendo em vista que os dados inseridos na rede mundial de computadores são inconstantes, podendo ser removido a qualquer tempo. Na hipótese de cometimento de crimes com o uso da internet, a autoria de forma simplificada é atribuída ao homem comum, ou seja, a maior dos crimes virtuais não possui sujeito determinado pelo tipo penal, não são crimes próprios

Isto posto, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo dos crimes desta natureza, precisando meramente disponibilizar de algum meio eletrônico. Mediante a rede mundial, o infrator pode afrontar os variados bens jurídicos tutelados, bem como transgredir as normas penais elaboradas, sem precisar preencher qualquer requisito subjetivo que o torne apto a praticar o delito.

Sobre o tema, Jesus (2003, p. 165) dispõe:

> [...] por ser o delito ação humana indubitável que seu sujeito ativo é o homem. Não se trata, porém, de parte inerente à conduta que a lei descreve como crime, e, sim, daquele a quem pode ser atribuída a prática de ação ou omissão que tem a configuração legal do delito. As qualidades pessoais de quem pratica o delito, sua situação particular, a relação que tenha com o ofendido constituem elementos que se referem ao sujeito ativo, mas que não se identificam com este.

Conforme afirma o referido autor, é ineficaz a tentativa de traçar um perfil sobre o criminoso cibernético através de uma planilha, o definindo como regra. A veracidade, no presente momento, é que boa parte dos crimes cibernéticos possui determinada eficácia e falha na identificação da autoria se deve pela ausência de cuidado e de conhecimento por parte do usuário/vítima, do despreparo das autoridades investigativas, sobretudo, a banalização e difusão das técnicas e ferramentas para aplicação de golpes. É aceitável a ideia de que os criminosos digitais, em sua maioria, não praticariam crime do mundo "real", entretanto, são atraídos pelo cometimento dos delitos virtuais, assegurados pela errônea sensação de anonimato e conhecedores da incapacidade das autoridades na apuração de elementos probatórios e no reconhecimento da autoria nos delitos desta natureza.

3.3 Legislação sobre os crimes digitais e investigação cibernética

A legislação acerca do referido tema foi impulsionada pelo Marco Civil da internet, por meio da lei 12.965/14, que garante direitos e deveres ao universo de usuários, provedores de conexão e de serviços pertencentes a rede mundial. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aludida lei tipifica fatos cibernéticos, contudo não versa acerca dos elementos de investigação ou deveres dos provedores de internet e serviços no que se refere a assistência para com as autoridades na investigação de crimes cibernéticos.

Destarte, a lei 12.735 prevê que os órgãos da polícia judiciária, encarregadas de reprimir as práticas delitivas, poderão estruturar nos termos de seus regulamentos,setorese equipes especializadas no combate às práticas ilícitas na internet, além de dispositivos de comunicação ou sistema informatizado. Na mesma análise, o Marco Civil da internet estabelece disposições que interessam a temática investigativa.

Em boa parte dos crimes digitais, em que o sujeito passivo não figura como administradora do ativo informático utilizado para o cometimento do ilícito penal ou do ativo atacado, com a finalidade de descoberta acerca do autor do delito cibernético, é imprescindível a colaboração de terceiros, que habitualmente controlam e custeiam os serviços, aplicações oi hosts empregados para a prática dos crimes digitais ou que prestaram de elemento para o delito cibernético. No tocantes a estes terceiros, os que possuem o maior índice de requerimento são os provedores de serviços de internet e os provedores de conexão à internet. A princípio, de forma conseqüencial, busca-se uma aproximação com aqueles, e, depois com estes.

Isto posto, quando há uma conexão com a internet, ao agente o faz por meio de um ISP (*Internet Service Provider*), ou provedor de acesso à internet. Este atribui ao ator cibernético um endereço de IP (*Internet Protocol*), em uma estabelecida parcela de Dara e horário, comumente enquanto durar a conexão à internet. Tal responsabilidade fica registrada no provedor de conexão (registros de conexão filiados a dados cadastrais). Destarte, o usuário ao relacionar-se com serviços na internet (emails, chats, redes sociais etc..), tem seus dados registrados para estas aplicações, a qual é nomeado de "registro de acesso a aplicações na internet", que abrange diversas diretrizes informativas acerca do manuseio do serviço web pelo aludido usuário.

3.4 Colaboração global em face dos crimes cibernéticos

A acessibilidade ao meio digital se faz através da tecnologia de informação que assimilou o mundo em uma enorme teia. Acontece que, para a justiça, o local físico do cometimento da conduta ilícita no mundo cibernético tem importância para assegurar a competência judiciária. Não obstante, os agentes buscam cometer delitos por meio de sistemas alojados no estrangeiro.Nesta situação, a investigação, no Brasil, precisa da cooperação de provedores internacionais, o que configura uma tarefa árdua, pressupondo que parte dos provedores se familiarizam a alegar que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não estão sujeitos às ordens da jurisdição brasileira, sendo relativizado tal ideia com a aprovação do Marco Civil da internet.

No entendimento do Ministério da Justiça, a colaboração jurídica internacional se materializa como um mecanismo formal pelo qual um Estado requer a outro Estado, com a finalidade de que seja executada uma decisão ou que seja proferida uma decisão sobre um determinado conflito, de forma que seja empregada a justiça no caso em discussão, ou seja, é um instrumento aplicado para rogar a outro Estado uma determinada medida, seja ela judicial, administrativa ou investigativa para o esclarecimento de um caso concreto, que esteja em prosseguimento, visto que, com a evolução da criminalidade transnacional provocada pelo fluxo de bens, pessoas, serviços ou informações exige, rotineiramente, um Estado colaborativo e proativo, que crie ferramentas que proporcionem a colaboração bilateral entre os Estados, a fim de exercerem de forma satisfatória a sua atividade jurisdicional.

A corrente doutrinária aponta diversas classificações no tocante a Colaboração jurídica internacional. As mais relevantes se referem à posição do solicitante,que se divide em ativa e passiva, e o meio jurídico aplicado que se divide em informal e formal.

A modalidade de colaboração ativa o Estado brasileiro é quem necessita de cooperação do Estado estrangeiro, eis que alguns dos elementos para que a persecução penal seja alcançada encontra-se afastado do território brasileiro. Nesta situação, o pedido é envaido através do Ministério da Justiça e encaminhado a autoridade do país estrangeiro requerido ou pelos meios diplomáticos. Outrora, a colaboração passiva se caracteriza na hipótese de a autoridade estrangeira rogar auxílio ao Estado brasileiro, onde o prosseguimento se assemelha ao visto anteriormente quanto a colaboração ativa. Por conseguinte, o pedido será formalizado conforme as regras do ordenamento jurídico pátrio, que norteará os rumos para o cumprimento da medida.

No tocante ao caminho utilizado, tem-se a colaboração direta ou informal que ocorrerá nas hipóteses de a diligência ser conduzida diretamente pela autoridade requerida e a requerente, sem a previsão de utilização de outros meios formais, não podendo sequer haver intervenção do Poder Judiciário. Nesta esteira, a colaboração internacional será adotada de duas maneiras: com o complemento de ordem acerca da reciprocidade, no qual o Estado, independentemente de terem fixado tratados ou acordos internacionais, podem cooperar bilateralmente, oi por um caminho forma, onde implica-se através de tratados ou acordos, a colaborarem entre si.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos dias que correm, existem na nossa pátria órgãos especializados no combate aos cibercrimes, abarcando a esfera federal, bem como a estadual. No âmbito federal há uma atuação concorrente do Ministério Público Federal (MPF), a Polícia Federal (PF) e a Organização Não-Governamental Safernet, e que esta obtém e encaminham as denúncias abrangendo os delitos digitais. No tocante ao âmbito estadual as Polícias Civis não possuem uma gama de órgãos especializados no comando da investigação dos crimes cibernéticos.

Em referência ao tema supracitado, Roza (2007, p. 73) versa:

> É imperioso frisar, por derradeiro, que nenhum combate sério aos crimes de informática se esgota no processo tipificador. Sem cooperação internacional, sem a melhoria do aparelhamento policial e sem o aperfeiçoamento profissional dos que operam nessas áreas, a simples existência de uma adequada tipificação não tem o menor significado pratico e não basta para tutelar a sociedade contra tão lesiva atividade criminosa.

Acerca do exposto, o surgimento do direito digital estabelece o dever das autoridades se modernizarem, em quesitos tecnológicos, para que possam verdadeiramente adotar as regras estabelecidas em lei, fazendo frente ao crime eletrônico e proporcionando uma sociedade da informação minimamente segura.

4. OBSTÁCULOS DA CIÊNCIA CRIMINAL NO COMBATE AOS CRIMES DIGITAIS

A política criminal é uma ciência multidisciplinar que funciona como um filtro sociológico, filosófico e político de uma sociedade, com o fim de incluir ou excluir crimes do ordenamento jurídico. Destarte, este último capítulo preza por apresentar os desafios relevantes do Sistema de Justiça no enfrentamento aos crimes digitais, bem como evidenciar inquisições pertinentes acerca das políticas de segurança pública e criminal em face do Direito Penal democrático.

4.1 O estudo da Criminologia

O aprofundamento na disciplina de criminologia indica três caminhos de prevenção de lides em qualquer esfera do direito penal, estabelecendo a prevenção primária, secundária e terciária, considerando a metodologia etiológica, que nas palavras de Molina (2006, p. 312-314):

> A prevenção "primária" é aquela em que se busca combater a cogitação delitiva fazendo-se investimentos em educação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> emprego, assistência social, previdência, e que assim afetam a raiz social do conflito criminal, buscando evitar que ele venha sequer a se manifestar. A prevenção "secundária", por sua vez, atua com foco na experiência obtida a partir da análise empírica da criminalidade, após conhecer-se o tempo e o espaço em que os delitos se exteriorizam com certa freqüência. A prevenção "terciária", que representa um foco de ação estatal diferenciada Enquanto que as prevenções anteriormente explanadas trazem atitudes focadas em todos os cidadãos genericamente, esta modalidade foca na figura do recluso condenado e na evitação de reincidência.

A maior parte dos planos de restrição originam-se de investimentos públicos em crimes com contenções espaciais, com finalidade reduzida em meios de investigação centralizadas e vítimas limitadas. Destarte, quando se versa acerca de crimes digitais, a problemática é encontrada principalmente na circunstância em que a prevenção primária demonstra uma certa falha, não tendo a efetividade desejada, suas particularidades se transformam em obsoletas, ineficazes quanto as ações de prevenção secundária e terciária.Nesta esteira, as prevenções primária e terciária, assim como a anterior escrita, mostram-se ineficazes no tema em questão, pois filia-se a ideia de que cidadão delinqüente no mundo digital tem ciência do caráter ilegal de suas ações,e são dotados de uma boa educação e condições socais dignas.

Fixando a distinção acerca dos institutos da política criminal e da criminologia, Shecaira (2014, p. 43) diz que "a política criminal, pois, não pode ser considerada uma ciência igual a criminologia e ao direito penal". Nesta esteira, a política criminal é uma disciplina que não possui um processo próprio e que está espalhada pelas vários poderes da União, bem como pelos diferentes ambientes de desempenho do próprio Estado.Isto posto, este instituto oferece aos poderes públicos os caminhos das ações científicas mais coerentes para o controle do delito.

4.2 Prevenção aos crimes digitais

Em meio a pluralidade de situaçõesos crimes digitais surgem como um tema de grande importância no âmbito criminológico e sua argumentação acerca do ius puniendi estatal. Dessa forma, esta circunstância é merecedora de embates sobre a necessidade de inserção da segurança pública interna e a da comunidade internacional, com enfoque no confronto da evolução do crime digital nos dias que correm.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, é notória a harmonização de idéias quanto a liberdade ampla do acesso a rede, em razão disso, é prescindível que as nações possibilitem o cumprimento da lei e o respeito aos direitos fundamentais, bem como acrescentar políticas públicas de inclusão digital, com base na Convenção de Budapeste sobre os crimes digitais. Isto posto, no período da informação, a administração pública e o corpo social revelam-se subordinados as tecnologias e a segurança digital.

Sobre o tema Crespo (2011, p. 126) afirma:

> Desde a expansão da internet na década de 80, a comunidade internacional percebeu a necessidade de prevenir ilícitos digitais, tendo a ONU, em 1994, expedido a Resolução sobre os crimes cibernéticos, com a publicação do Manual sobre prevenção e controle do delito informático.

Percebe-se o enfoque na necessidade de colaboração internacional frente ao caráter transnacional dos crimes digitais. Ainda sobre a temática, o Preâmbulo da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime (2001, p.1) detalha que:

> [...] reconhecendo a importância de intensificar a cooperação com os outros Estados participantes da presente Convenção. Convictos da necessidade de prosseguir, com caráter prioritário, uma política criminal comum, e com objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e de melhoria da cooperação internacional; Conscientes das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas; Preocupados com os riscos de que as redes informativas e as informações eletrônicas, sejam igualmente utilizadas para cometer infrações criminais e de que as provas dessas infrações sejam armazenadas e transmitidas através dessas redes.

Como visto, a supracitada Convenção destaca a carência da colaboração internacional em face transnacionalidade dos crimes digitais, refletindo na falta de relações de cooperação na extradição, consubstanciando uma lacuna legislativa que estabeleça como crime as condutas ilícitas na rede, bem como a escassez dos meios matérias e a incapacidade das policias, do Ministério Público e do Poder Judiciário colaboram para a fragilidade de políticas de proteção e persecução aos crimes digitais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, a Convenção de Budapeste é caracterizada por ser um tratado internacional de direito penal e processual penal sustentado no Conselho da Europa com a finalidade de esclarecer harmonicamente os delitos cometidos na rede mundial de computadores e os mecanismos de investigação criminal. A Convenção de Budapeste apresentou-se como o precursor dispositivo internacional a versar cerca dessa nova modalidade criminosa, objetivando a compatibilização das legislações nacionais dos Estados na área do cibercrime, bem como oportunizando a colaboração internacional e as investigações de cunho penal.

Outrora, apesar da relevância Convenção de Budapeste o Brasil não é signatário, fundamentando esta decisão na não participação na criação desta Convenção. Todavia, isso não é motivo justificante, momento em que inúmeras providências legais que já foram introduzidas no ordenamento jurídico em vigência, versando acerca de delitos digitais.

A legislação penal brasileira vem introduzindo novos tipos penais de crimes digitais, lembrando como foi abordado, tendo ressalva quanto as adversidades resultantes dos conflitos de interesses que transitam nesta seara e da ausência de políticas públicas de segurança pública de controle cibernético, merecem alusão as lei em vigência, a Lei n° 12.735/12 e a Lei n° 12.737/12 que tratam, mutuamente, sobre a criminalização de algumas condutas ilícitas, tipificando-as como crimes informáticos e a criação de órgãos públicos especializados no combate e prevenção ao cibercrime.

No tocante a Lei 12.735/12, que o seu processo de elaboração até a definitiva aprovação durou 13 anos, ela versa em seu art. 4° acerca da criação e a introdução de organização diante das polícias judiciárias de órgão e departamentos voltados a possibilitar a investigação e o combate à delinqüência cibernética. O referido dispositivo tem a seguinte redação:

> Art. 4° Os órgãos da polícia judiaria estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado (BRASIL, 2012)

Com base nesta citação, estabeleceu-se o símbolo legislativo que avaliza as polícias públicas no enfrentamento às práticas ilícitas na internet. A fundação de delegacias especializadas para as investigações aos crimes digitais tem uma atuação significativa para as vítimas, que, por ausência ou inércia do órgão policial não demanda o aparato policial por ceticismo na existência de uma investigação ou punição dos autores do crime.

Destarte, no âmbito da nova criminalidade cibernética, a organização jurídica do direito penal demonstra-se incapaz para o combate a nova realidade factual que se dissipa no mundo digital. Percebe-se uma grande desinformação neste ambiente, pois a informática é um instrumento ainda em evolução. Há uma ausência de uma forte e eficiente política criminal no enfrentamento e prevenção dos crimes cibernéticos

4.3 Legislação vigente no combate ao cibercrime

Sob o olhar de prevenção, a Lei 12.735/12 instituiu o início no ordenamento jurídico .de leis voltadas a apuração e punição de tais delitos cibernéticos, estabelecendo a obrigatoriedade de os órgãos da polícia judiciária organizarem as delegacias e preparar grupos para lidar com essa nova realidade.

Mostra-se como atividade moderna com o mundo digital, o inquérito policial eletrônico. Como defendem Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 126), não se justifica mais "a ação penal informatizada e o inquérito policial em seu arcaico formato de papel". As diligências e perícias da fase inquisitorial devem ser executadas mediante os meios eletrônicos, com a adoção de um sistema que confira autenticidade, integridade e informatização do processo judicial pela lei 11.419/06. As delegacias físicas ou virtuais são necessárias ao acesso da vítima, ao aparato da persecução, de orientação sobre a notícia do crime, a aquisição e preservação da prova do fato delituoso e representação nos casos de ação pública e queixa para desencadear a persecução penal.

Tem-se como ideia que as Leis 12.735/12 e 12.737/12 foram criadas com a pretensão de completar a lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico penal brasileiro, de modo que os novos tipos penais são eficientes para controlar as condutas ilícitas habituais cometidas através do uso da internet. Outrora, sob outra faceta, há o entendimento que a tipificação penal de crimes digitais mediante a Lei 12.737/12 deixa distante da legislação penal alguns relevantes ataques cibernéticos, para os quais não há tutela penal.

Contudo, existe outra corrente que acredita na evolução gradativa na legislação brasileira quanto ao tema, e que já dispomos de um acervo normativo congruente com as diretrizes da Convenção, o que embasa atos investigativos com segurança. Salienta destacar que a prevenção constitui o principal paradigma no combate aos crimes digitais. Nesta esteira alguns pesquisadores versam sobre o tema:

> E no mesmo caminho no meio social, seriam válidas as medias preventivas de inclusão digital, com a conscientização das pessoas quanto ao uso racional e seguro dos meios

> informáticos. Isso sem falar no aspecto criminal que deverá ser obviamente aperfeiçoado para tratar das novas realidades sociais, mas sempre deixando claro que é necessária a observância, por parte do Estado, da ideia de proporcionalidade, que nas palavras de Ingo Wolfgang Sartet, se traduz em dupla dimensão, ou seja, proibição de excesso estatal na aplicação da pena, mas também proibição de insuficiência de punição (MACHADO; SILVA, 2013, p. 15)

Isto posto, sob o olhar do controle social, reitera-se que o nosso país não utiliza de mecanismos competentes para impedir a prática de delitos na rede mundial, por ausência de criminalização de alguns ataques cibernéticos tidos como relevantes como, também, da carência estrutural da polícia judiciária para cumprir as investigações ou, ainda, pela lentidão da justiça.

5. Conclusão

Consoante ao que foi tratado neste ensaio, o direito a aquisição ao ciberespaço é abordado pelo ordenamento jurídico pátrio como uma prerrogativa fundamental para o desempenho dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal a todos os cidadãos. A problemática, entretanto, nasce no contexto atual da realidade social, com o gozo deste direito de acesso a internet indo pro caminho da criminalidade. A atual conjuntura dessa pesquisa buscou-se preocupar em apresentar a perigosa reunião da tecnologia com a criminalidade, porquanto, pode promover aos delinquentes digitais várias possibilidades. Os aproveitamentos de novas tecnologias para a prática criminosa constituem um verdadeiro problema social. Destarte, esta pesquisa demonstra a urgência de atuação do Direito Penal e da legislação penal extravagante no combate a essas novas espécies criminosas, objetivando a prevenção e punição desses atos criminosos.

Neste óbice, com base na evolução da criminalidade cibernética, a política criminal, filtrando a opinião pública, cria leis mais severas quanto a temática. Dentre essas legislações, referencia-se asLeis 12.965/14, apontada como o Marco Civil da Internet, que garante direitos e deveres aos usuários da internet, e a lei 12.737/12, a qual aumentou o rol de crimes digitais ao Código Penal Brasileiro.

No tocante aos efeitos da pesquisa, viu-se que, sob a narrativa do controle social, é coerente declarar que o Brasil, mesmo com o esforço na edição de leis penais propostas ao combate dos crimes digitais, não prevalece de recursos eficientes para evitar a reiterada onda de crimes cibernéticos, por inúmeras razões, como a omissão na edição de tipos penais de alguns ataques cibernéticos, bem como pela escassez

da organização tecnológica do Sistema de Justiça para realizar investigações ou, ainda, pela lentidão do Poder Judiciário.

O presente estudo indica a relevância da discussão e da compreensão deste movimento da criminalidade digital, intentando que este fenômeno se constitui como uma temática viciosa de Segurança Pública e de Política Criminal. Perante o avanço deste movimento criminal dentro da rede,as agências estatais encarregadas pela elaboração de políticas de controle e prevenção continuam com alguma displicência, não privilegiando ações e políticas públicas de inclusão digital, de educação e ética informacional, direcionadas à esta e outros tempos futuros de atores da internet, objetivando a restrição dos crimes digitais.

Diante do que foi exposto, verificou-se que a web é um universo ameaçador, visto que o anonimato reina, dando eficácia as práticas delituosas, pois há uma dificuldade estatal na identificação de tais criminosos, sendo este um dos mais relevantes obstáculos na investigação. Isto posto, é perceptível a necessidade de proteção e prevenção primária, secundária e terciária, que trazem uma reflexão acerca da incapacidade, deste modo, necessita de um olhar especial por parte do Estado.

Portanto, há urgência de atuação da política criminal especializada, direcionada a equipar os órgãos dos três poderes para entenderem sob um olhar científico e moderno, sendo capaz de resolver de forma eficaz com este movimento do cibercrime. Destaca-se que a Colaboração Internacional è primordial para este trabalho de prevenção e punição, dada as características da rede, que autorizam que autor e vitima encontrem-se em países diferentes ou possuem nacionalidade distintas..A atuação desta cooperação internacional incidirá em uma legislação linear quanto a temática, como o efetivo diálogo judicial e policial e uma uniformidadedos registros, sendo possível repreender o crime cibernético, pouco importando a nacionalidade dos envolvidos ou o local da ação, omissão ou do resultado.

Na ideia de política criminal de controle, não é suficiente apenas uma legislação que crie um tipo penal, é necessário a criação de um programa de política criminal de prevenção, baseando-se na educação, na inclusão social e melhoria da qualidade de vida, que capacita o cidadão a coibir ou esquivar-se de eventuais conflitos.Compreende-se que o ordenamento jurídico penal brasileiro ainda encontra-se em uma caminhada para obter eficácia na prevenção e punição de tais crimes digitais, destarte, a solução de tal situação não é uma tarefa simples, mas já é nítido que não se resolverá apenas com a edição de leis criminais, o passo inteligente a ser dado abarca polícias criminais educação e uma forte organização de investigação criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

AMBITO JURÍDICO. **Cibercrime:**conceitos,modalidades e aspectos jurídico-penais.Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/cibercrime-conceitos-modalidades-e-aspectos-juridicos-penais/>. Acesso em: 10 de junho de 2020

_____.**Os crimes virtuais e a impunidade real**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9963> Acesso em: 25 de junho de 2020

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática**; uma nova criminalidade. Jus Navigandi. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informática>. Acesso em: 30 mai de 2020.

ARAÚJO, Nádia. **A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional:** Secretaria Nacional de Justiça; Departamento de recuperação de Ativos (DRCI). Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativo – 2. Ed. Brasília; Ministério da Justiça. 2012. Disponível em; <http;//zip.net/bfthWJ>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** 2. Ed. Rio de Janeiro; Revan, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituiçao/constituiçãocompliado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020

_____. 2014. **Lei n° 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em:<htpp://WWW.planalto.gov,BR/ccivil_03/_Ato2015/2018/2018/Lei/L13718.htm> Acesso em: 22 jun. 2020

_____. 2014. **Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em:<http;//www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/I12965.htm>.

Acesso em: 22 jun. 2020

_____. Código Penal (1940). **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http;//www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/deL2848.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASÍLIA, 2012. Ministério da Justiça. **Cartilha Cooperaçõ Jurídica Internacional em matéria Penal.** Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http;//zip.net/bxtkZ9..>Acesso em 30 mai. 2020.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes;** limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos. Curitiba; Juruá, 2010.

CRESPO. Marcelo. **Crimes digitais:** do que estamos falando? Disponível em: <http;//ambitojurídico.com.br/edições/revista-79/o-papel-da-educacao-digital-e-da-segurança-da-infirmacao-no-direito/>.Acesso em 25 mai. 2020.

_____. Marcelo Xavier de Freitas. **O cibercrime.** São Paulo, 2011.

_____. Marcelo Xavier de Freitas. O papel da educação digital e da segurança da informação no Direito. Disponível em; <https;//ambitojurídico.com.br/edições/revista-79/o-papel-da-educacao digital-e-da-segurança-da-informação-no-direito/>. Acesso em: 02 jun. 2020

FURLANETO NETO, Mário. ET AL. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico,** São Paulo; EDIPRO, 2012.

HERMAN, Susan N. Os desafios do crime cibernético**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Disponível em: <http;//zip.net/bptjG6>. Acesso em 30 mai. 2020.

IOCCA, Érica Cristiane. **Crimes Cibernéticos e a sociedade atual.** JUDICARE, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta. V.4, n. 4, 2012. Disponível em: <http;//zip.net/bqtjZ9>. Acesso em: 05 jun. 2020.

KUNRATH,C. **A expansão da criminalidade nos cybers espaço**. Feira de Santana, 2017.

ROZA, Fabrízio. **Crimes de informática.** 2. Ed. Campinas; Bookseller, 2007.

SIDOW, Spencer Toth. **Delitos informáticos próprios:** uma abordagemsob a perspectiva vitimo dogmática, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br,php/>. Acesso em 22 mai. 2020.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal;considerações práticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.** 71 – maio-junho, São Paulo; RT, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

WALL, Robert J. ET AL. **Effective Digital ForensicsResearchisInvestigator-Centric.** HOTSEC´11 PROCEEDINGS OF THE 6TH USENIX CONFERENCE ON HOT TOPICS IN SECUTIRY. San Francisco,2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TEMA 899 – STF – DÚVIDAS, INCERTEZAS E CERTEZAS NA APLICAÇÃO DA "PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS" (RE 636.886)

ALESSANDRO PRAZERES MACEDO: é servidor efetivo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia - TCM/BA - Auditor de Controle Externo. Atualmente Chefe da Assessoria Jurídica do TCM/BA. Mestre em Administração Pública. Pós graduado em Direito Público e Auditoria Pública. Advogado. Contador. Licenciado em Letras Vernáculas. Palestrante em diversos eventos promovidos pelo TCM/BA10.

Resumo: Este estudo aborda os contornos jurídicos do recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, nos autos da RE 636.886 - TEMA 899, que fixou a seguinte tese: *"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".* Restou demonstrado que o reconhecimento, pelo STF, da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas caminha na direção da fixação de um prazo prescricional de cinco anos, com base o artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, esta que rege a Execução Fiscal, o que obrigará os tribunais de contas a serem céleres, na fiscalização de significativos valores, ensejadores de uma pretensão reparatória através das ações de ressarcimento. Todavia, a análise do Acórdão exarado pelo STF, indica que a Corte Constitucional não enfrentou questões vitais, quanto as ações de ressarcimento, como por exemplo: o prazo prescricional ou termo inicial de contagem, as hipóteses de aplicação da prescrição da pretensão punitiva - "prescrição originária" e da "prescrição intercorrente", das hipóteses de suspensão e interrupção prescricionais; assim como das ponderações e tese

[10] Membro do Comitê Nacional de Jurisprudência do Instituto Ruy Barbosa. Professor de Direito Financeiro, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Professor da Pós-graduação nos cursos de Direito Público e Empresarial da UNIFACS, da Pós Graduação em Direito Público Municipal pela UCSAL, da Pós Graduação em Licitações e Contratos da FACULDADE BAIANA DE DIREITO.

encartadas pelo TCU, através do citado Acórdão nº 6589/2020; aspectos estes que devem ser tratados, à luz dos regimentos internos e leis orgânicas no âmbito tribunais de contas, até que o STF decida sobre tais questões.

Sumário: Introdução. 1. Questões relativas a prescrição á luz da doutrina e jurisprudência pátrias. 2. A decisão do STF, no TEMA 899. 3. Posicionamento do Tribunal de Contas da União após o julgamento do TEMA 899. Conclusão – *a síntese possível e necessária.* Referências.

Introdução

Prefacialmente cumpre registrar que os Tribunais de Contas sempre defenderam, diante da previsão constitucional, estatuída no art. 37, § 5º, da CF/88, a imprescritibilidade nas ações de ressarcimento, o que gerava certa dose de tranquilidade a estes órgãos de controle, para que em qualquer momento instaurassem processos de fiscalização buscando identificar dano ao erário, em especial através da Tomada de Contas Especial; inclusive tendo o Tribunal de Conta da União – TCU fixado o prazo prescricional/decadencial de 05 (cinco) anos para aplicação e cobrança das multas (e não de débitos/ressarcimentos, imprescritíveis à época) aplicadas aos agentes públicos.

Ocorre que a tranquilidade ocasionada pela leitura do texto constitucional, estabelecendo, em geral, os tribunais de contas, a imprescritibilidade nas ações de ressarcimento, tem seus dias contados diante do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF, nos autos da RE 636.886 - TEMA 899, sob relatoria do Ministro Alexandre de Morais, cujo acórdão é datado de 20 de abril de 2020, e fixou a seguinte tese: *"899 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas"*. Assim se encontra estruturada a ementa do referido Acórdão:

> *"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.*
>
> *1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a*

impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da "prescritibilidade de ações de ressarcimento", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: ´É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas´". [1]

Todavia, a partir da leitura atenta do acórdão exarado pelo STF, verifica-se que a Corte não tratou de questões que giram em torno da prescrição, sobretudo no tocante ao prazo prescricional ou termo inicial de contagem, das hipóteses de aplicação da prescrição da pretensão punitiva - "prescrição originária" e da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"prescrição intercorrente", assim como das hipóteses de suspensão e interrupção prescricionais; o que criará mais um cenário de insegurança jurídica não apenas para os tribunais de contas, mas sobretudo, para os agentes públicos, que de certa forma, continuarão, com a "*espada de Dâmocles nas costas*".

Portanto, o presente artigo analisará os contornos jurídicos da decisão do STF no Tema 899, a partir de uma análise detida do julgado, e da doutrina e jurisprudência que giram em torno da matéria.

1. **Questões relativas a prescrição à luz da doutrina e jurisprudência pátrias**

O Tribunal de Contas da União já estabelecera em sua história de fiscalização, como, por exemplo, no Acórdão n° 1.263/2006 da 1ª Câmara, o prazo prescricional de 10 (dez) anos, na linha, portanto, do art. 205 do Código Civil que estabelece: "a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

> Alguns doutrinadores, inclusive, caminham neste sentido, como por exemplo, Silva (2016): *"[...] Desta forma, entendemos que o órgão de controle externo tem o prazo de dez anos para proceder à apreciação do ato sujeito à fiscalização, sob pena de perda da pretensão punitiva da irregularidade"*.

Todavia, nos filiamos ao entendimento esposado e transcrito abaixo, pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Melo que repudia a utilização de analogia com regras do Direito Civil, em especial áquela prevista no o art. 205 do Código Civil, quando se tratar de direito público, em função do bem juridicamente tutelado, qual seja: a proteção ao erário. Assevera o nobre administrativista:

> *"Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de créditos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário.* ***No passado (até a 11ª edição deste curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as***

razões de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público."

"Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ***ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, que se trate de atos anuláveis***". (grifos nossos) (MELLO, 2004)

Nesta direção o Tribunal de Contas da União, se aproximando da adoção do PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL para **aplicação de multas**, previsto em diversas normas de Direito Público, como veremos a seguir, estabelecera o marco e prazo prescricionais na Tomada de Contas n° 005.378/2000-2 nos seguintes termos:

"ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI N. 9.873/1999. INAPLICABILIDADE. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.443/1992. **Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.** Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei n. 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula n. 7/STJ). Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao erário."

Desta forma, cabe reafirmar a PRESCRITIBILIDADE das PRETENSÕES PUNITIVA E CORRETIVA das Cortes de Contas, nos casos de aplicação de multas, sanções e determinação de possíveis correções, e agora da PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REPARATÓRIA/RESSARCITÓRIA, com a recente tese firmada pelo STF, que a seguir analisamos.

A doutrina brasileira, até então, reafirmava a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Nesse sentido, registra-se a lição do Professor José Afonso da Silva:

> "A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º [...]. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. **Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário**. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non sucurrit ius)" (grifos nossos). (SILVA, 2010, p.353-354)

Enfrentando o papel constitucional das Cortes de Contas, de apuração e adoção de medidas visando à reparação do dano ao erário, consubstanciada na PRETENSÃO REPARATÓRIA, assim se manifestava o STF, como por exemplo, no Mandado de Segurança n° 26.210-9/DF, julgado em 04.09.2008, de relatoria do Ministro da Corte Constitucional, o Exmo. Ricardo Lewandowski, que assim consignou em seu voto:

> "No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual: '§ 5º — A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (grifos nossos)'. Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional. Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva: 'A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições 6 administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º [...]. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non sucurrit ius*)" [2]

Nesta mesma linha de intelecção, cumpre rememorar as sempre concisas lições ministradas Cretella, JÚNIOR (1981):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> " [...] **prescrição é a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do poder público, na perseguição da infração ou na execução da sanção**. [...] Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, a pessoa física afetada pelo decurso do tempo, extingue-se em determinado momento. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma, para ser aplicada muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias de local e de tempo, os documentos, as testemunhas e as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e o autor, na época da consumação do fato." (grifos nossos)

Nesta direção, a prescritibilidade aqui tratada, impedirá que as Cortes de Contas, possam instaurar processos de responsabilização por dano ao erário, em qualquer momento; o que de fato, assegura, em tese, a segurança jurídica e a paz social citadas.

2. A decisão do STF, no TEMA 899

Analisando a decisão do STF, no TEMA 899, a Corte Constitucional, ao fixar a tese da "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas", privilegiou a segurança jurídica, a estabilidade das relações, a paz social, assim como a regra geral da prescritibilidade, na linha a qual defende o jurista alagoano Pontes de Miranda:

> "Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o Direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade."(PONTES DE MIRANDA, 1974)

Todavia, mais uma vez asseverando, a decisão do STF apenas trata da prescritibilidade das ações de ressarcimento sem se preocupar com os contornos jurídicos de aplicação desta prescrição (prazo prescricional ou termo inicial de contagem, assim como das hipóteses de aplicação da prescrição da pretensão punitiva - prescrição originária e da prescrição intercorrente, assim como das hipóteses de suspensão e interrupção prescricionais), o que redundará em

insegurança jurídica, na medida em que o Acórdão não define as premissas de orientação a aplicação do instituto; compelindo os tribunais de contas a interpretação do julgado e a definição de tais premissas, que inclusive, podem, com o fito de preservar suas competências constitucionais, criar barreiras que dificultem a aplicação da tese firmada pelo STF.

Fato este que pode gerar, de outro giro, alterações regimentais pelas Cortes de Contas, que estendam a prescrição para o prazo de 10 (dez) anos, em que pese, importante registrar que o Ministro Relator, utilizou, em seu decisório, como base normativa, o artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, esta que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente, como se depreende no excerto do julgado sob análise:

> *"A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.*
>
> *Desse modo, entendo que, no caso, não há que se falar em imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente."*[3]

O STF, em outro trecho do julgado, descreve o procedimento de cobrança no âmbito dos tribunais de contas, a partir da utilização da Lei de Execução Fiscal:

> "Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União, conforme estatui o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964: (...)" [4]

Não se pode olvidar, quanto a uma possível aplicação do prazo quinquenal prescricional para as ações de ressarcimento, conforme defende o relator do TEMA 899, uma vez que, no âmbito administrativo-público brasileiro, o legislador, em diversas ocasiões, estabeleceu regras de prescrição para o exercício de atividades administrativas específicas, adotando portanto, o prazo de cinco anos como lapso temporal a partir do qual prescrevem e até mesmo decaem certas pretensões/direitos da Administração exercitáveis contra seus agentes e/ou administrados, conforme pode ser verificado nas seguintes normas: - "ação disciplinar" para a punição de servidor com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão – **Lei 8.112/1990**, artigo 142, I: a; - "ação punitiva" da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia - **Lei 9.873/1999**, artigo 1º; sanções administrativas por infrações cometidas no exercício de atividades de abastecimento de combustíveis; **Lei 9.847/1999**, artigo 13, § 1º; direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário - **Lei 5.172/1966**, artigo 173; direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários - **Lei 9.784/99** - Lei de Processo Administrativo Federal, e Nova Lei de ANTICORRUPÇÃO – **Lei n° 12.846**, de 01 de agosto de 2013, art. 25.

Importa lembra que há previsões também em leis de processos administrativos no âmbito dos Estados, assim como a citada Lei 9.784/99 - Lei de Processo Administrativo Federal, como por exemplo dispõe a Lei de Processo do Estado da Bahia, tombada sob o n° 12.209/11:

Art. 109 - Ressalvados os casos previstos em legislação específica, o prazo prescricional para instauração do processo sancionatório é de 05 (cinco) anos e começa a correr a partir do conhecimento do fato ilícito pela autoridade a que se refere o art. 2º, inciso III, desta Lei. § 1º A publicação do ato administrativo instaurador do processo sancionatório interrompe a contagem do prazo prescricional, que volta a correr em sua integralidade, após o transcurso do prazo previsto no art. 108, § 3º, desta Lei. [5]

Inclusive, o teor da decisão do STF no TEMA 899, já era uma tendência, conforme se verifica no próprio julgado, que cita os TEMAS 666 e 897:

> *(a) TEMA 666, decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a seguinte TESE: É prescritível*

> *a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil ou*
>
> *(b) TEMA 897, decidido na Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN, com a seguinte TESE: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa."*[6]

O ministro Marco Aurélio, por exemplo, já havia concedido liminar em março de 2018 nos autos do MS 35.294/DF para suspender débitos imputados pelo TCU em processo de tomada de contas especial (TCE) instaurada para apurar suposto sobrepreço em convênio firmado no ano de 1992 para a construção de uma barragem no Ceará, tendo o TCU instaurado o referido procedimento no ano de 2000, aberto o processo no ano de 2003, notificando a empresa para apresentar suas defesas apenas no ano de 2006, mais de 13 anos após a ocorrência do alegado sobrepreço no projeto e orçamento das obras da referida barragem.

Assinalou o Ministro à época:

> "[...] não se deve admitir — considerada a Carta que se disse cidadã, a trazer ares democráticos ao Direito Administrativo — a imprescritibilidade da atuação do Tribunal de Contas da União, no que voltada a recompor o dano ao erário. Fazê-lo, implicaria assentar poder insuplantável do Estado, a obrigar o cidadão a guardar documentos indefinidamente para a própria defesa". [7]

A decisão supracitada pelo ministro Marco Aurélio, tem como premissa que a prescrição quinquenal está amparada desde o ano de 1932, através do Decreto 20.910/32.

Em outra decisão, a 1ª Turma através da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski também concedeu uma liminar para suspender as condenações do TCU nos autos do MS 36.054/DF [8], em decorrência da aplicação da prescrição quinquenal prevista na Lei 9.873/99.

Quanto a leitura do art. 37, § 5º, da CF/88, acerca da imprescritibilidade nas ações de ressarcimento, a Corte Máxima, no TEMA 899, vinculou a aplicação do texto constitucional apenas ao campo punitivo previsto nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos do voto:

> [...] O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Contas significa grave ferimento ao Estado de Direito, que exige, tanto no campo penal, como também na responsabilidade//// civil, a existência de um prazo legal para o Poder Público exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter *indefinidamente* essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º:

> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível* , sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> XLIV - constitui crime inafiançável e *imprescritível* a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; [9]

E mais: definiu os critérios de hipóteses excepcionais de imprescritibilidade conforme se verifica no Acórdão aqui tratado:

A excepcional hipótese de imprescritibilidade proclamada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL exige dois requisitos:

> *(1)* ***prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado na Lei 8.429/92; (2) presença do elemento subjetivo do tipo DOLO****;* conforme TESE, com a qual guardo reservas, que estabeleceu: *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa* (TEMA 897 RE-RG 852475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN).(grifos nossos) [10]

Nesta linha, concluiu o STF:

> **[...] Em relação a todos os demais atos ilícitos não caracterizados como atos de improbidade ou atentatórios à probidade na administração praticados sem dolo, ou ainda, pretéritos à edição da Lei 8.429/1992, manteve-se a ampla possibilidade de ajuizamento de ações de ressarcimento, dentro do respectivo prazo prescricional**, aplicando-se o TEMA 666, como decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a

> seguinte TESE: *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*. (grifos nossos) [11]

Logo, nos termos do Acórdão exarado pelo STF, em paralelo à execução fiscal, será "possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, **será neste caso, imprescritível**". (grifo nosso)

A opção do ministro em seu voto, foi a interpretação restritiva do art. 37, § 5º, da CF/88, acerca da imprescritibilidade nas ações de ressarcimento, nos seguintes termos:

> [...] O ordenamento jurídico adota o *princípio da prescritibilidade* como essencial à segurança jurídica das relações em sociedade, como salientado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, em voto no julgamento do RE 669069/MG: "Também devo destacar que a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República. Daí poder-se concluir que a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF). Também foi garantida constitucionalmente a imprescritibilidade do direito estatal sobre seus bens imóveis, dispondo-se que são insuscetíveis de usucapião os imóveis públicos urbanos ou rurais (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da CF)". [12]

Por isso, o afastamento excepcional de sua aplicação conduz à necessidade de interpretação restritiva do texto constitucional, por se constituir em uma ressalva destoante dos tradicionais princípios jurídicos que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit jus*); ainda mais se tratando, como na presente hipótese, de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, que nem ao menos analisou o dolo ou culpa do agente.

> [...] A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento. [13]

Importa registrar que, conforme informações do TCU, extraídas do Parecer TC nº 025.244.2015/9, datado de 01 de novembro de 2016, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, o tempo médio entre o ilícito e a autuação do processo no TCU é acima de 05 (cinco) anos, na linha do levantamento realizado pela AGU, que, por sua vez, assinala, que se o prazo prescricional fosse de 5 anos, 60% dos valores discutidos em processos de apuração de danos chegariam prescritos no TCU, algo equivalente a R$ 7,28 bilhões.

Assim, sinalizou o TCU em seu estudo:

> *[...] 2. A apresentação das referidas propostas foi motivada, entre outros fatores, pelo resultado de diagnóstico realizado no âmbito do projeto "Aprimoramento do processo de instauração e tratamento de TCEs na administração pública federal", constituído em maio de 2014.*
>
> *3. Segundo dados disponibilizados no relatório do citado projeto, a representatividade dos processos de tomada de contas especial passou de 18,27% do total de processos autuados em 2011 para 42,35% em outubro de 2014. A qualidade deficiente de tais processos, o prazo representativo para instauração da TCE, entre outras constatações, indicaram a necessidade de adoção de providências para aprimoramento da sistemática que permeia o processamento da tomada de contas especial Entre outros, foram levantados os seguintes dados:*
>
> *- **o prazo entre o fato gerador da TCE e a primeira apreciação conclusiva pelo TCU foi superior a sete anos em 24,68% dos casos;***

- o prazo médio entre a ocorrência do fato gerador e a primeira apreciação conclusiva pelo TCU foi de 5,54 anos*;*

-22,5% dos processos de TCE são arquivados sem julgamento de mérito.

Os principais motivos para esse significativo número de ocorrências são:

- a intempestividade da remessa ao TCU em relação à data de origem do fato ensejador da TCE;

- a existência de falhas na instauração do processo;

- ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

- valor atualizado inferior ao limite previsto em norma

De outro giro, esta mudança de posicionamento do STF, quanto ao regime de imprescritibilidade para ações de ressarcimento (agora passando para um regime com curto prazo prescricional), tem sido vista como um risco de que iniciativas importantes de preservação do patrimônio público e erário pelos tribunais de contas, estejam limitas a definição de um marco prescricional, via de regra, de 05 (cinco) anos.

No longo prazo, a tendência é que o STF volte ao tema, estipulando, com eficácia vinculante, regras mais rígidas, como um prazo prescricional de 5 anos e início da contagem no momento da ocorrência do ilícito, (já que existe uma tendência do STF em definir a contagem de prazo, considerando o momento da ocorrência do ilícito) marco este extremamente duvidoso já que os tribunais de contas, mesmo em um cenário bem otimista de celeridade ímpar, jamais conseguirão da data do fato ilícito, e não da data de conhecimento do fato, apurarem o ilícito ensejador do ressarcimento.

Outro aspecto questionável da decisão emanada pelo STF, é aquele descrito no Acórdão, no sentido de que "nos processos de controle não há o contraditório e ampla defesa efetivos, diante da ausência de verificação do elemento subjetivo (culpa ou dolo)", fato este que encontra dificuldades na sua sustentação, tendo em vista que os tribunais de contas enfrentam tal elemento para efeito de responsabilização dos agentes públicos, até mesmo na identificação de possíveis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

excludentes de culpabilidade. Assim, portanto, assevera o relator, utilizando a seguinte base doutrinária:

> [...] Em face de sua própria natureza, esses *exames* e *análises* das contas não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à formação do título executivo (ARIDES LEITE SANTOS. T*omada de Contas Especial, O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União,* São Paulo: Scorteccci, 2ª rev. atual., 2018, p. 110-111), apesar de existir procedimento administrativo no âmbito da Corte de Contas levado a efeito, em regra, por meio do processo de tomada de contas especial, *instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento* (WALTON ALENCAR RODRIGUES. *O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especia* l. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 29, n. 77, jul/set 1998, p. 2 ss). [14]

Outro questionável posicionamento da Corte é que, por não se tratarem os "processos de controle", de atividade jurisdicional, estes processos não garantiriam "efetivamente, a ampla defesa e o contraditório", tese esta que esbarra, frontalmente, nas inúmeras possibilidades de defesa, inclusive, mediante a extensa possibilidade de recursos no âmbito das Cortes de Contas. Assim, portanto, consignou o Acórdão em diversas passagens do voto:

> *[...] Em que pese a importância das competências constitucionais das Cortes de Contas e a terminologia utilizada pela Constituição Federal julgar,* ***não se trata de atividade jurisdicional, onde tenham sidos garantidos, efetivamente, a ampla defesa e o contraditório, pois o termo julgar é utilizado no sentido de examinar e analisar as contas****, como adverte JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (...)*
>
> *[...] A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que no processo de tomada de contas, o TCU não perquire nem culpa, nem dolo*

> *decorrentes de ato de improbidade administrativa, mas, simplesmente realiza o julgamento das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.* ***Ainda que franqueada a oportunidade de manifestação da outra parte, trata-se de atividade eminentemente administrativa, sem as garantias do devido processo legal****.*
>
> *[...] De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito;* ***uma vez que, não se apurou, mediante o devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa****. (grifos nossos)* [15]

O que nos parece pertinente, é a impossibilidade de, em muitos casos, os agentes públicos reunirem documentos comprobatórios de defesa, anos depois de realizado o ato administrativo, objeto de persecução pelos Tribunais de Contas, e neste caso a tese da *imprescritibilidade "*prejudicaria o integral exercício do *direito de defesa"*. É neste sentido que a exma. Ministra do STF, Carmen Lúcia, em voto no julgamento do RE 669.069/MG, assinala: "(...) porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa". [16]

No bojo de sustentação do Acórdão do TEMA 899, o relator coteja alguns elementos processuais, comparando os "processos de contas" com ações de outra natureza, trazendo dois entendimentos: o primeiro, comparando com a esfera penal, que assinala a não razoabilidade do fato de que *"considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como, eventualmente, de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade"*. O segundo se situa na comparação com ações civis patrimoniais, quando, segundo o Ministro relator: *"Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais, quanto mais, na presente hipótese onde o título executivo foi formado perante a*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Corte de Contas, sem a realização do devido processo legal perante órgão do Poder Judiciário".

Mais uma vez, ao realizar tais comparações, o STF sugere, salvo melhor juízo, uma hierarquia de esferas, colocando as esferas penal e civil acima da "esfera de contas", não considerando a natureza autônoma dos processos no âmbito dos Tribunais de Contas, denominados de "processos de controle", que apresentam rito e normas próprias, no que o eterno Ministro Carlos Ayres Brito, alcunhou de "natureza judicialiforme", com base numa pretensa "jurisdição de contas". Nesta linha não se pode olvidar das lições trazidas, em sua obra, pelo auditor Romano Scarpin, que assim se posicionou:

> [...] Conclui-se, portanto, importante definição para o presente trabalho: **a função de controle externo é função estatal específica e autônoma das demais funções estatais clássicas** (administrativa, legislativa, fiscalizadora e jurisdicional), **constituindo-se suas competências como poderes funcionais próprios**, que devem ser estudados pela doutrina. (grifos nossos) (SCARPIN, 2019)

3. Posicionamento do Tribunal de Contas da União após o julgamento do TEMA 899

Em recente Acórdão tombado sob o nº 6589/2020, de lavra do Ministro Raimundo Carreira, o Tribunal de Contas da União - TCU através da 2ª Câmara assim consignou:

> [...] 55. Em relação à prescrição das ações de ressarcimento de débitos advindos de danos ao erário causados por agentes públicos, invocada pelos responsáveis, é bom ressaltar que as decisões adotadas pelo STF no RE 669.069 e no RE 852.475 não definiram qual seria o prazo prescricional que vale para o TCU. Tampouco na recente decisão adotada no RE 636.886, esse prazo restou estabelecido, tendo o STF deixado assente que a estipulação de prazos de prescrição deve ser feita por leis infraconstitucionais.
>
> 56. Cabe destacar que o entendimento do TCU se mostrava pacífico sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, conforme o art. 37, §5º, da CF/88, o qual foi sumulado nos seguintes termos (Súmula 282) : "As ações de

ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis".

57. No RE 636.886, julgado pelo Plenário em recente Sessão Virtual de 10/04/2020, a Suprema Corte expressou entendimento, com repercussão geral, segundo o qual: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". Consta da ementa desse julgado que "A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) ."

Vê-se que como, no caso concreto, tratou-se de execução judicial de título executivo formado a partir de decisão do TCU, o STF adotou o rito previsto na Lei de Execução Fiscal.

58. Claramente, o Recurso Extraordinário sob enfoque tratou de prescrição que ocorreu na fase de execução judicial do acórdão condenatório desta Corte de Contas, e não da prescrição da pretensão de ressarcimento associada a processo de controle externo. Nesses termos, compreendo que a tese assentada no RE 636.886 não é aplicável ao caso ora em análise, em que ainda poderá se formar título executivo extrajudicial, a depender da confirmação do julgamento de mérito a ser proferida em Acórdão que analisa recursos de reconsideração.

59. É bom frisar ainda que, nos termos da tese firmada pelo STF no RE 636.886, só após o trânsito em julgado do acórdão condenatório do TCU é que terá início a contagem do prazo prescricional para a execução judicial desse título pela Advocacia Geral da União (AGU) . Demais disso, temos que levar em consideração que como a referida tese ainda não transitou em julgado, poderá sofrer alterações ou modulação de seus efeitos, caso haja interposição de embargos de declaratórios junto ao STF.

60. Destarte, sem a pretensão de fixar uma tese a ser defendida por esta Corte de Contas, caso venha a rever o seu entendimento jurisprudencial sobre do tema, afasto a preliminar de prescrição da pretensão ressarcitória perante esta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Corte de Contas, uma vez que a tese que ora prevalece é a de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Nesse cenário, não é cabível recorrer a argumentos de prescrição do débito. [17]

Desta forma, se impõe concluir, a partir do excerto transcrito que o TCU, que entende o relator que "as decisões adotadas pelo STF no RE 669.069 e no RE 852.475 não definiram qual seria o prazo prescricional que vale para o TCU", e "(...) tampouco na recente decisão adotada no RE 636.886, esse prazo restou estabelecido, tendo o STF deixado assente que a estipulação de prazos de prescrição deve ser feita por leis infraconstitucionais", na linha do que se tem defendido neste trabalho, o que em algum momento, implicará em novas decisões do STF, quanto a matéria diante de uma possível lacuna.

Outro aspecto que merece atenção no julgado exarado pelo TCU, é que a Corte de Contas da União, adotando o rito consignado na Lei de Execução Fiscal, aduz de que a prescrição discutida no STF apenas tratou da prescritibilidade na fase de execução judicial do acórdão, portanto, etapa posterior ao exame realizado pelos Tribunais de Contas; motivo o qual afastaria a tese encartada pelo STF, e neste caso e eminente relator estabelece que "nos termos da tese firmada pelo STF no RE 636.886, só após o trânsito em julgado do acórdão condenatório do TCU é que terá início a contagem do prazo prescricional para a execução judicial desse título pela Advocacia Geral da União (AGU)"; chamando, por fim, a atenção de que a "tese ainda não transitou em julgado, poderá sofrer alterações ou modulação de seus efeitos, caso haja interposição de embargos de declaratórios junto ao STF".

Conclusão – *a síntese possível e necessária*

Em que pese se possa afirmar que a pretensão punitiva não pode se manter *ad eternum*, o que seria de fato uma violação ao devido processo legal, diante da ausência de prazo legal, o reconhecimento, pelo STF, da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas caminha na direção, das esferas civil e penal; fixando um prazo prescricional de cinco anos, com base o artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, esta que rege a Execução Fiscal, o que compelirá os tribunais de contas a serem céleres, diante de muitas vezes, cifras significativas de valores, eventualmente desviados pelos agentes públicos, ensejadores de uma pretensão reparatória através das ações de ressarcimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, o TCU deu um passo a frente trazendo uma luz diante das lacunas oferecidas na decisão do STF no Tema 899, no sentido de que, mais uma vez asseverando, "as decisões adotadas pelo STF no RE 669.069 e no RE 852.475 não definiram qual seria o prazo prescricional que vale para o TCU", assim como, diante do rito definido na Lei de Execução Fiscal, o caminho trilhado pelo STF, se resume a definir a prescritibilidade na fase de execução judicial do acórdão, a posteriori da decisão transitado em jugado nas Cortes de Contas, marco temporal que dá início, no caso federal, a contagem do prazo prescricional para a execução judicial desse título pela Advocacia Geral da União (AGU).

Não há dúvida que outras ações chegarão ao Supremo Tribunal Federal, que deverá enfrentar questões vitais, quanto as ações de ressarcimento, não abarcadas no referido julgamento do TEMA 899, como por exemplo: o prazo prescricional ou termo inicial de contagem, as hipóteses de aplicação da prescrição da pretensão punitiva - "prescrição originária" e da "prescrição intercorrente", das hipóteses de suspensão e interrupção prescricionais; assim como das ponderações e tese encartadas pelo TCU, através do citado Acórdão nº 6589/2020; aspectos estes que devem ser tratados, à luz dos regimentos internos e leis orgânicas no âmbito tribunais de contas, até que o STF decida sobre tais questões.

Referências:

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prescrição da falta administrativa**. Revista Forense, São Paulo, n. 275, jul./ago. 1981

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 930.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral, Tomo VI. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**: das "medidas cautelares" à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.353-354.

SILVA, Moacir Marques da. **Controle externo das contas públicas**: o processo nos Tribunais de Contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636.886 Alagoas. Relator: Min. Alexandre de Morais, Dje 20.04.2020.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: . Acesso em: 28 nov. 2008.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636.886 Alagoas. Relator: Min. Alexandre de Morais, Dje 20.04.2020.

[4] Idem.

[5] BAHIA. GOVERNO DO ESTADO. Lei nº 12.209, de 20 de abril de 2011, que dispõe sobre o Processo Administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636.886 Alagoas. Relator: Min. Alexandre de Morais, Dje 20.04.2020.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 35.294/DF. Relator Marco Aurélio Dje 30.11.2020.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36.054/DF. Relator Ricardo Lewandowski. Dje 14.02.2012.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636.886 Alagoas. Relator: Min. Alexandre de Morais, Dje 20.04.2020.

[10] Idem.

[11] Ibidem.

[12] Idem.

[13] Ibidem.

[14] Idem.

[15] Ibidem

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069 MG Alagoas. Relator: Min. Carmen Lúcia, em voto no julgamento do RE 669.069/MG.

[17] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 6589/2020. Min. Raimundo Carreira - 2ª Câmara.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O VAI E VEM PROCESSUAL – A RENÚNCIA DO FORO PRIVILEGIADO PELO CONSUMIDOR VERSUS O PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ INVOCADO PELO JUÍZO SINGULAR

LUCAS FELIPE ZUCHI: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Acadêmico premiado com o mérito estudantil de melhor aproveitamento dos formandos 2018/2 concedido pela OAB/SC.

RESUMO: Aborda-se no presente uma análise jurisprudencial e doutrinária acerca da relativização do princípio da Kompetenz-Kompetenz quando da renúncia ao foro privilegiado pelo consumidor. Verificam-se julgados e doutrinas relacionadas à matéria para verificar a possibilidade de o judiciário brasileiro, ante a tese de mínima competência para reconhecer a sua própria competência, declinar de ofício o foro escolhido pelo consumidor, mesmo que este renuncie à sua prerrogativa conferida pela política nacional de proteção ao consumo. Analisa-se o comportamento jurisprudencial acerca das decisões, e juízos que acabam por suscitar conflito negativo de competência ante tal circunstância, bem como os critérios legais e doutrinários que a justificam. Assim, com enfoque doutrinário e jurisprudencial buscou-se demonstrar a (i)legalidade da atuação dos magistrados singulares ao reconhecerem de ofício questão de competência relativa, matéria já sedimentada pela jurisprudência, contudo ainda permeia o judiciário brasileiro.

Palavras-Chave: Competência. Consumidor. Kompetenz-Kompetenz. Conflito negativo de competência. Renúncia ao foro privilegiado.

Sumário: 1. Introdução – 2. O princípio da kompetenz-kompetenz – uma análise perfunctória. 3. Do foro privilegiado ao consumidor. 4. Os instrumentos processuais para resolução da celeuma 4.1. Do conflito negativo de competência. 4.2. Do agravo de instrumento. 5. Considerações Finais. 6. Referência das fontes citadas.

1. INTRODUÇÃO

Salienta-se que, como praxe jurídica, existem inúmeros conflitos referentes às relações de consumo, sendo que de regra prevalece a competência do foro do domicilio do consumidor, que, por ser o hipossuficiente da relação jurídica, deverá ter sua defesa facilitada. Contudo, de acordo com a conveniência da parte mais frágil, ser-lhe-á facultado abdicar deste foro privilegiado, possibilitando o ajuizamento de

demanda na comarca de domicílio da outra parte ou no local onde fora cumprido o contrato.

Ocorre que não é incomum deparar-se com situações de declínio de competência por juízos quando do aforamento de demandas tendo o consumidor como autor, contudo em comarca diversa da de seu domicilio. Assim, embasado no princípio da competência-competência, tais togados declaram *ex officio,* a sua incompetência para julgamento do feito, acabando por trazer morosidade ao processo e indo de encontro à jurisprudência dominante. Busca-se assim trazer os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca de tal fato, com o fito de analisar a (i)legalidade de tal *decisum*.

Sabe-se que norma protetiva prevista no CDC, não o obriga a demandar em seu domicílio, sendo-lhe perfeitamente viável renunciar ao direito que possui, contudo o mesmo não poderá ser feito de forma aleatória, o qual será abordado neste artigo.

Ainda, verificar-se-á a possibilidade de o juiz substituir a escolha do consumidor quanto ao foro eleito para demandar lide acerca de relação de consumo, imiscuindo-se da tarefa de julgar sem que a isto tenha sido provocado.

Desta forma, analisando as leis infraconstitucionais, doutrinas e jurisprudências, o presente abordará o princípio da Kompetenz-Kompetenz, o foro privilegiado ao consumidor, a competência e o modo de solução do impasse, que acaba por determinar as idas e vindas dos processos, seja para o juízo declinado, seja para o tribunal superior.

2. O PRINCÍPIO DA KOMPETENZ-KOMPETENZ – UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA

Ab initio, convém salientar que o princípio aludido, qual seja, da "Kompetenz-Kompetenz" é vinculado à diretriz estatal segundo o qual "*cada juiz é o senhor da sua própria competência, ou seja, cada juiz deve decidir sobre a sua própria competência para apreciar o mérito das ações que lhe são submetidas*[1]"

De forma perfunctória o princípio estudado ora em tela é consagrado como um dos princípios universais da arbitragem – a qual não será tratada neste artigo -, presente no art. 8, parágrafo único da Lei 9.307/96, *ipsis litteris:*

> "Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tal princípio, com o intuito de ser um instrumento negatório das ações que buscar retardar ou impedir o início ou andamento de uma arbitragem – *anti suit injuctions* -, tem a principal função de conferir ao tribunal arbitral poderes para decidir sobre sua própria jurisdição[2].

Assim, de forma objetiva, tal princípio impõe competência ao sujeito para que possa decidir sobre sua própria competência, o que vem sendo aplicado por alguns juízos quando da análise inicial da demanda, mesmo que seja acerca de competência relativa, conforme se exporá neste artigo.

Sob a ótica do direito comparado, mais especificamente no Direito Português, precisamente no artigo 21º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, a qual abarca a Arbitragem Voluntária, tal princípio está tipificado na seguinte forma:

> "O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção".

Salienta-se que da análise principiológica, extrai-se a informação de que todo órgão jurisdicional possui uma competência mínima que lhe é atribuída para decidir questões correlatas a sua própria competência, dando plausibilidade para análise acerca do juízo natural que deverá processar a demanda[3]. Tal teoria dá ensejo para que magistrados se declarem incompetentes para processar demandas em que o consumidor afora o processo na comarca diversa daquela de seu domicilio.

No tocante aos efeitos que decorrem do princípio estudado, conforme leciona doutrina de BERALDO[4], o princípio kompetenz-kompetenz apresenta dois efeitos na arbitragem: o positivo e o negativo. O positivo dá ensejo para que o árbitro decida sobre sua própria competência, enquanto o negativo implica no fato de o árbitro não ser o único a dizer sobre sua jurisdição, mas, sim, o primeiro a decidir, cabendo ao Judiciário, eventualmente, a revisão da decisão – neste ponto extrai-se que trazendo tal excerto para a jurisdição comum, o juiz singular utiliza a função positiva do referido princípio, enquanto os tribunais *ad quem,* em sede de julgamento de conflito negativo de competência, ou agravo de instrumento, acabam por exercer o controle negativo, reformando eventuais decisões que estejam permeadas de ilegalidade.

Sob análise jurisprudencial, salienta-se o exposto nos autos 0000630-31.2015.8.17.0180, da Justiça Pernambucana, em que restou decidido: "*Sabe-se que a competência é a limitação do exercício da jurisdição, deste modo o juiz que apreciar*

demanda fora de sua competência estará exercendo, de forma ilegítima, a jurisdição que lhe cabe. Ademais, por força do princípio da Kompetenz Kompetenz (Competência da competência), o órgão competente pode apreciar e declarar, de ofício, sua incompetência".

Assim, tal parêmia tem aplicação limitada à análise da própria competência do juízo que recebe uma lide, devendo decidir se possui competência para o processamento e julgamento da mesma, especialmente nos casos de competência absoluta, e em alguns casos, inclusive a competência relativa.

O TJRS, em sede de Agravo, n. Nº 70057991747 (Nº CNJ: 0523801-24.2013.8.21.7000), decidiu que a "*Aplicação do princípio do Kompetenz Kompetenz. A única competência do Julgador incompetente é declarar a sua incompetência*".

Já o TJSC:

> Trata-se do princípio da Competência sobre a Competência, "[...] chamado pelos doutrinadores alemães de Kompetenz Kompetenz, através da qual todo juiz tem competência para examinar a sua própria competência, a fim de se declarar competente ou incompetente para processar e julgar a demanda" (TJSC, AC n. 2011.009492-2, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 05/06/2012).

Ainda, a doutrina leciona:

> A competência é justamente a limitação do exercício legítimo da jurisdição. O juiz incompetente estará, portanto, exercendo de forma ilegítima a jurisdição, algo bem diferente, inclusive em termos da gravidade do vício gerado, da situação em que um sujeito qualquer pratica atos que exigiriam o poder jurisdicional sem estar devidamente investivo. Prova maior de que o órgão jurisdicional, mesmo sem competência, tem jurisdição é a aplicação do princípio do Kompetenz Kompetenz, que atribui ao órgão incompetente a competência para declarar sua própria incompetência[5].

O TJMG, também invocou tal princípio em sede de conflito de competência, permitindo a declinação *ex officio* de competência relativa, *in verbis:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Atentos às particularidades da espécie, entendemos que o declínio de competência operado *ex officio* pelo juízo suscitado deve prevalecer na hipótese em exame. Segundo o princípio do "kompetenz kompetenz", todo juiz é competente para analisar sua própria competência. Destarte, a distribuição da competência, mesmo que a territorial, deve visar à efetivação do princípio do juiz natural, consagrado em nossa Magna Carta. Para tanto, aplicar-se-ão os princípios da tipicidade e indisponibilidade das competências. Assim, conforme dispõe o art. 86 do CPC, o órgão jurisdicional possui o poder-dever de processar e julgar as demandas, nos limites de sua competência. Em razão disso, não se permite, em regra, a escolha aleatória do foro territorial. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.13.0141732/000 COMARCA DE RIBEIRÃO DAS NEVES. TJ-MG_CC_10000130141732000.

Assim, poderá o magistrado incompetente valer-se do disposto princípio para reconhecer sua própria incompetência, desde que sua decisão tenha fundamento jurídico idôneo, e não acarrete em ilegalidade ou vá de encontro com a jurisprudência dominante, inclusive sumulares.

In fine, sem mais delongas, considerando que apenas se pretende explicar de forma superficial o princípio aqui discutido, passa-se a análise dos demais tópicos pertinentes.

3. DO FORO PRIVILEGIADO AO CONSUMIDOR

Antes de adentrar especificamente ao tópico, convém salientar acerca da competência, sendo que esta constitui o princípio do Juiz Natural, consagrado no artigo 5º, XXXVII, da Constituição Federal, instituto o qual assegura que ninguém será processado, nem sentenciado, senão por autoridade competente.

Acrescenta a doutrina de Maria Helena Diniz que o Juiz Natural é "*aquele que tem competência para julgar decorrente de norma constitucional. É, portanto, o órgão constitucionalmente constituído para conhecer e decidir o caso sub judice*[6]".

Sob o enfoque do presente artigo, é cediço que, nas ações que tratam de relação de consumo, a propositura da lide no foro do domicílio do consumidor, *ex vi legis* do inciso I do art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, é de sua escolha – não uma obrigatoriedade, consagrando os direitos básicos de acesso ao Judiciário e facilitação da defesa, garantidos no art. 6º, VII e VIII.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ipsis litteris:

> Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor; [...]

Nesse sentido, leciona a doutrina:

> Foro do domicílio do consumidor: Regra de proteção do consumidor e sintonizada com seu direito básico de amplo acesso à justiça, é a que estabelece o art. 101, I, ao dispor que a "ação poderá ser proposta no domicílio do autor". Trata-se de faculdade em benefício do consumidor, sendo que, feita a escolha por este, não poderá o fornecedor-réu impugnar a opção sob qualquer argumento. De outro modo, entendendo ser mais benéfica a regra do art. 94 do Código de Processo civil, poderá o consumidor optar por esta, mais uma vez sem que o fornecedor tenha como opor-se a esta indicação[7].

Bem como:

> O foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor, dentro da orientação fixada no inciso VII do art. 6º do Código, de facilitar o acesso aos órgãos judiciários. Cuida-se, porém, de opção dada ao consumidor, que dela pode abrir mão em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94, CPC)[8].

Desta forma, ainda que o Código de Defesa do Consumidor autorize o ajuizamento da demanda que verse sobre relação de consumo no domicílio consumidor, não há empecilho para que este, na qualidade de autor, renuncie a tal prerrogativa, contudo, deverá propor a ação nos ditames das regras de competência impostas na Constituição e na legislação processual civil.

De mais a mais, utilizando-se de tal prerrogativa, optando seja por intermédio de seu causídico ou até mesmo escolha sua, ingressar com a demanda em domicílio diverso, como o do réu por exemplo, encontra-se, em alguns juízos, o óbice processual da incompetência relativa para estes, declinando *ex officio,* com base no princípio da Kompetenz-Kompetenz, a competência para outro juízo, o que causa morosidade processual, assunto que será tratado posteriormente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, muito embora seja sabido que a incompetência não pode ser declarada de ofício pelo togado singular, haja vista ser relativa, sendo inclusive o tema sumulado no Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 33 que dispõe que, "*a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*", alguns juízos utilizando-se de teorias protetivas de melhor acesso e facilidade de justiça, amparado no Kompetenz-Kompetenz, reconhecendo sua incompetência e imiscuindo-se de julgar, causando prejudicialidade e onerosidade ao consumidor, que apenas terá seu processo analisado após a resolução da celeuma.

Neste sentido, no judiciário paulista, no processo 1071932-32.2017.8.24.0100, houve a seguinte *decisum*:

> "Ainda, a alegação de hipossuficiência financeira é incompatível com a renúncia ao foro privilegiado do domicilio do consumidor, garantido no art. 101, inciso I do CDC.
>
> O objetivo do art. 5º, LXXIII, da CRFB/88, e do art. 98 e seguintes do CPC, além da legislação consumerista, é garantir o acesso à Justiça. Todavia, a interpretação das regras deve ser coesa, devendo atentar-se ao previsto no art. 5º da Lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". A opção feita pelo consumidor de deslocar seu pleito para foto distante de seu domicílio, sem despender o necessário ao exercício do direito de ação e sem qualquer vantagem para o desfecho da lide, onera o Estado e a parte contrária pela eventual necessidade de prática de atos fora da Comarca e até pelo custeio de seu próprio deslocamento".

Tal decisão vai de encontro às normas legais e jurisprudências acerca da competência relativa, a qual não poderá ser invocada *ex officio*, mas tão somente debatidas se arguidas pelo réu em preliminar de contestação, sob pena de derrogação desta. Sobre o assunto, Fredie Didier Jr[9]. leciona que:

> Os órgãos jurisdicionais exercem jurisdição nos limites das suas circunscrições territoriais. A competência territorial é a regra que determina em que território a causa deve ser processada. É o critério que distribui a competência em razão do lugar. Trata-se de competência, em regra, relativa, derrogável pela vontade das partes. [...] No Direito Brasileiro, as regras de

> competência territorial submetem-se, normalmente, a um regime jurídico dispositivo, de modo que a incompetência territorial é considerada como um defeito que somente pode ser invocado pelo réu, que deve fazê-lo no primeiro momento possível, sob pena de preclusão.

Ademais, diante de relação tipicamente de consumo travada entre os litigantes, estando o consumidor no polo ativo da demanda, parte hipossuficiente na relação, este detém a faculdade para eleger o foro que considerar mais benéfico ao exercício de seu direito, não podendo ser barrado pelo juízo ao exercer a função positiva do princípio da Kompetenz-Kompetenz.

De forma contrária, cumpra-se expor o entendimento do TJRS, em que considerou a competência prevista no Código de Defesa do Consumidor, como de natureza absoluta:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONSUMIDOR. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DA REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DE DOMICILIO DA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE. Ajuizamento da ação. Princípio da facilitação da defesa dos direitos. Competência. Foro do domicílio do consumidor. O processamento e julgamento de ações de consumo deve ocorrer no foro de domicílio do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. As partes não podem escolher livremente o foro competente, sob pena de afronta ao Princípio do Juiz Natural. Precedentes jurisprudenciais do E. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento Nº 70059477026 (Nº CNJ: 0140265-57.2014.8.21.7000).

Porém, há outros julgados do mesmo órgão que permitem a escolha do consumidor em foro diverso de seu domicilio, como no Agravo de Instrumento Nº 70065278756 (Nº CNJ: 0213253 42.2015.8.21.7000).

In fine, excetuando-se entendimentos pontuais, em observância ao princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, não havendo infringência das normas previstas na legislação processual civil, não há óbice à tramitação do feito na comarca eleita pelo consumidor, ressalvada a possibilidade de arguição de incompetência por parte da ré, sendo que as decisões de togados singulares que declinam a competência, manifestamente ilegais, acabam por tornar o feito mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

moroso do qual já é, até que questão seja resolvida, inclusive impedindo a apreciação de pedido de antecipação de tutela eventualmente requerida.

4. OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA RESOLUÇÃO DA CELEUMA

Neste ponto, uma vez se deparando o consumidor com decisão que declina competência territorial *ex officio,* ante renuncia ao seu foro privilegiado, indo de encontro com o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB/1988) e com o dever do magistrado em velar tal razoabilidade (art. 139, II do CPC), o juízo utilizando-se da kompetenz-kompetenz, resta por causar enorme prejuízo ao consumidor, uma vez que o feito não terá regular processamento até que seja resolvida a matéria discutida, a qual poderá levar longos meses.

4.1 DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Dito isto, restará ao consumidor, ou até mesmo o juízo que recebeu o processo em virtude da declinação, não concordando com o entendimento do magistrado declinante, suscitar conflito negativo de competência, nos termos do art. 951 do CPC.

Como é sabido o conflito negativo de competência ocorre quando dois ou mais juízes se declararem incompetentes, atribuindo um ao outro a competência, nos termos do art. 66, inciso II do CPC, bem como *"O conflito negativo de competência é medida que leva a controvérsia criada entre dois juízes, ante a recusa em processar e julgar a matéria judicial posta a sua apreciação, ao Tribunal de Justiça, o qual determinará quem será o competente para presidir o feito**[10]**"*.

Conforme jurisprudência do TJSC:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. [...] RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR NO FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU (LAGES). DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA EX OFFICIO E REMESSA DOS AUTOS AO FORO DE RESIDÊNCIA DO AUTOR INFORMADO NA PROCURAÇÃO E NA PEÇA NICIAL (OTACÍLIO COSTA). IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RATIONE LOCI (TERRITORIAL). FORO ESPECIAL PREVISTO NO CDC QUE NÃO SE IMPÕE DE FORMA ABSOLUTA QUANDO O CONSUMIDOR ENCONTRA-SE NO PÓLO ATIVO DA LIDE. COMPETÊNCIA RELATIVA INDECLINÁVEL DE OFÍCIO. SÚMULA N. 33 DO STJ. CONFLITO CONHECIDO E ACOLHIDO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. Em tema de relação de consumo, a regra fixadora de competência que estabelece o foro especial do consumidor somente se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> aplica de forma absoluta quando este se encontra no pólo passivo da lide, de modo que, sendo ele autor da demanda, detém pois a faculdade de propô-la no foro de sua residência (art. 101, inc. I, do CDC), no domicílio do demandado (art. 94 do CPC), no foro de eleição previsto no contrato (art. 111 do CPC) ou no foro onde a obrigação surtirá seus efeitos. 2. Nessas hipóteses, não está o magistrado autorizado a declinar da competência ex officio e remeter os autos para a comarca diversa daquela eleita pelo consumidor, eis que desenganadamente a matéria versa competência de natureza territorial - relativa, pois - e o deslocamento de competência, nesse caso, não se dá por impulso oficial, senão por iniciativa exclusiva da defesa, na forma de exceção (arts. 112, 114 e 304 do CPC) (Súmula n. 33 do STJ). (TJSC, Conflito de Competência n. 2014.085647-9, de Joinville, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 01/04/2015). (TJSC, Conflito de Competência n. 2016.010132-5, de Otacílio Costa, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 07-04-2016).

Assim o consumidor ficará no "limbo" processual até que seja julgado o conflito negativo ou haja o reconhecimento da competência por parte de algum dos suscitantes, para que somente após tal *decisum,* determinando a competência, seja apreciado o seu processo.

4.2 DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Apensar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 da Lei 13.105/2015, o qual é taxativo, contudo algumas hipóteses permitem sua mitigação, a decisão interlocutória que resta por declinar a competência relativa, ante manifestamente ilegal, desafia o recurso de agravo de instrumento, interpretando-se extensiva a norma contida no inciso III, do Art. 1.015 do CPC, uma vez que possuem a mesma natureza jurídica, mesma *ratio*, afastando o juízo incompetente, permitido assim que o juízo natural e adequado analise a lide[11].

Conforme doutrina:

> [...] A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência[12][...]"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim já sedimentou o STJ, em sede de recurso repetitivo que o rol do Art. 1.015 do CPC possui natureza de taxatividade mitigada, podendo haver cabimento em outras hipóteses daquelas não previstas em lei, in verbis:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.
>
> 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.
>
> 2- [...] pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".
>
> 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.
>
> [...]
>
> 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: **O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.**
>
> [...]
>
> 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1.696.396/MT, rela. Mina. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 5-12-2018 - grifou-se).

Desta forma, seguindo a tese fixada de havendo verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, e ainda considerando a força dos precedentes e princípio da uniformização da jurisprudência, a decisão de declínio de competência do juízo processante poderá ser discutida também em sede de agravo de instrumento, e considerando a existência da Súmula n. 33 do STJ, poderá ser julgado monocraticamente pelo relator, nos termos do art. 932, inciso V, alínea *a* do CPC, uma vez que:

> Art. 932. Incumbe ao relator:
>
> [...]
>
> V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
>
> a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
>
> [...]

Convém trazer à baila decisão do TJSC acerca da possibilidade de interposição de agravo de instrumento de decisão que declina competência,

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...] DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA À COMARCA DE SÃO PAULO DIANTE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO PREVISTA EM CONTRATO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES. [...]. VEDAÇÃO AO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA. SÚMULA N. 33 DO STJ. [...]. DECISÃO DE DECLÍNIO DESCONSTITUÍDA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA VARA CÍVEL DESTA CAPITAL. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4001693-10.2020.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 16-06-2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, mesmo possuindo competência para arguir sua própria incompetência, em consonância com o princípio da Kompetenz-Kompetenz, não está o magistrado autorizado a declinar da competência *ex officio*, e por conseguinte remeter os autos para a comarca diversa daquela eleita pelo consumidor, eis que desenganadamente a matéria versa competência de natureza territorial - relativa, sendo que o deslocamento de competência, nesse caso, não se dá por impulso oficial, senão por iniciativa exclusiva da defesa, na forma de preliminar de contestação (art. 337, II do CPC).

O Superior Tribunal de Justiça exara o mesmo entendimento, *in verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO PROPOSTA PELO CONSUMIDOR NO FORO ONDE O RÉU POSSUI FILIAL. POSSIBILIDADE. 1 – Nos casos em que o consumidor, autor da ação, elege, dentro das limitações impostas pela lei, a comarca que melhor atende seus interesses, a competência é relativa, somente podendo ser alterada caso o réu apresente exceção de incompetência (CPC, art. 112), não sendo possível sua declinação de ofício nos moldes da Súmula 33/STJ. 2 – Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no CC 125259/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 8.5.2013).

Contudo, deverá o consumidor ser condizente com a escolha do juízo para propositura da demanda, sob pena de ser válida a decisão do juízo que *ex officio,* declina competência territorial, *ipsis litteris:*

> "AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA POSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DE OFÍCIO EXCEÇÃO À REGRA PREVALÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR 1 Questões de ordem pública contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, podem e devem ser conhecidas, de oficio, pelo julgador. 2 Não pode o consumidor escolher, aleatoriamente, um local diverso do seu domicilio ou do domicilio do réu para o ajuizamento do processo" STJ RECURSO ESPECIAL: REsp 1363093 MG 2013/00105355 Decisão Monocrática.

Bem como:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA RELAÇÃO DE CONSUMO RENUNCIA DO CONSUMIDOR AO FORO DE SEU DOMICÍLIO CRITÉRIO ALEATÓRIO INADMISSIBILIDADE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURALDECLINAÇÃO DE OFICIO PELO JUIZ POSSIBILIDADE AFASTAMENTO DA SÚMULA 33 DO STJ. TJMG Agravo de Instrumento 10105130115410001.

Por fim:

> JUÍZO QUE, DE OFÍCIO, SE DECLARA INCOMPETENTE PARA JULGAR AÇÃO MOVIDA POR CONSUMIDOR RESIDENTE EM COMARCA DIVERSA DAQUELA QUE CONSTOU NO CONTRATO COMO A DE SEU ENDEREÇO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. TJSC. Agravo de instrumento. AI150385 SC 2011.015038-5.

Ainda, de outro ponto, há precedentes da Corte Superior (AgRg no AREsp n. 532.899, de Minas Gerais, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 26.08.2014) e também do TJSC (Conflito de competência n. 1001785-78.2016.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Denise Volpato, j. 29-11-2016) no sentido de reconhecer a possibilidade do togado singular declinar da competência de ofício em demandas em que a escolha feita pelo consumidor foi aleatória, refugindo das possibilidades previstas em lei, amparado no princípio da Kompetenz-Kompetenz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada, constatou-se que o foro competente realmente não é de livre escolha das partes, devendo ser observado pelo consumidor, quando da renúncia ao foto privilegiado as normas da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e das leis de organização judiciária dos Estados, sob pena de ofensa ao princípio do Juiz Natural, sob pena de o próprio juízo, amparado no princípio da Kompetenz-Kompetenz, declarar *ex officio,* sua incompetência relativa, já que pelo efeito positivo de tal princípio a única competência do Julgador incompetente é declarar a sua incompetência.

Excetuando-se as hipóteses de ajuizamento aleatório pelo consumidor, é defeso ao juízo declinar de ofício sua competência, por ofensa à Súmula 33 do STJ,

bem como a própria legislação, consoante disposto no art. 64 do CPC, a competência, em que é relativa, deve ser arguida como preliminar de contestação, ou seja, mediante provocação da parte demandada, e, se assim não for feito, será prorrogada, conforme estabelece o art. 65 do mesmo Diploma Legal.

Ademais, uma vez que a escolha do foro para o ajuizamento da ação é uma prerrogativa do próprio consumidor, esta deverá ser respeitada, pois, em teoria, subentende-se facilitar na defesa de seus interesses e no exercício de forma satisfatória da instrução do processo, garantindo maior agilidade e celeridade na solução do litígio.

In fine, deparando-se o consumidor, ao exercer a escolha do domicilio *secundum legis,* e se deparando com decisão de declínio de competência, este poderá suscitar o conflito de competência, ou até mesmo interpor agravo de instrumento, considerando o entendimento de rol de taxatividade mitigada de hipóteses de cabimento de tal recursos, para que seja solucionado a celeuma. Contudo, até que seja resolvida toda essa questão de competência, o feito não será analisado, tampouco tutelas antecipadas requeridas, já que não há, por ora, juízo competente, causando morosidade e indo de encontro ao princípio da duração razoável do processo e da justa prestação da tutela jurisdicional.

5. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BERALDO. Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp 1.679.909-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/11/2017, Dje 01/02/2018.

BRASIL. TJSC, Conflito de Competência n. 2012.019014-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 14-06-2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, v. 3. 1998.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**: uma perspectiva brasileira. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 3, n. 9.

MIRAGEM, Bruno. Claudia Lima Marques, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumido**r. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIURA, Arthur Mitsuo; VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser. **A relativização do princípio kompetenz-kompetenz pelo STJ**: Um breve comentário ao julgamento do Recurso Especial 1.602.076/SP. Revista da ESA/PR, 2ª Ed. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013,

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NOTAS:

[1] FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**: uma perspectiva brasileira. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 280

[2] MIURA, Arthur Mitsuo; VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser. **A relativização do princípio kompetenz-kompetenz pelo STJ**: Um breve comentário ao julgamento do Recurso Especial 1.602.076/SP. Revista da ESA/PR, 2ª Ed. 2016. p. 12.

[3] *Idem.* p. 13

[4] BERALDO. Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 120

[6] DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, v. 3, p. 12

[7] MIRAGEM, Bruno. Claudia Lima Marques, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1463.

[8] WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 827.

[9] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 217.

[10] TJSC, Conflito de Competência n. 2012.019014-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 14-06-2012.

[11] STJ. 4ª Turma. REsp 1.679.909-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/11/2017, Dje 01/02/2018.

[12] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237-238.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS JURÍDICOS NA PRÁTICA DA TELESSAÚDE NO BRASIL

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO: Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

Resumo: O presente artigo aborda alguns aspectos e conceitos da Telessaúde no Brasil, que é um sistema de distribuição de serviços e informações relacionadas à saúde através de tecnologias eletrônicas de informação e telecomunicações, em especial, a telemedicina. Trata-se também dos marcos normativos e jurídicos existentes no que tange à Telessaúde. Pretende-se, ainda, analisar os avanços necessários no campo ético-legal em relação ao tema abordado. Finaliza-se apresentando um estudo de caso em relação à Telessaúde no Estado de Minas Gerais.

Palavras-chave: Telessaúde. Telemedicina. Conceitos. Marcos Regulatórios. Aspectos Jurídicos.

Abstract: The main feature of this article is to address some aspects and concepts of Telehealth in Brazil, which is a system for the distribution of serviços and information related to health through eletronic information and telecommunications technologies, especially telemedicine. It i salso about the normative and legal frameworks that exist regarding Telehealth. It is also intended to analyze the necessary advances in the ethical-legal field in relation to the topic addressed. It ends by presenting a case study in relation to Telehealth in the State of Minas Gerais.

Keywords: Telehealth. Telemedicine. Concepts. Regulatory Frameworks. Legal Aspects.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico e aspectos conceituais da Telessaúde. 3. A Telessaúde no Brasil. 4. Aspectos normativos e jurídicos. 5. Estudo de caso. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como principal característica abordar alguns aspectos da Telessaúde no Brasil.

O método utilizado será o jurídico-compreensivo, que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e da doutrina sobre o tema, com o objetivo de melhor entender o seu significado e alcance no mundo fático e jurídico.

Para tanto, serão tratados alguns conceitos da Telessaúde, suas espécies, os marcos regulatórios aplicáveis, em especial, a Telemedicina, os aspectos jurídicos atinentes à matéria, e os avanços necessários ao tema.

Por fim, será exposto um estudo de caso em relação à prática da Telessaúde no Estado de Minas Gerais.

2.Histórico e aspectos conceituais da Telessaúde

Os avanços tecnológicos contemporâneos vêm sendo incorporados às diversas vertentes sociais e trazendo importantes contribuições na prestação da assistência qualificada. Tais avanços têm como elementos centrais um conjunto de tecnologias sustentadas por fundamentos na microeletrônica, nas telecomunicações e na informática, denominada Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) (IBGE, 2009).

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), as tecnologias de informação e comunicação corroboram com a prestação de cuidados na saúde pública, pesquisas e atividades relacionadas à saúde para o benefício, principalmente, de países em desenvolvimento (OMS, 2012).

A Telessaúde pode ser definida como um sistema de **prestação de serviços de saúde à distância**, realizado com a ajuda das tecnologias da informação e de comunicação (TICs), tais como computador e aplicativos.

Baseia-se, portanto, na telemática, podendo ser definida como uma ciência que estuda a manipulação e a utilização da informação através do uso combinado de computador, seus acessórios e meios de comunicação.

Os debates sobre os usos dos avanços tecnológicos nas áreas de saúde são antigos, sendo que a área médica se destaca frente à discussão e à regulamentação de questões inerentes à telemedicina, área da Telessaúde, que oferece suporte diagnóstico de forma remota, permitindo a interpretação de exames e a emissão de laudos médicos a distância. Para tanto, ela conta com o apoio das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A história da Telessaúde no mundo, então, se confunde com a da telemedicina. Nesse sentido, vale citar **a invenção do estetoscópio eletrônico,** em Londres, no ano de 1910, como um marco para a história da telessaúde.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu assim a Telemedicina em 1977: "Telemedicina é a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância ou o tempo é um fator crítico. Tais serviços são providos por profissionais da área de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação (TIC) para o intercâmbio de informações" (OMS, 1977).

A telemedicina tem por finalidade a prestação de apoio clínico, objetivando melhores resultados de saúde, superando barreiras geográficas e conectando os usuários que não estão no mesmo local físico a partir da utilização de vários tipos de TIC (OMS, 2009). E as vantagens da Telemedicina podem ser descritas pelo aumento da penetração do atendimento dos médicos em locais remotos, bem como o atendimento à população cada vez mais idosa, sem a necessidade de deslocamento, fato também aplicável aos pacientes crônicos e com caráter degenerativo.

A Telessaúde é um campo bastante abrangente e estruturado. Sob o foco da atuação pode ser dividida em algumas modalidades: inovação em saúde digital e telessaúde; telemedicina, teleconsultoria; telediagnóstico; telemonitoramento; telerregulação; e teleducação.

Em apertada síntese, a teleconsultoria é a frente de informações do programa, criada para **esclarecer dúvidas sobre ações de saúde e procedimentos clínicos.** Funciona de forma simples, com o envio de uma pergunta do profissional de uma unidade do SUS a um especialista do núcleo de saúde.

O telediagnóstico trata-se de uma proposta para **aumentar a oferta e o acesso aos laudos à distância,** de forma que também reduz a necessidade de deslocamento de pacientes

E a tele-educação é um serviço que oferece atividades educacionais à distância com o auxílio das tecnologias da informação e de comunicação. O núcleo de Telessaúde desenvolve cursos, aulas, palestras e fóruns de discussão para, em seguida, compartilhar esses conteúdos com as unidades do SUS.

3.Telessaúde no Brasil

No Brasil, os primeiros registros da Telessaúde também coincidem com o uso da telemedicina, datado de 1994, quando a Rede Sarah começou um programa de videoconferência para troca de informações entre a sua rede de hospitais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mas o ano de 2006 é que foi considerado o marco da implantação da Telessaúde no Brasil, através da Portaria n. 561/2006 do Ministério da Saúde, que criou a Comissão Permanente de Telessaúde e o Comitê Executivo de Telessaúde.

A Telessaúde, como componente da Estratégia e-Saúde (Saúde Digital) para o Brasil, tem como finalidade a expansão e melhoria da rede de serviços de saúde, sobretudo da Atenção Primária à Saúde (APS), e sua interação com os demais níveis de atenção fortalecendo as Redes de Atenção à Saúde (RAS) do SUS. (Portal do Ministério da Saúde disponível em: https://www.saude.gov.br/telessaude)

O sistema de Telessaúde é atualmente regulamentado pelo Ministério da Saúde que a define como "componente da Estratégia e-Saúde (Saúde Digital) para o Brasil, tem como finalidade a expansão e melhoria da rede de serviços de saúde, sobretudo da Atenção Primária à Saúde (APS), e sua interação com os demais níveis de atenção fortalecendo as Redes de Atenção à Saúde (RAS) do SUS".

No âmbito da administração pública reuniu-se instituições de excelência no território nacional para as atividades de Telessaúde no Sistema Único de Saúde (SUS): a Rede Universitária de Telemedicina (Rute) e o Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes.

A Rede Universitária de Telemedicina (Rute) é uma iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia, apoiada pela Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) e pela Associação Brasileira de Hospitais Universitários (Abrahue) e coordenada pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), que visa a apoiar o aprimoramento de projetos em telemedicina já existentes e incentivar o surgimento de futuros trabalhos interinstitucionais.

O Programa Telessaúde Brasil Redes, criado por meio da Portaria nº 35 do Ministério da Saúde, de janeiro de 2007, substituída pela Portaria MS nº 2.546, de 27 de outubro de 2011, é uma iniciativa do Ministério da Saúde em âmbito nacional, formado por núcleos estaduais, intermunicipais e regionais, para fortalecer e melhorar a qualidade do atendimento da atenção básica no SUS, os quais **desenvolvem e oferecem serviços específicos a trabalhadores do SUS**, os quais estão divididos em quatro frentes: **Teleconsultoria, Telediagnóstico, Tele-educação e Segunda Opinião Formativa.**

Certo é que o crescimento da Telessaúde no Brasil, bem como sua importância, são fatos reconhecidos e contribuem para melhorar o acesso aos cuidados de saúde, a qualidade do serviço prestado e a eficácia de diversas

intervenções, especialmente no Brasil onde grande parte de sua população se encontra em situação de vulnerabilidade.

De modo que a Telessaúde, em especial a telemedicina, é uma moderna ferramenta de serviços de saúde especialmente para a APS, transpondo, assim, as barreiras culturais, socioeconômicas e geográficas para os serviços e informação em saúde.

4.Aspectos normativos e jurídicos da Telessaúde

No que tange aos aspectos normativos referentes à temática da Telessaúde podemos citar diversas portarias editadas pelo Ministério da Saúde entre os anos de 2006 a 2012, dentre elas:

- Portaria n. 561/2006;
- Portarias n.s 7 e 8/2006;
- Portaria n. 3.275/2006;
- Portaria n. 402/2010 que embora tenha sido revogada, foi a primeira a caracterizar o serviço de Telessaúde no SUS e a detalhar o projeto-piloto;
- Portaria n. 2.546/2011 que redefine e amplia o Programa Telessaúde Brasil, que passa a ser denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes, e que estabelece quatro serviços de telessaúde: teleconsultoria; telediagnóstico; tele-educação; e segunda opinião formativa (SOF);
- Portaria n. 1.229/2012 que estabelece recursos financeiros destinados ao Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes.

Para mais, importante destacar também a Política Nacional de Gestão em Tecnologias em Saúde (PNGTS), instituída no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da Portaria do Ministério da Saúde n. 2.690, de 05 de novembro de 2009, que é o instrumento norteador para os atores envolvidos na gestão dos processos de avaliação, incorporação difusão, gerenciamento da utilização e retirada de tecnologias no Sistema, não abrangendo, entretanto, as fases de Pesquisa e Desenvolvimento ainda que possa subsidiar na identificação de prioridades no ciclo da vida das tecnologias em saúde.

Cumpre registrar ainda que após a publicação do Decreto nº 9795, de 17 maio de 2019, o Ministério da Saúde, por meio do Departamento de Saúde Digital, estabelecerá as diretrizes para a Telessaúde no Brasil, no âmbito do SUS (Portal do Ministério da Saúde disponível em: https://www.saude.gov.br/telessaude), dentre elas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- transpor barreiras socioeconômicas, culturais e, sobretudo, geográficas, para que os serviços e as informações em saúde cheguem a toda população;
- maior satisfação do usuário, maior qualidade do cuidado e menor custo para o SUS;
- atender aos princípios básicos de qualidade dos cuidados de saúde: segura, oportuna, efetiva, eficiente, equitativa e centrada no paciente;
- reduzir filas de espera; reduzir tempo para atendimentos ou diagnósticos especializados; e
- evitar os deslocamentos desnecessários de pacientes e profissionais de saúde.

No âmbito da telemedicina, e considerando o atual cenário pandêmico acarretado pela *COVID-19*, declarada pela OMS, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou no dia 19 de março, por meio do Ofício n.º 1756/2020-Cojur, a flexibilização dos procedimentos de Telemedicina (teleconsulta) para permitir aos médicos o uso excepcional deste tipo de ferramenta de modo a garantir a menor circulação de pessoas e a exposição ao vírus, permitindo o atendimento pré-clínico, suporte assistencial, consulta, monitoramento e diagnóstico.

Outrossim, o Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, por sua vez, reconheceu, em seu art. 1º, a ocorrência do estado de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da *COVID-19* declarada pela OMS.

O Ministério da Saúde, na sequência, publicou no Diário Oficial da União do dia 23 de março, a Portaria n.º 467/2020, a qual "dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19".

E seguindo a mesma linha, em 16/04/2020, foi publicada a Lei 13.989, a qual dispõem sobre o uso da Telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus.

A Lei supracitada previu em seu art. 2º que "durante a crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), fica autorizado, em caráter emergencial, o uso da telemedicina". E trouxe no art. 3º a definição da telemedicina, confira-se: "Entende-se por telemedicina, entre outros, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde".

Ademais, a Lei nº 13.989, estabeleceu no art. 5º que a "prestação de serviço de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado, não cabendo ao poder público custear ou pagar por tais atividades quando não for exclusivamente serviço prestado ao Sistema Único de Saúde (SUS)".

No entanto, a Telessaúde, em especial, a **telemedicina,** prática que avança no Brasil, ainda convive com dilemas quando o assunto são os aspectos regulatório. É que em pese os normativos supracitados, e as recentes flexibilizações da Telessaúde (telemedicina) no Brasil, o que representam importante avanço no cotidiano médico e um grande reforço no combate da pandemia, um elevado número de problemas éticos e legais no âmbito da Telessaúde ainda necessitam ser considerados, como, por exemplo a relação médico-paciente e as repercussões na seara da responsabilidade civil.

Fato é que o Brasil ainda não dispõe de instrumentos jurídicos e de normas éticas específicas para regular o sistema eletrônico de informações no campo da medicina, tampouco existe uma norma na justiça comum que fale sobre a Telemedicina. No Brasil a modalidade é regida por normas de responsabilidade civil e penal já existentes, tal como consta, inclusive, na Lei 13.989/2020, em seu art. 5º.

Assim, entende-se imprescindível a criação de uma norma jurídica de cunho ético-legal, envolvendo a Telessaúde (telemedicina), bem como, a promoção de discussão e o debate com todo o setor de saúde, envolvendo, entre outros aspectos, os relativos à segurança e confidencialidade, responsabilidade profissional, padrões éticos no registro, armazenamento e transmissão de dados clínicos em formato digital, direitos autorais, autorização dos órgãos fiscalizados do exercício profissional e licença para atuação profissional remota.

Para mais, a interface entre a Medicina, a Biomedicina, a Bioética, o Direito impõe a necessidade de realizar um estudo multidisciplinar pautado em permanente diálogo entre diversas áreas do saber. Nesse contexto, se inserem, por exemplo, as transformações provenientes do uso da telemedicina na prestação de serviço médico e que ganhou novos contornos com a pandemia do COVID-19.

5. Estudo de Caso

A respeito na utilização da Telessaúde no Estado de Minas Gerais foi publicado no ano de 2017, por Milena Marcolino e outros[1], intitulado de "A Telessaúde como ferramenta de apoio à Atenção Primária em Saúde: a experiência da Rede de Teleassistência De Minas Gerais", no qual abordou-se a experiência da Telessaúde e o seu impacto na saúde pública do Estado.

Os resultados assistenciais foram alcançados através de um estudo observacional e retrospectivo realizado entre os anos de 2007 a 2012, em que se avaliou os indicadores econômicos financeiros, os projetos implementados, os avanços e as perspectivas da RTMG, e os fatores de sucesso relacionados à continuidade e sustentabilidade de projetos de telessaúde durante os anos de experiência da RTMG.

De acordo com o estudo, atualmente a RTMG abrange 780 municípios com 1.000 pontos de telessaúde em MG, o que representa 91% de cobertura dos municípios do Estado de Minas Gerais, que é o estado com o maior número de municípios do Brasil (853). E que de junho de 2006 a março de 2016, 2,538,592 ECGs e 75,866 teleconsultorias foram realizados e mais de 8.000 profissionais foram treinados.

Outrossim, observou-se que a gestão dos serviços também tem por finalidade otimizar os recursos financeiros alocados, particularmente aqueles provenientes de fontes públicas, com retorno sobre investimento de R$4,27 para cada real investido.

Ao final, concluiu-se que o modelo de Telessaúde desenvolvido em Minas Gerais tem produzido bons resultados clínicos e econômicos, e é um ótimo exemplo de parceria universidade-sociedade, que deve ser cada deve ser cada vez mais aperfeiçoado e ampliado, uma vez que aumenta o acesso de pacientes de municípios pequenos e remotos ao cuidado especializado, diminui barreiras geográficas, qualifica os encaminhamentos ao nível secundário e terciário, contribui para a melhoria da qualidade do cuidado, possibilita economia para o sistema de saúde.

6.Conclusão

Ante o exposto, o uso da Telessaúde e suas espécies supera as barreiras físicas e geográficas a partir do uso de tecnologia em práticas de saúde, tornando, dessa maneira, uma ferramenta valiosa e indispensável para formação, atualização e ampliação da prática profissional em saúde.

Em um país com grande extensão territorial como o Brasil, bem como diante da carência de parte significativa da população, a utilização de tecnologias de comunicação pode auxiliar a diminuir as desigualdades observadas.

De modo que a Telessaúde, em especial a telemedicina, é uma moderna ferramenta de serviços de saúde especialmente para a APS, transpondo, assim, as barreiras culturais, socioeconômicas e geográficas para os serviços e informação em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

saúde, tal como verificado no Estado de Minas Gerais por meio da experiência bem sucedida da Rede de Teleassistência De Minas Gerais.

Não há dúvidas, portanto, de que as práticas de Telessaúde vêm crescendo em todo o País, ampliando as discussões que devem ser pautadas em critérios éticos e legais, visando a segurança jurídica.

Para tanto, entende-se que o tema deve ser cada vez mais debatido, ampliado e aperfeiçoado em benefício dos profissionais da saúde e da população usuária.

Ademais, o envolvimento dos profissionais, o engajamento dos Conselhos Federal, Regionais e da sociedade científica são essencialmente importantes na condução das discussões que pautam a atuação das ações da Telessaúde.

Além disso, entende-se pela criação de uma norma jurídica de cunho ético-legal, bem como uma resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

7. Referências

PINHEIRO, Ivan Martins. A criminalização da pobreza. Correio do Brasil, ano VIII, nº 2508. Disponível em: <http:// www.correiodobrasil.com.br/noticia.asp?.c=127681>. Acesso em: 14 nov. 2007.

MARCOLINO, Milena. "A Telessaúde como ferramenta de apoio à Atenção Primária em Saúde: a experiência da Rede de Teleassistência De Minas Gerais", Rev Med Minas Gerais 2017; 27:e-1855.

Regras do Governo Brasileiro sobre Serviços de Telessaúde: Revisão Integrativa. Angélica Baptista Silva, Ana Cristina Menezes Guedes Carneiro, Sergio Ricardo Ferreira Sindico. outubro de 2014. Disponível em: https://www.isfteh.org/files/work_groups/440-1762-1-PB.PDF

Portal do Ministério da Saúde disponível em: https://www.saude.gov.br/telessaude

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde. Série B. Textos Básicos em Saúde. Brasília - DF. 2010. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf.

Brasil. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria Nº 2.546, de 27 de outubro de 2011. Redefine e amplia o Programa Telessaúde Brasil, que passa a ser

denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes (Telessaúde Brasil Redes). Brasília: Ministério da Saúde; 2011.

Brasil. Portaria do Ministério da Saúde n. 2.690, de 5 de novembro de 2009, que instituiu no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Gestão e Tecnologia.

Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020, que dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm.

O Manual da Telessaúde que pode ser consultado aqui: http://www.ans.gov.br/images/MS-telessaude-manual_2019.pdf.

Aspectos Éticos e Legais na Prática da Telessaúde em Fonoaudiologia Telehealth in Speech, Language and Hearing Sciences: Ethical and legal issues Ana Carulina Spinardi-Panes(1), Simone Aparecida Lopes-Herrera(2), Luciana Paula Maximino(3) - 12 Aceito em: 30/03/2013.

BRAGA, Aristóteles Melo. A telemedicina e a necessária segurança jurídica para o médico, publicado em 04/2020. Elaborado em 04/2020, disponível em: https://jus.com.br/artigos/81320/a-telemedicina-e-a-necessaria-seguranca-juridica-para-o-medico

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo 2010. [internet]. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/>.
» http://www.ibge.gov.br/estadosat/

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). National eHealth strategy toolkit. 2012. Disponível em: <http://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-E_HEALTH.05-2012-PDF-E.pdf>.
» http://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-E_HEALTH.05-2012-PDF-E.pdf

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Telemedicine, opportunities and developments in Member States: report on the second global survey on e-Health. 2009. Disponível em: <http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/>.
» http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/

NOTAS:

[1] Milena Soriano Marcolino, Ana Maciel Ribeiro, Tatti Guerra Pezzini Assis, Antonio Luiz Pinho Ribeiro, Clareci Silva Cardoso, Andre Pires Antunes, Elmiro Santos Resende,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Adelson Geraldo de Almeida Resende, Daniel Ferreira Cunha, Marcia Maria Oliveira Lima, Renato Minelli Figueira, Maria Beatriz Moreira Alkmim. “A Telessaúde como ferramenta de apoio à Atenção Primária em Saúde: a experiência da Rede de Teleassistência De Minas Gerais”, Rev Med Minas Gerais 2017; 27:e-1855.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OBRAS DE CÂNDIDO PORTINARI NO CONJUNTO URBANO DA REPRESA PAMPULHA EM BELO HORIZONTE-MG: BIOGRAFIA E AÇÕES DE HOMENAGEM EM PARQUE MUNICIPAL NAS ADJACÊNCIAS

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitordo XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: O conjunto moderno no entorno da barragem da Pampulha, um destino consagrado de Belo Horizonte, encanta e traz os grandes nomes vinculados ao projeto de Juscelino Kubitscheck de Oliveira. Esta obra foi sua empreitada mor, quando de sua gestão enquanto prefeito. Assim como a Pampulha e seus executores, JK entraria para a história republicana como um dos políticos mais influentes e populares do Brasil. JK, Niemeyer e demais modernistas se reencontrariam na construção de Brasília, quando JK após governar Minas Gerais, se tornaria presidente do país. O presente trabalho destina-se a apresentar propostas de alteração toponímica nas adjacências da Lagoa da Pampulha, com vistas a homenagear os parceiros de Niemeyer, com denominações a logradouros públicos. Especificamente, o texto versa sobre Cândido Portinari, cujos trabalhos emolduram o Conjunto Moderno, que foi elevado à condição de Patrimônio Cultural da Humanidade, em 2016. E para essa homenagem sugere-se um pequeno parque que preserva parte da vegetação. Instalado em área pouco adensada da capital, o parque é componente importante da macrobacia do Ribeirão Onça e discutir a questão com a comunidade limítrofe se mostra uma temática interessante e emergencial.

Palavras-chave: Cultura, Ecologia, Projeto de Lei, Toponímia, Unidades de Conservação.

ABSTRACT: The modern complex surrounding the Pampulha dam, a renowned destination in Belo Horizonte, enchants and brings the big names linked to the project by Juscelino Kubitscheck de Oliveira. This work was his main undertaking when he was mayor. Like Pampulha and its executors, JK would go down in republican

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

history as one of the most influential and popular politicians in Brazil. JK, Niemeyer and other modernists would meet again in the construction of Brasilia, when JK after governing Minas Gerais, would become president of the country. This paper aims to present proposals for toponymic alterations in the vicinity of Lagoa da Pampulha, with a view to paying tribute to Niemeyer's partners, with names for public places. Specifically, the text deals with Cândido Portinari, whose works frame the Modern Complex, which was elevated to the status of Cultural Heritage of Humanity in 2016. And for this tribute, a small park that preserves part of the vegetation is suggested. Installed in a low density area of the capital, the park is an important component of the Ribeirão Onça macrobasin and discussing the issue with the neighboring community is an interesting and emergency theme.

Keywords: Culture, Ecology, Bill, Toponymy, Conservation Units.

INTRODUÇÃO

Edificada em 1943, a jovem igrejinha de São Francisco de Assis, na represa da Pampulha, na capital mineira, é internacionalmente respeitada como um marco histórico componente na/da arquitetura brasileira e inicialmente um dos trabalhos de maior expressão do arquiteto Oscar Ribeiro de Almeida Niemeyer Soares Filho (1907-2012), que veio a se tornar famoso com as obras de construção de Brasília. Cenário de relevância mundial caracterizado por linhas sinuosas que sugerem uma referência às paisagens montanhosas de Minas Gerais, o projeto da igreja da Pampulha apresenta uma sucessão de abóbadas (tetos arredondados): duas principais cobrindo a nave e o santuário, e três secundárias, que abrangem a sacristia e anexos. Na fachada principal, surge uma marquise reta que dirige à torre na lateral. Niemeyer explicou, era como um protesto, cobrir a igreja de curvas das mais variadas, contestando a arquitetura retilínea predominante. Com as configurações mais livres presentes nesta concepção arquitetônico, o visionário Oscar Niemeyer aventurou-se pelos predicados plásticos do concreto armado, despontando seu desejo pelas curvas.

Era a primeira ocasião, em prédios religiosos no Brasil, que usaram-se traços muito distintos da tradição católica, caracterizada pelos edifícios imponentes e robustos do período colonial. No começo da década de 1940, com crescimento urbano da centralidade para áreas do subúrbio, várias capitais, dentre Minas Gerais esboçam novos ares urbanísticos. Assim, o modernismo brasileiro descobriu, em Belo Horizonte o lugar adequado para, enfim, chegar à arquitetura, depois de ter prosperado nas artes plásticas, na literatura e na música. Juscelino Kubitschek (1902-1976), então prefeito da cidade, convocou, em 1942, o arquiteto Niemeyer, para organizar o projeto de um novo complexo de lazer acoplado ao lago artificial da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cidade Satélite Pampulha. Quando assumiu a Presidência do Brasil (1956-1961), Juscelino ofereceu a Niemeyer a empreitada de projetar Brasília, o que o tornou um dos mais extraordinários arquitetos do período. A convite de Niemeyer, artistas relevantes compartilharam da constituição da igrejinha, conforme detalha o Site do Governo de Minas Gerais (2020, on line):

> Cândido Portinari - O artista plástico é autor do painel externo em azulejo azul e branco, na fachada posterior da igreja, que retrata cenas da vida de são Francisco. Fez também o mural do altar principal e os 14 pequenos quadros que retratam a Via Sacra. Destaca-se o painel em cerâmica que reveste o púlpito, na parede exterior do batistério e no balcão.
>
> Alfredo Ceschiatti - Autor dos painéis em bronze, esculpidos em baixo relevo, no interior do batistério, retratando a expulsão de Adão e Eva do paraíso. Suas esculturas acompanham sempre os grandes trabalhos de Niemeyer e estão presentes no Palácio da Alvorada, na praça dos Três Poderes e na catedral, em Brasília.
>
> Burle Marx - Os jardins da igreja são assinados pelo maior paisagista brasileiro, cujos trabalhos também podem ser vistos no Cassino (hoje Museu de Arte da Pampulha) e na Casa do Baile. Nascido em São Paulo, em 1909, Burle Marx também foi desenhista, pintor e ceramista, entre outras atividades.
>
> Paulo Werneck - Nas laterais da abóbada da nave, encontram-se os mosaicos em azul e branco do pintor, desenhista e ilustrador, que introduziu a técnica de mosaico no Brasil. Feitos em pastilhas, trazem desenho modernista típico da época.

Da cidade natal, Brodowski, interior de São Paulo, para o mundo. Portinari apesar de deixar obras esplendidas na Pampulha o seu maior acervo sacro, entre afrescos e pinturas, está localizado na Igreja Bom Jesus da Cana Verde, centro de Batatais, uma cidade situada a 16 quilômetros da fazenda onde ele nasceu. São 23 obras, incluindo 2 retratos, que demonstram o talento e a genialidade de um dos maiores artistas da Pampulha. Em 2005, a Igreja da Pampulha, concepção mor de Niemeyer, passou por intervenções de recuperação e restauração. Além disso, foi criado o projeto de iluminação das fachadas, que valoriza a estética das formas arredondadas da construção. O Conjunto Moderno da Pampulha formado a partir da junção da Casa do Baile, do Cassino (hoje Museu de Arte), do Iate Clube, e a Igrejinha,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

todos recentemente foram consagrados como Patrimônio Cultural da Humanidade, conforme credenciamento da UNESCO em 2016. Curiosamente apesar de participar do conjunto moderno. Portinari e sua equipe não são homenageados em nenhum equipamento urbano ou logradouro público (rua, parque ou praça) no contexto da orla, sendo este texto dedicado à discutir esta questões e encaminhar propostas.

BIOGRAFIA DO HOMENAGEADO

Para este trabalho escolheu-se um dos grandiosos de Niemeyer, nada mais que Candido Portinari11 (Figura 01). Nascido na cidade de Brodowski, interior do estado de São Paulo, aos 29 de dezembro de 1903 destacou-se como um dos grandes artistas plásticos do Brasil. Filho dos imigrantes, Giovan Battista Portinari e Domenica Torquato, provenientes de Chiampo, em Vêneto, na Itália, Portinari, respeitado como um dos mais formidáveis pintores de todos os tempos, sendo o brasileiro a obter maior projeção internacional, nasceu numa tradicional fazenda de café, na Região Metropolitana de Ribeirão Preto. Com a habilidade artística logo na infância, Portinari teve estudo insuficiente, não acabando sequer o ensino primário. Aos 14 anos de idade, uma trupe de escultores e pintores italianos que agiam na restauração de igrejas, recruta Candido Portinari como ajudante. Inicialmente, seria o indício dos amplos dons do brasileiro. O pintor participaria ativamente de uma obra monumental em Belo Horizonte nos ano de 1940, conforme descrição de Pinto Júnior (2007, on line):

> Ao analisar o edifício creio ser necessário focalizar primeiro os elementos da decoração responsáveis por sua ambiência, para buscar em seguida sua relação com os elementos arquitetônicos estruturais, a eles relacionados. Imaginar a Igreja da Pampulha sem a ornamentação da azulejaria é fazer um exercício de como a arquitetura se limitaria aos seus próprios elementos estruturais. Este exercício não é estéril como pode parecer à primeira vista. Ao fazê-lo, podemos ver que, desprovido de sua decoração – no caso a azulejaria da fachada frontal – o edifício se apresentaria consideravelmente reduzido em sua dimensão simbólica e expressiva. No caso da arquitetura modernista brasileira da década de 30 e 40, o

11 O Projeto Portinari possui em seu acervo documental, os principais documentos de identidade pessoais do pintor. Em nenhum deles figura o sobrenome "Torquato". Certidão de Nascimento, Atestado de Óbito, Certidão de Casamento, Registro de Identidade, todos os passaportes, etc., registram o seu nome completo como apenas "Candido Portinari". Fonte: https://artsandculture.google.com/entity/candido-portinari/m027mss?hl=pt-BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> emprego da azulejaria, como recurso visual ancorado no passado colonial ibérico, no barroco tão caro aos brasileiros, se aproxima de um recurso puramente retórico, como elemento fundamental da persuasão da imagem modernista que buscava uma afirmação. Desta maneira e devido à precedência dos valores visuais que o espaço arquitetônico modernista construiu ao se afirmar, o emprego da retórica dispensa *a priori* o reconhecimento de que teses ela queira demonstrar: o que importa é o reconhecimento de que ela pretende simplesmente persuadir, e não a isto ou àquilo. A visualidade do espaço arquitetônico modernista se configura como apto a discorrer, fornecendo ao mesmo tempo o argumento e a prova. O processo de tradução visual do discurso dá origem à alegoria, e ao menos como podemos ver como colocada pelos teóricos da pós-modernidade, a arquitetura modernista produzida até a década de 1940, apesar de suas pretensões de afirmação e da construção de um espaço modernista, estava distante da alegoria. Sem ser alegórico, o espaço modernista – ao menos o explicitado em obras como a Igreja da Pampulha – se construiria através desta retórica, entendida como a arte de persuadir, a arte de estabelecer um discurso, ainda que distante do conceito aristotélico de se falar no Areópago, de estabelecer um discurso político. A retórica como um instrumento persuasivo não está necessariamente ligada a um texto literário, e seu emprego na arte é inconteste.

Figura 01 - Da esquerda para a direita: Candido Portinari, Antônio Bento, Mário de Andrade e Rodrigo Melo Franco, na capital federal, Rio de Janeiro, em 1936.

Fonte: https://www.vitruvius.com.br/revistas/read/drops/16.105/6052

Aos 16 anos, já decidido a aperfeiçoar seu talento, Portinari abandona São Paulo em direção ao Rio de Janeiro para estudar na ENBA – Escola Nacional de Belas Artes começando uma grande história. Candido Portinari pintou mais de cinco mil obras, de pequenos desenhos e pinturas de magnitudes, como "O Lavrador de Café12", até enormes murais, como os painéis "Guerra e Paz", doados à sede da ONU em Nova Iorque em 1956, e que, retornaram para o Rio de Janeiro, em exibição no Teatro Municipal, desde dezembro de 2010. Durante a formação, Candido Portinari se sobressai e chama a atenção, tanto dos docentes, quanto de jornalistas. Aos 20 anos, já participava de várias exposições, recebendo elogios em declarações de múltiplos jornais. Mesmo com essa ampla aceitação e divulgação, o artista se interessa por um movimento artístico até então marginalizado. Começaria o seu despertar ao modernismo, que seria considerado seu maior passo e identidade cultural (Figura 02). O site Obvious (2020, on line) expressa que:)

> Em suas obras, o artista conseguia retratar as questões sociais sem desagradar ao governo de sua época. Como viveu no momento de efervescência do modernismo brasileiro, Portinari se aproxima de suas técnicas, no entanto, sua principal

12 Uma dos quadros mais relevantes de Candido Portinari, "O lavrador de café", foi roubada do segundo andar do MASP - Museu de Arte de São Paulo, na madrugada do dia 20 de dezembro de 2007, em uma ação de três minutos, juntamente com a obra Retrato de Suzanne Bloch, de Pablo Picasso. Estas obras foram recuperadas e devolvidas ao museu dia 08 de janeiro de 2008, sem sofrer danos ou estragos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

influência será o modernismo europeu - sem deixar de criar uma obra expressivamente brasileira em suas temáticas.

Figura 02 – Portinari no Interior da Igrejinha da Pampulha

Fonte: http://www.descubraminas.com.br/Turismo/DestinoAtrativoPagina.aspx?cod_destino=1&cod_atrativo=423&cod_pgi=1394

Um dos principais premiações almejadas pelo pintor Portinari era a condecoração de ouro do Salão da ENBA. Nos anos de 1926 e 1927, o pintor obteve destaque, mas não venceu. Anos após, Candido Portinari chegou a asseverar que suas telas com elementos modernistas escandalizaram os julgadores do concurso. Em 1928, Portinari deliberadamente organiza uma tela com subsídios acadêmicos clássicos e enfim recebe a medalha de ouro e uma viagem para a Europa. Os dois anos vividos em Paris foram categóricos no caráter artístico que sagraria Candido Portinari, principalmente devido à relação com o Achille-Émile Othon Friesz (1879-1949), o holandês Kees Van Dongen (1877-1968) e a uruguaia Maria Victoria Martinelli13 (1912-2006). A separação de Portinari de suas origens aproximou o

13 A partida para a Europa, além de conhecer nomes e referências do modernismo, fez com que Portinari conhecesse sua esposa na época apenas com 19 anos. Com Maria Victoria Martinelli o artista passaria o restante de sua vida. Fonte: https://www.terra.com.br/diversao/portinari/biografia.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artista do Brasil, despertando um interesse social (Figura 03) mais intenso e profundo. Inúmeras grandes questões de sua geração, no campo e na cidade constituíram as suas influências (Figura 03). Seus temas históricos, religiosos, sociais como a fauna, a festa popular, a flora, o folclore, a infância, a paisagem, os retratos dos brasileiros, o trabalho e os tipos populares confirmam com expressão a reflexão de renomados críticos de arte.

Figura 03 – Cena de um casamento na 1ª tela e na outra paisagem do interior onde Portinari morou

Fonte: Museu Casa de Portinari, Brodowski.

Em 1931, Candido Portinari retorna ao território brasileiro revigorado, transformando totalmente a sua estética, apreciando mais cores e a ideia das pinturas. Ele anula a obrigação volumétrica e se abdica da tridimensionalidade das obras. Aos poucos, o artista abandona as telas pintadas a óleo e se dedica a afrescos e murais. Recebendo nova popularidade entre a imprensa, Portinari expõe três quadros no Pavilhão Brasil da Feira Mundial em Nova Iorque de 1939. As telas chamam a atenção do historiador estadunidense Alfred Hamilton Barr (1902-1981), então diretor geral do Museu de Arte Moderna de Nova Iorque (MoMA). Alfred Barr adquire a tela "Morro do Rio" e em seguida a exibe no MoMA, ao lado de artistas consagrados mundialmente. O empenho geral pelo artista brasileiro faz Barr organizar uma exibição particular para o trabalho do Portinari em Nova Iorque. Nessa ocasião, Candido Portinari faz dois murais para a Biblioteca do Congresso estadunidense, em Washington, capital dos Estados Unidos. Ao visitar o MoMA, Portinari se empolga com uma obra que modificaria seu estilo outra vez: "Guernica" do espanhol Pablo Ruiz Picasso (1881-1973). As décadas de 1920 e 1930 se consolidam com mais de dez obras (Quadro I)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quadro I – Relação de alguns dos trabalhos desenvolvidos por Portinari nas décadas de 1920/1930

Data	Nome da obra	Propriedade
1927	Paisagens com bananeiras	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1928	Retrato de Olegário Mariano	Acervo de Museu Nacional de Belas Artes (MNBA)
1932	Meninos soltando Pipas.	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1934	Flautista	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1934	Índia e Mulata	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1934	O Mestiço;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1934	Colhedores de Café;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1934	O Lavrador	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1935	Futebol;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)

Fonte: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10686/candido-portinari

E assim a década de 1940 começaria positivamente para Candido Portinari, com destaque para o pintor obter homenagens, prêmios e títulos significativos para sua carreira, sendo um em 1940, em Chicago quando a Universidade de Chicago anuncia o primeiro livro sobre o artista, denominado de "Portinari: His Life and Art", com introdução do artista e lustrador Rockwell Kent (1882-1971). Já em 1946, em Paris capital francesa, recebe a Legião de Honra, concedida pelo governo da França. Sobre os trabalhos executados no conjunto moderno da Pampulha (Figura 04), o site 360 Cities (2020, on line) descreve que:

> Igreja São Francisco de Assis, conhecida como Igrejinha da Pampulha, em referência ao bairro onde está localizada, foi construída de 1943 a 1944, mas só foi aberta ao público em abril de 1959, devido a divergências entre clérigos sobre a pintura de São Francisco de Assis produzida por Candido Portinari. O projeto arquitetônico da igreja e de Oscar Niemeyer. Aqui dei ênfase ao lado onde se encontram os painéis de Portinari, objeto da polemica.
>
> A Igrejinha compõe o projeto de Niemeyer para a Pampulha, executado a pedido do então prefeito de Belo Horizonte, Juscelino Kubitschek. E considerada a obra-prima do conjunto Arquitetônico da Pampulha. As linhas curvas da igreja seduziram artistas e arquitetos, mas escandalizaram o acanhado ambiente cultural da cidade, de tal forma que as autoridades eclesiásticas não permitiram, por muitos anos, a consagração da capela devido a sua forma inusitada, bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como ao painel de PORTINARI, onde, junto a Sao Francisco de Assis, se vê um cachorro representando um lobo e ainda a forma irrealista com que retratou São Francisco, com mãos desproporcionais. A igreja permaneceu durante catorze anos proibida ao culto. Aos olhos do arcebispo Dom Antônio dos Santos Cabral a igrejinha era apenas um galpão. Apesar dos problemas com o passar dos anos, a obra de Niemeyer, inaugurada em 1944, mantem o requinte dos afrescos, azulejos e quadros, todos pintados por Candido Portinari (1903-1962).

Figura 04 - Igreja São Francisco de Assis, ou Igrejinha da Pampulha,

Fonte: https://vidacigana.com/conjunto-arquitetonico-pampulha/

Candido Portinari (Quadro II) tem uma importância grandiosa para a arte mundial. Críticos atestam que nenhum artista pintou mais o Brasil do que Portinari. Suas pinturas se aproximam do cubismo, dos pintores muralistas mexicanos, do renascimento italiano e surrealismo. Foi um dos mais importantes representantes do Neo-Realismo, tendo influenciado numerosos artistas deste movimento (Figuras 05). Segundo definição de Pinto Júnior (2007, on line):

> Na igreja de São Francisco de Assis, a azulejaria na fachada parece reforçar a idéia da poética barroca da persuasão. Para Argan, o princípio da arte como persuasão de relaciona com o programa religioso da igreja católica, e este programa não pode deixar de também se relacionar, talvez mais que todos, com a arquitetura. O entendimento do gênero da retórica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

característica dos artistas barrocos destacado por Argan, sublinha este ponto de vista:

> O gênero que encontra sua expressão na arte do século XVII é o demonstrativo que considera o presente como ponto de encontro entre a experiência do passado e a perspectiva do futuro. Configura-se uma nova concepção de tempo: o homem vive no presente, mas suas decisões implicam uma reflexão sobre o passado e uma previsão do futuro (18).

> O emprego dos azulejos se constituíram assim num elemento de persuasão no nível da imagem do conjunto, que em arquitetura significa a mudança de um sistema formal fechado em um sistema formal aberto, equivalendo no plano do discurso à passagem do enunciado à anunciação. Reside neste fato a presença da azulejaria na Igreja de São Francisco na Pampulha atingir proporções mais ambiciosas que as do Palácio Capanema.

> Ao lado da retórica fundada na tríade retórica-prova-persuasão, a edificação se estrutura numa poética que não é técnica de ação mas sim técnica de criação e que corresponde à tríade *poiésis-mimésis-catharsis*. A fachada da igreja pertence aos dois domínios, exercendo não só uma ação retórica, como desempenhando também um papel na criação poética.

Figura 05 (Esquerda) - A descoberta da terra, 1941. Pintura mural de Portinari no edifício da Biblioteca do Congresso, Washington, DC. Figura 05 (Direita) – Os Retirantes, pintado por Portinari em 1944.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte da Figura 05 (Esquerda): https://www.catalogodasartes.com.br/obra/DeBetPAD/

Fonte da Figura 05 (Direita): https://www.todamateria.com.br/obras-de-portinari/

Quadro II – Relação de alguns dos trabalhos desenvolvidos por Portinari nas décadas de 1940

Ano	Título da obra	Propriedade
1935	Café;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1940	Grupos de Meninas Brincando;	Sem dados
1940	Última Ceia;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1941	A descoberta da Terra	Biblioteca do Congresso, Washington, DC
1941	São Francisco de Assis;	Acervo de João Musa
1942	Chorinho	Sede da Rádio Tupi, Rio de Janeiro
1943	Lavadeiras;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1944	Criança Morta;	Acervo de João Musa
1944	Marriage on the farm	Sem dados
1944	Os Retirantes;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1944	O Batismo;	Sem dados
1945	Via Sacra (composta de 14 quadros);	Igreja São Francisco de Assis, Belo Horizonte
1947	Menino com Pião;	Sem dados
1947	Espantalho;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1947	O Sapateiro	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1948	A Primeira Missa no Brasil;	Sem dados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1948	Brodowski;	Sem dados
1949	Tiradentes;	Colégio Cataguases, Cataguases, MG

Fonte: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10686/candido-portinari

Candido Portinari foi ligado ao movimento político-partidário, até mesmo, candidatando-se a deputado federal no ano de 1945 pelo Partido Comunista Brasileiro (PCB) e a senador, em 1947, pleito em que seria vitorioso, mas perdeu. O autoexílio na Argentina e Uruguai foi causado pela perseguição do governo Eurico Gaspar Dutra (1946-1950) aos comunistas. Militante do PCB, fora do país, Portinari encontrou, em 1947, uma atmosfera política que abrigou sua arte representativa das massa. No ramo de desenhos literárias, Portinari, por meio da Sociedade dos Cem Bibliofilos do Brasil, concretizou esboços para as obras Memórias Póstumas de Brás Cubas em 1943 e O Alienista em 1948. Em 1952, uma anistia geral faz com que Candido Portinari regressasse ao Brasil. No mesmo ano, a 1° Bienal de São Paulo exibe obras de Portinari evidenciadas em uma recinto particular. Mas a década de 1950 seria caracterizada por múltiplos problemas de saúde. Em 1954, Candido Portinari intoxicou-se gravemente pelo chumbo14 componente das tintas que utilizava. Contravindo as orientações médicas, Portinari permanecia pintando e viajando com assiduidade para exposições nos Estados Unidos, Europa e Israel.

Em 1950 na capital da Polônia, Varsóvia é congratulado com a Medalha de Ouro, como melhor pintor do ano, concedida pelo International Fine Arts Council15. O ano de 1955 em Nova Iorque (Estados Unidos) trouxe a Medalha de Ouro, pelo painel Tiradentes pintado em 1949, concedida pelo júri do Prêmio Internacional da Paz. Entre suas obras mais bem-conceituadas e reconhecidas, sobressaem os murais Guerra e Paz (1953-1956), que foram doados em 1956 à sede da ONU de Nova Iorque. Na ocasião, as autoridades dos Estados Unidos não admitiram a partida de Candido Portinari para a inauguração dos painéis, devido às ligações do artista com

14 Clinicamente conhecida como Saturnismo, uma Intoxicação crónica pelo chumbo, que se caracteriza pelo aparecimento de anemia, cefaleias, dores abdominais, nefrite, paralisia flácida das extremidades e orla escura nas gengivas. Do latim *saturnus* «chumbo» e -ismo (fonte: https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/saturnismo).

15 A Federação Internacional de Conselhos de Artes e Agências de Cultura (IFACCA) é a rede global de conselhos de artes e ministérios da cultura, com instituições membros em mais de 70 países.

Nossa visão é um mundo em que as artes e a cultura prosperam e são reconhecidas por governos e povos por sua contribuição para a sociedade. Fonte: https://ifacca.org/en/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o PCB. Antes de seguirem aos EUA, o empresário e mecenas ítalo-brasileiro Francisco Antônio Paulo Matarazzo Sobrinho, mais popular como Ciccillo Matarazzo (1898-1977) arriscou trazer os painéis para São Paulo, terra natal de Portinari, para expô-las ao público. Contudo, foi impossível. Todavia, em fevereiro de 1956, os murais foram expostos no Theatro Municipal do Rio de Janeiro, com a presença do pintor. Em 1956, novamente em Nova Iorque recebe o Prêmio Guggenheim de Pintura, por ocasião da inauguração dos painéis Guerra e Paz na sede da ONU de Nova York (Quadro III e Figura 06).

Quadro III – Relação de alguns dos trabalhos desenvolvidos por Portinari nas décadas de 1950/1960

Obra	Data	Propriedade
1950	Cangaceiro	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1951	A Sagrada Família;	Igreja Matriz de Batatais - SP
1952	Fuga para o Egito;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1952	Martírio de São Sebastião;	Igreja Matriz de Batatais - SP
1953	Menino com Carneiro;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1954	Cena Rural;	Sem dados
1955	Cana-de-açúcar	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1957	Auto-retrato	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1957	Menino com Pássaro	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1957	Jesus e os Apóstolos;	Sem dados
1959	Com Haverst	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1961	Dom Quixote	Acervo de João Cândido Portinari (filho)
1961	Denise com Carneiro branco;	Acervo de João Cândido Portinari (filho)

Fonte: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10686/candido-portinari

Figura 06 - Painéis Guerra e Paz na sede da ONU de Nova York

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://blogconexaocult.wordpress.com/2011/10/20/guerra-e-paz-de-portinari-serao-expostos-em-sp/

No início de 1962, a prefeitura de Barcelona convocada Portinari para uma ampla exposição com 200 telas. No dia 06 de fevereiro do mesmo ano, Candido Portinari falece em decorrência da intoxicação pelas tintas utilizadas nas telas. Está sepultado no Cemitério de São João Batista, no bairro de Botafogo, no Rio de Janeiro. Do Brasil para o mundo suas obras porém permanecem na memória e imaginário da nação, com telas e obras (Quadro III), em especial, as do Conjunto Moderno da Pampulha. Pinto Júnior (2017, on line) descreve que:

> O painel de azulejos da fachada da Igreja ancorado que está na produção do passado colonial e no imaginário luso-brasileiro, sublinha o conceito de ambiência espacial modernista brasileiro. Um conceito que vai além da decoração ou da presença meramente decorativa de elementos puramente formais e deve ser entendido como produto das formas plásticas que estimulam os sentidos que, integrados pela percepção se constituem numa espécie de atmosfera que envolve e condiciona a atividade dos usuários destes espaços, conforme o entendido por Graeff . Entendida desta forma, a retórica barroca parece servir para interpretar a adoção da azulejaria nos moldes como na Pampulha. A imagem cumpre as pretensões de afirmar e persuadir o usuário à legitimidade do discurso modernismo brasileiro, ao resgatar elementos visuais coloniais e apresentá-los numa forma estritamente modernista. Com as técnicas do dizer, a retórica proporcionada pelo painel persuade, demonstra e legitima o referencial teórico norteador do modernismo. Modernista na forma e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> barroco na intenção. São Francisco não se detém na casuística da forma e função; intui para além deste paralelismo uma unidade de ato e de potência. Paradoxal, a modernidade expressa na Igreja da Pampulha não é a tradução de um conceito numa imagem, mas antes a prevalência da imagem sobre o conceito.
>
> O edifício instaura-se numa monumentalidade enquanto produto de sua inserção no tecido urbano e neste sentido está numa zona organizada em função de seus valores formais. Monumentalidade por excelência, ao que se refere Argan (20), resultando numa complexa relação entre duas exigências fundamentais: uma plena representatividade simbólica e uma funcionalidade que é ainda definitivamente, representativa, porque o ritual espetacular, com a sua cena, seu referente imagético, não é somente um meio, mas a substância mesma da representação.

E em novembro de 2010, após 53 anos, o obra Guerra e Paz volta ao Brasil, onde ficara exposta, em dezembro do mesmo ano, no Teatro Municipal do Rio. ainda no Rio de Janeiro em 2012, o pintor se torna Tema Enredo da Escola Mocidade Independente de Padre Miguel com o título "Por ti, Portinari, rompendo a tela, a realidade". Em 2012, os painéis da ONU são exibidos no Memorial da América Latina, em São Paulo. As telas Meninos e piões e Favela são parte do acervo permanente da Fundação Maria Luísa e Oscar Americano, no Morumbi, também em São Paulo. A vida e obra do pintor está retratada na cédula de 5000 Cruzados, que circulou no Brasil entre os anos de 1986 e 1989 (Figura 07). Foi um reconhecimento do governo brasileiro ao seu honroso nome e memória, quando da pacata Brodowski se projeto ao mundo.

Figura 07 - Portinari e suas obras representados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://educacao.uol.com.br/album/2014/03/12/confira-30-personalidades-que-foram-retratadas-nas-notas-de-dinheiro-do-brasil.htm?mode=list

ÁREA ECOLÓGICA PROPOSTA PARA A HOMENAGEM CULTURAL

Mesclando elementos de geografia e história, em termos de população, Belo Horizonte é a 6ª cidade brasileira, com índices de urbanização bastante aguçados. Restam mobilizações em prol da conservação dos últimos remanescentes florestais. As taxas de permeabilidade do solo também decrescem aumentando os níveis de enchentes. No contexto atual da capital mineira, ampliam-se a fragmentação de ecossistemas, em lugares como a bucólica Pampulha, Patrimônio Cultural da Humanidade (Figura 08). Em cenários de espaços ecológicos ameaçados por empreendimentos urbanos, destaca-se o bairro Trevo. Questões ecológicas cada vez mais sérias, levarão ao comprometimento de toda a bacia.-Sobre esta áreas, o Núcleo OBA Pampulha (2018, on line) pontua que:

> O Núcleo OBA! Pampulha recebeu este nome devido às iniciais das quatro microbacias com as quais trabalham: Olhos D'água, Braúnas, AABB e Água Funda. Estas são vizinhas e todas deságuam na Lagoa da Pampulha. A abrangência do Núcleo conta com a presença de importantes áreas verdes públicas

como a Fundação Zoobotânica de Belo Horizonte e o Parque Municipal Enseada das Garças, além de uma área, também pública, consideravelmente extensa, conhecida como Área Verde do Trevo. Contrastando com esta realidade há nas microbacias vários pontos de disposição inadequada de lixo, aterramento e drenagem de nascentes, ocupação desordenada, desmatamento, lançamento clandestino de esgotos; o que contribui para a má condição ambiental da região.

Figura 08 - Bustos de Burle Marx, JK, Niemeyer, Portinari na praça às margens da Lagoa

Fonte: https://www.otempo.com.br/cidades/esculturas-de-jk-niemeyer-portinari-e-burle-marx-enfeitam-a-pampulha-1.1411540

A poucos metros da Lagoa de Niemeyer, este é um dos muitos pontos de conflito socioambiental da região administrativa da Pampulha. Cercado por mosaicos verdejantes, e bem afastado dos prédios que diferenciam a paisagem da região central. É o que a princípio, pode ser afirmar sobre o bairro Trevo, localizado na região do Parque Urbano Metropolitano da Pampulha Norte, concebido em 1975 com área original de 191 hectares. Subdivisão de um terreno rural, o bairro se formou na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

localidade inicialmente denominada Loteamento Imaculada Conceição16, na década de 1970, também designado como Pio XII. E providências legais foram tomadas com a efetivação do decreto municipal nº 3.654, de 11 de janeiro de 1980, que aprovou os loteamentos que passariam a integrar oficialmente o bairro do Trevo, inclusive com o acerto das divisas com o bairro das Garças.

> O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto na Lei Municipal nº 1212, de 1º de dezembro de 1965 e, ainda, o que determinam os artigos 14 e 23 do Decreto Municipal nº 2337, de 27 de fevereiro de 1973, o Parágrafo Único, do artigo 12 do mesmo Decreto Municipal, e Considerando também o parecer emitido pela Comissão Especial instituída pela Portaria nº 1934, de 23 de abril de 1973, decreta:
>
> Art. 1º Fica aprovado, como complemento do Bairro do Trevo, parte do loteamento denominado Bairro Imaculada Conceição, de acordo com a planta apresentada no processo de nº 76.176, protocolado em 03.10.77, em nome de Edson Fernandes Gonçalves e outros.
>
> Art. 2º Fica aprovado, como complemento do Bairro do Trevo, o loteamento denominado Confisco, Terra do Feijão, Bento Pires, de acordo com a planta apresentada no processo de nº 106.535 protocolado em 21.12.78, em nome de Organização Edésio Carneiro Ltda..
>
> Art. 3º Fica aprovado, como complemento do Bairro do Trevo, parte do loteamento denominado Chácaras das Braúnas, de acordo com a planta apresentada no processo nº 42.672 protocolado em 25.06.76, em nome de Hélio Pereira Leite e outros.
>
> Art. 4º Os quarteirões 2 a 17 do Bairro Imaculada Conceição passam a constituir, respectivamente, os quarteirões 22, 23, 4-A, 24 a 36 do Bairro do Trevo.

16 Imaculada Conceição após oficialização da Prefeitura daria origem a cinco bairros: Braúnas, Nova Pampulha, Pio XII, Trevo e Xangrilá.

Art. 5º O quarteirão 1 do Bairro Imaculada Conceição e os quarteirões 41, 42 e 43 do Confisco, Terra do Feijão, Bento Pires, conservam no Bairro do Trevo a mesma numeração.

Art. 6º As partes dos quarteirões 6 e 7 das Chácaras das Braúnas passam a complementar, respectivamente, os quarteirões 42 e 41 do Bairro do Trevo.

Art. 7º As partes dos quarteirões 9 e 10 das Chácaras das Braúnas passam a complementar, respectivamente, os quarteirões 36 e 27 do Bairro do Trevo.

(...)

Art. 13 - O lote 1 do quarteirão 4 do Bairro Imaculada Conceição passa a constituir o lote 33 do quarteirão 4-A do Bairro do Trevo.

Art. 14 - Os lotes 1 a 4 do quarteirão 6 das Chácaras das Braúnas passam a constituir, respectivamente, os lotes 25 a 28 do quarteirão 42 do Bairro do Trevo.

Art. 15 - Os lotes 1 a 14 do quarteirão 7 das Chácaras das Braúnas passam a constituir, respectivamente, os lotes 20 a 33 do quarteirão 41 do Bairro do Trevo.

Art. 16 - Os lotes 1 a 24 do quarteirão 9 das Chácaras das Braúnas passam a constituir, respectivamente, os lotes 38 a 61 do quarteirão 36 do Bairro do Trevo.

Art. 17 - Os lotes 1 a 5 do quarteirão 10 das Chácaras das Braúnas passam a constituir, respectivamente, os lotes 13 a 17 do quarteirão 27 do Bairro do Trevo.

Art. 18 - As plantas aprovadas por este Decreto, com as modificações constantes dos artigos 4º, 6º, 7º, 13, 14, 15, 16 e 17, compõem-se dos seguintes quarteirões e lotes do Bairro do Trevo:

(...)

Art. 23 - O custo de complementação de obras de infra-estrutura, caso venham a ser executadas pela prefeitura, será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

integralmente cobrado dos proprietários, na forma da legislação vigente.

Art. 24 - A taxa de exame e verificação de planta será cobrada dos proprietários, na forma do disposto no parágrafo único, do art. 12, do Decreto Municipal nº 2337, de 27 de fevereiro de 1973.

Art. 25 - A presente aprovação não importa em reconhecimento de domínio do terreno, nem poderá ser alegada pata sua comprovação.

Art. 26 - Revogadas as disposições em contrário, este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 1980

Maurício de Freitas Teixeira Campos, Prefeito de Belo Horizonte

Ismaília de Moura Nunes, Vice-presidente do Conselho Municipal de Planejamento do Desenvolvimento

Figura 09 – Fragmentação da vegetação em meio à urbanização e verticalização do Bairro Trevo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://mg.olx.com.br/belo-horizonte-e-regiao/imoveis/apartamento-2-quartos-bairro-trevo-belo-horizonte-ultimas-unidades-no-recanto-da-lag-644910830

O decreto nº 6.879, de 18 de junho de 1991 alegou para fins de desapropriação, como utilidade pública, imóveis localizados no Bairro Pio XII, propostos num projeto que permitiria à Municipalidade a implantação do Conjunto Habitacional Comunidade de São Francisco. Desde os primeiros loteamentos em glebas rurais do Paracatu e Terra do Feijão, a região foi destinada às grandes propriedades, com áreas e lotes medindo entre 1 mil e 2 mil metros quadrados. A partir dos anos de 1990, gradativamente casas e prédios foram sendo construídas em chácaras e sítios, fragmentando os remanescentes de áreas naturais (Figura 10). Assim, como marco regulatório, promulgou-se a lei municipal nº 9.037 de 14 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

janeiro de 200517, regulamentada pelo decreto nº 12.015/200518 e revogada pela lei nº 11.181/201919. Este aparato legal, por sua vez, institui um programa com esboço de um plano de ação de desenvolvimento e recuperação ambiental da bacia da Pampulha denominado de PROPAM, regulamentando as ADEs20 da região da Pampulha, da bacia da Lagoa da Pampulha e do Bairro Trevo, em conformidade com as leis municipais 7.165/199621 e 7.166/199622.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I - DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL DA BACIA DA PAMPULHA - PROPAM - EM BELO HORIZONTE

17 Art. 3º O PROPAM abrange as seguintes ações relativas à recuperação da represa: I - o desassoreamento da represa por meio de dragagem dos sedimentos, visando à recuperação do espelho d`água, a manutenção da capacidade de amortecimento nos picos de cheias e a proteção contra enchentes nas áreas situadas à jusante da barragem; II - a recuperação ambiental das ilhas e da enseada do Zoológico, por meio de implantação de parques ecológicos para a proteção e para o desenvolvimento da flora e da fauna locais; III - a revitalização da orla da represa por meio da recuperação de áreas verdes, da preservação do patrimônio histórico-arquitetônico, da requalificação do espaço público e da redefinição do uso do solo, para reforçar o turismo e o lazer na região; IV - a melhoria da qualidade das águas da represa e dos cursos d`água afluentes, por meio de medidas adequadas em relação aos lançamentos de efluentes líqüidos, à disposição de resíduos sólidos e ao combate às erosões, viabilizando as atividades de pesca e de recreação de contato primário.

18 Ementa: Regulamenta a Lei nº 9.037, de 14 de janeiro de 2005, que "Institui o plano de ação - Programa de Recuperação e Desenvolvimento Ambiental da Bacia da Pampulha - PROPAM - em Belo Horizonte, e regulamenta as ADEs da Bacia da Pampulha, da Pampulha e Trevo, em conformidade com as Leis nºs 7.165/96 e 7.166/96 ".

19 Ementa: Autoriza doação ao Estado de Minas Gerais de lotes situados no Bairro São Luiz.

20 Em Belo Horizonte, as ADE - Áreas de Diretrizes Especiais são manchas sobrepostas ao zoneamento que, em decorrência de suas características, exigem a implementação de políticas e diretrizes urbanísticas especificas, permanentes ou não, podendo demandar parâmetros urbanísticos, fiscais e de funcionamento de atividades econômicas diferenciados. (Art. 75, da Lei 7.166/96) Os parâmetros urbanísticos definidos para as Áreas de Diretrizes Especiais - ADEs – sobrepõem-se aos do zoneamento e sobre eles preponderam. (Art. 75, da Lei 7.166/96)

21 Ementa: Institui o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte.

22 Ementa: Estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano do Município.

Capítulo I - DOS OBJETIVOS

Art. 1º O Programa de Recuperação e Desenvolvimento Ambiental da Bacia da Pampulha - PROPAM - tem como objetivos:

I - proceder à recuperação e ao desenvolvimento ambiental da Bacia da Pampulha por meio de: a) desenvolvimento de ações relativas à melhoria do saneamento ambiental; b) garantia da qualidade das águas conforme legislação específica; c) recuperação da represa da Pampulha, das ilhas, das enseadas e revitalização da orla; d) melhoria das condições viárias; e) educação ambiental da população, de modo a propiciar a mudança de comportamento em relação à proteção e à preservação dos recursos naturais; f) gestão ambiental conjunta com o Município de Contagem, por meio da Associação Civil Comunitária de Recuperação da Bacia Hidrográfica da Pampulha/Consórcio de Recuperação da Bacia da Pampulha, autorizado pela Lei nº 7.932, de 30 de dezembro de 199923;

II - promover o desenvolvimento urbano e econômico da Bacia da Pampulha por meio de: a) requalificação urbana das áreas integrantes da Bacia, de modo a propiciar a realização de potenciais econômicos, ampliar a oferta e as condições de apropriação de espaços públicos e acentuar a atratividade da Pampulha como espaço de lazer, cultura e turismo de âmbito metropolitano; b) definição de parâmetros de ocupação e uso do solo adequados à recuperação ambiental e ao desenvolvimento urbano e econômico da referida Bacia.

Figura 10 – Fragmentação da vegetação em meio à urbanização e verticalização do Bairro Trevo

23 Ementa: Autoriza o Executivo a associar o Município a outras entidades, visando à criação de associação civil comunitária e dá outras providências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: http://m.deltalarimoveis.com.br/imovel/apartamento/belo-horizonte/trevo/DE3098

Um retorno no tempo e no espaço, em 1994, o índice de ocupação ainda era irrelevante, com mudança de cenários intensificada a partir dos anos 2010. A paisagem era originalmente permeada por inúmeras macaúbas sendo declarada pela lei 7.166/199 como ADE de Interesse Ambiental. E transcorridos quase três décadas, é hoje, no Bairro Trevo, que se encontra o que "sobrou" num parque urbano criado pela lei municipal n°. 10.441, de 28 de março de 2012, com uma pequena área de 23.300m². O espaço foi parcialmente implantado por meio de Orçamento Participativo e ultimamente, em termos de equipamentos urbanos, tem apenas um campo de futebol e uma quadra. Áreas verdes adjacentes ao mesmo recebem novos empreendimentos imobiliários como o Condomínio Vida Nova - Conquista Pampulha (Figura 11). O Parque Municipal do Bairro Trevo está localizado na macrobacia hidrográfica do Ribeirão da Onça colaborando com a salvaguarda de nascentes e córregos que vazam para a Lagoa da Pampulha e posteriormente desembocam no Rio das Velhas e São Francisco. A Lei Municipal n°. 10.441, de 28/03/2012 descreve que:

> O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica criado o Parque Municipal do Bairro Trevo no lote 01, quadra 20, com área de 23.300m² (vinte e três mil e trezentos metros quadrados), constante no Cadastro de Planta

- CP - 243-002M, definida como área verde, de propriedade da Prefeitura de Belo Horizonte.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 28 de março de 2012.

Márcio Araújo de Lacerda, Prefeito de Belo Horizonte

(Originária do Projeto de Lei nº 1.804/11, de autoria do Vereador Tarcísio Caixeta)

Figura 11 – Parcelamento de solo nas proximidades do parque urbano

Fonte: https://direcional.com.br/minas-gerais/empreendimentos/conquista-pampulha/

Essa área verde municipal (Figura 12) também é de extrema importante, pois guarda um fragmento original do bioma cerrado, cada vez menos presente na de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Belo Horizonte. Aberto todos os dias, o Parque Municipal do Bairro Trevo, antigo Parque Urbano Metropolitano da Pampulha Norte foi criado com uma área localizada na Rua Comendador Barbosa Melo, defronte ao número 62. São protegidas parte das nascentes da bacia do Córrego Olhos D'água que segue canalizado pela Avenida Francisco Negrão de Lima, até desaguar na lagoa. Sobre esta unidade de conservação entre a Ocupação Dandara e o Bairro Trevo. Uma ampliação do parque foi vetada de acordo com detalhes da CMBH (2019, on line) que afirma:

> Lixo, entulhos e outros descartes urbanos somam-se à paisagem de quase 24 mil m² de área verde que compõem o Parque Municipal do Bairro Trevo, na região da Pampulha. O cenário tem preocupado a população local, que aponta o descaso da Prefeitura e se mobiliza, há cerca de dois anos, pela incorporação de área contígua ao parque e por recursos para a preservação da região. Considerado inconstitucional pela Prefeitura, o projeto de lei que estabeleceria a ampliação do parque foi vetado pelo prefeito e teve o ato mantido pelo Plenário da Câmara de BH, na tarde desta segunda-feira (4/2). Foi mantido também o veto do Executivo ao projeto de lei que determinava o cadastro oficial de bebês nascidos com Síndrome de Down**.**
>
> **(...)**
>
> "É muito triste (a manutenção do veto). Precisamos lutar por mais recursos e pelo fortalecimento das políticas públicas de proteção ambiental, não negar iniciativas populares de preservação", pontuou Bella Gonçalves (PSOL), declarando voto pela derrubada do veto. A vereadora denunciou ainda o interesse imobiliário na região, que pode acabar por "concretar toda aquela área verde".
>
> Líder de governo na Casa, o vereador Léo Burguês de Castro (PSL) reconheceu a importância e o mérito do projeto, mas afirmou que a medida não poderia ser definida por iniciativa parlamentar, devendo ser um ato do prefeito por determinação constitucional. Ainda, o governo aponta que o texto não apresenta estimativa de impacto orçamentário-financeiro nem a origem dos recursos para a ampliação e manutenção do parque, contrariando a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Figura 12 - Parque Urbano do Bairro Trevo

Fonte:

https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-do-bairro-trevo

Lamentavelmente, o veto, faz com que o antigo Parque Metropolitano da Pampulha Norte é parcialmente resgatado pelo Parque Municipal do Bairro Trevo, resguardando em pequeníssima parcela, uma enorme área verde, e disponibilizando ao público do entorno, uma tímida infraestrutura esportiva. O equipamento urbano é de suma importância ecológica e cultural para a Ocupação Dandara (Figura 13) e está limitado em termos de opções de entretenimento e lazer. Reapresentar PL de ampliação do parque é lutar por outra ampla área verde, de aproximadamente 28 mil m², que é componente de reivindicação das comunidades adjacentes. Legitimando a obrigatoriedade do Poder Público de aferir a proteção ambiental, Edmar Branco (Avante) apresentou argumentos legais para o PL 481/18, de sua autoria. O vereador destacou que a área contígua abriga diversas nascentes, vasta vegetação remanescente do cerrado em transição para Mata Atlântica e bons indicadores de fauna e flora.

PROJETO DE LEI N° 481 /2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Altera a Lei n° 10.441/12, que "Cria o Parque Municipal do Bairro Trevo".

A Câmara Municipal de Belo Horizonte decreta:

Art. 1° - Fica acrescentado ao art. 1° da Lei n° 10.441, de 28 de março de 2012, o seguinte parágrafo único:

"Art. 1° - [...]

Parágrafo único - Integram ainda o referido parque:

I - a área verde do quarteirão 20 do CP 243004K, de cerca de 28.000m^2 (vinte e oito mil metros quadrados), de propriedade da Prefeitura;

II - a via projetada Rua Hermelindo Paixão, código 114411, do CP 243004K, localizada entre a via projetada Rua Comendador Barbosa Melo e a Rua Carlos Lacerda;

III - o trecho da Rua Comendador Barbosa Melo, código 114380, compreendido entre a via projetada Rua Hermelindo Paixão e o ponto de alinhamento dos lotes 16/17 do quarteirão 38 do CP 243004K.

Art. 2° - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2017.

Figura 13 – Ocupação Dandara, localizada entre Nova Pampulha, Pio XII e Trevo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: http://invasaodandara.blogspot.com/2011/03/sem-teto-negociam-lotes-em-acampamento_13.html

O grande lançamento de entulhos e lixo colocaria em risco, tanto a área verde do parque, como o espaço limítrofe pleiteado como ampliação de sua área. Por erro técnico, a demarcação do parque público foi indicada em 2012, e não considera os sistemas ecológicos nas partes limítrofes que necessitam ser resguardados. Por isso, a luta popular pela ampliação, partir da anexação das áreas verdes do entorno ao mesmo (Figura 14). A urbanização ameaça a conexão ecológica entre a Ocupação Dandara e os bairros Pio XII e Trevo, parcelando o remanescente natural. Os moradores sugerem que a área lindeira seja legalmente agrupada ao parque, garantindo assim a preservação de nascentes, uma grande biodiversidade local e aumentando o seu potencial para além do campo de futebol e da quadra multiuso.

> Requeremos a ampliação da área verde do Parque Municipal do Bairro Trevo,
>
> levando em consideração a grande relevância ambiental existente na área pública verde em anexo: biodiversidade, represa, diversas nascentes com cursos d'água, os remanescentes vegetais do cerrado e a altíssima qualidade da fauna e da flora.
>
> Quanto à flora existente no local, podemos citar a presença de embaúba, arbórea, bananeiras, taboas, jaborandi, leucena, lírio do brejo, arranha gato, capim colonião, cruz-de-malta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pindaíba do brejo e samambaia, dentre outras espécies, sem deixar de citar a transição do bioma cerrado para campos de cerrado. A fauna também tem grande significância, com presença de várias espécies de pássaros, corujas, garças, coelhos selvagens, gambás, serpentes, dentre outras espécies.

Salientamos que apesar da área verde em questão se encontrar impactada pelo lançamento de lixo, entulho e demais resíduos, a mesma tem grande importância, tanto para o lazer da comunidade, quanto para utilização de equipamentos públicos, como por exemplo: escolas públicas da região que utilizam o espaço para ministrarem aulas sobre educação ambiental e lazer dos alunos, contribuindo dessa maneira para a formação de cidadania desses futuros cidadãos.

Informamos que a área verde que se encontra na proposta de ampliação do Parque Municipal Trevo está localizada no lote 01 da quadra 20, do CP 243004 K, com cerca de 28.000 m2 e quadra 38, lotes 01 e 02, na confluência das Ruas Carlos Lacerda, Geraldo Parreiras e Comendador Barbosa Melo, no Bairro Trevo/Pampulha, onde também existe a necessidade de desafetação parcial da rua Comendador Barbosa Melo e total da Hermelindo Paixão, pois as mesmas se encontram, em sua extensão, impactando diretamente sobre os ecossistemas existentes na área verde em questão, sendo que a mesma deve ser protegida conforme a lei 12.651/2012 (novo código florestal).

Figura 14 - Área Verde do Parque Municipal do Bairro Trevo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: Google Earth (2020)

No entanto, mesmo sendo de interesse comum, inerente à manutenção da qualidade de vida é lamentável o veto ao PL, que põe em risco os cursos d'água. O espaço do entorno tem aproximadamente um perímetro de 23.000 m^2 e é área de grande importância em termos de recarga hídrica, com presença de nascentes que alimentam a lagoa da Pampulha, Patrimônio Mundial da Humanidade. Deparar com perspectivas insustentáveis é ir na contramão do viés societário. As instituições escolares das adjacências usam a riqueza pedagógica deste espaço ecológico, com vegetação nativa de cerrado, com fauna e flora correlacionadas, para promover aulas de educação socioambiental (Figura 15).

Figura 15 - Área Verde do Parque Municipal do Bairro Trevo

Fonte: Google Earth (2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As comunidades do entorno, em eventos e mutirões com participação das unidades escolares locais, plantaram mais de 200 espécies de árvores frutíferas e nativas, enriquecendo ainda mais o ecossistema da área. Pela manutenção da exuberância ecológica e cultural da lagoa e conjuntos naturais e humanos associados, ambientalistas, militam pela ampliação do parque do bairro Trevo, resguardando os espaços socioambientais, ampliando as áreas municipais de lazer e aumentando a melhoria da qualidade de vida das atuais e próximas gerações. Por fim, baseando-se na lei municipal nº 10.798, de 23 de janeiro de 2015, propõe-se ampliar e dar nova denominação ao equipamento cultural e ecológico:

> Dá o nome de Pintor Cândido Portinari ao parque ecológico situado no Bairro Trevo.
>
> O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica denominado Pintor Cândido Portinari, o parque municipal situado no Bairro Trevo.
>
> Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2021, Prefeito de Belo Horizonte

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para contemplar a beleza natural da Pampulha, os frequentadores da orla da lagoa receberam um espaço original com esculturas em altura real de Cândido Portinari, Burle Marx, Juscelino Kubitschek e Oscar Niemeyer. O Mirante Bandeirantes, localizado em frente à Casa JK foi reinaugurado com as celebres estatuas. Nesta localidade, a intenção é a de que a orla da Pampulha tenha mais lugares como esse, para sentar, conversar e, especialmente, apreciar esse patrimônio tão extraordinário para a cidade, o estado, o país e o mundo. Além do ponto de observação, o mirante recebeu novos bancos, iluminação e sanitários, os outros quatro espaços da orla também passarão por reforma.

O acervo arquitetônico da Pampulha que são conjuntamente considerados como patrimônio cultural da humanidade. Com esta condição, a Pampulha, se consolida como recorte espacial de ecologia e cultural. Assim ampliar as áreas de proteção da biodiversidade na orla e em toda a bacia hidrográfica da represa é uma tarefa para ontem. Um dos requisitos para manutenção do título internacional pela UNESCO é a despoluição e o desassoreamento da Lagoa. Parque já existentes

precisam ser ampliados, novos parques precisam ser criados e mais reservas particulares incentivada. Como a orla se urbanizou muitos entre os anos 2000 e 2010, a biodiversidade certamente diminuiu com a remoção da vegetação nativa, e destruição de nascentes.

Só para se ter uma ideia, na década de 1960, estudantes orientados por pesquisadores da UFMG encontraram na lagoa, uma espécie de rã rara na América do Sul, sendo posteriormente contatado que a espécies extinguiu devido à urbanização. Pampulha é o cartão postal da luta pela natureza e pela história. Dada sua importância ecológica e cultural, é precioso avançar em homenagens da coletividade mineira aos legados deixados pelos empreendedores do conjunto moderno. Que eles sejam novamente homenageados, e que seu nomes sejam transpostos para logradouros públicos com intuito de eternizar suas histórias de vida e a grandiosidade de seus trabalhos. Pelo Parque Pintor Cândido Portinari, a luta continua.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL. /**Pampulha pode ganhar novo parque com nascentes d'água** Disponível em <http://www.abes-mg.org.br/visualizacao-de-clipping/ler/2727/pampulha-pode-ganhar-novo-parque-com-nascentes-d-agua> acesso em 14. Jul. 2020

BAIRROS DE BELO HORIZONTE. **Bairros da Região da Pampulha.** Disponível em <http://bairrosdebelohorizonte.webnode.com.br/bairros%20da%20regi%C3%A3o%20da%20pampulha-/> acesso em 14. Jul. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE – CMBH. **Vetado projeto de lei que ampliaria o Parque Municipal do Bairro Trevo**. Disponível em <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2019/02/vetado-projeto-de-lei-que-ampliaria-o-parque-municipal-do-bairro-trevo> acesso em 14. Jul. 2020

CULTURA GENIAL. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://www.culturagenial.com/candido-portinari-vida-e-obra/> acesso em 14. Jul. 2020

DIRECIONAL CONSTRUTORA. **Empreendimento Imobiliário Conquista Pampulha (Bairro Trevo).** Disponível em <https://direcional.com.br/minas-gerais/empreendimentos/conquista-pampulha/https://direcional.com.br/minas-gerais/empreendimentos/conquista-pampulha/> acesso em 14. Jul. 2020

ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL**. Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10686/candido-portinari> acesso em 14. Jul. 2020

ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL**. Obras de Cândido Portinari**. Disponível em <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10686/candido-portinari/obras> acesso em 14. Jul. 2020

ESCRITÓRIO DE ARTE. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://www.escritoriodearte.com/artista/candido-portinari> acesso em 14. Jul. 2020

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/biografias/candido_portinari> acesso em 14. Jul. 2020

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Igreja da Pampulha (São Francisco de Assis).** Disponível em <https://www.mg.gov.br/conteudo/conheca-minas/turismo/igreja-da-pampulha-sao-francisco-de-assis > acesso em 14. Jul. 2020

GUIA DAS ARTES. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://www.guiadasartes.com.br/candido-portinari/quem-e> acesso em 14. Jul. 2020

MUSEU CASA DE PORTINARI. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://www.museucasadeportinari.org.br/candido-portinari/vida/> acesso em 14. Jul. 2020

OLIVEIRA, Thais. **Mirante Bandeirantes, na Orla da Lagoa da Pampulha, é reinaugurado.** In: Jornal Hoje em Dia. Disponível em <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/mirante-bandeirantes-na-orla-da-lagoa-da-pampulha-%C3%A9-reinaugurado-1.433937> acesso em 14. Jul. 2020

PADILHA, Luís. **Igrejinha da Pampulha - Painéis de Portinari - Igreja São Francisco de Assis – Brasil.** Disponível em <https://www.360cities.net/pt/image/igrejinha-da-pampulha-paineis-de-portinari-igreja-sao-francisco-de-assis-brazil> acesso em 14. Jul. 2020

PIMENTEL, Thais. **Nova espécie de rã é encontrada graças a canto registrado há 50 anos na Lagoa da Pampulha, em BH.** Disponível em <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/12/17/nova-especie-de-ra-e-

encontrada-gracas-a-canto-registrado-ha-50-anos-na-lagoa-da-pampulha-em-bh.ghtml>> acesso em 14. Jul. 2020

PINTO JUNIOR, Rafael Alves. **Os azulejos de Portinari como elementos visuais da arquitetura modernista no Brasil.** In Revista Arquitextos. Ano 08, Ago. 2007 Disponível em <https://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/08.087/226> acesso em 14. Jul. 2020

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Plano Metropolitano de Parques Urbanos**. Belo Horizonte, PLAMBEL. 1975

PORTINARI, João Cândido. **CRIAÇÃO / PROJETO CULTURAL: Projeto Portinari** In: Estudos Avançados vol.14 no.38 São Paulo Jan./Apr. 2000. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100021> acesso em 14. Jul. 2020

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE: **Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica: Parque Municipal do Bairro Trevo**. Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-do-bairro-trevo> acesso em 14. Jul. 2020

PROJETO PORTINNARI. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <http://www.portinari.org.br/> acesso em 14. Jul. 2020

SITE EBIOGRAFIA. **Biografia de Cândido Portinari**. Disponível em <https://www.ebiografia.com/candido_portinari/> acesso em 14. Jul. 2020

SITE LEIS MUNICIPAIS. **Institui o plano de ação - Programa de Recuperação e Desenvolvimento Ambiental da Bacia da Pampulha - PROPAM - em Belo Horizonte, e regulamenta as ADEs da bacia da Pampulha, da Pampulha e Trevo, em conformidade com as leis nºs 7.165/96 e 7.166/96**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2005/903/9037/lei-ordinaria-n-9037-2005-institui-o-plano-de-acao-programa-de-recuperacao-e-desenvolvimento-ambiental-da-bacia-da-pampulha-propam-em-belo-horizonte-e-regulamenta-as-ades-da-bacia-da-pampulha-da-pampulha-e-trevo-em-conformidade-com-as-leis-n-s-7165-96-e-7-166-96> acesso em 14. Jul. 2020

SITE OVIOUS. **As influências nas pinturas de Cândido Portinari.** Disponível em <http://obviousmag.org/pintores-brasileiros/candido_portinari/as-influencias-nas-pinturas-de-candido-portinari.html#ixzz6SHhu7qJY> acesso em 14. Jul. 2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Núcleo Microbacias Pampulha - OBA: Olhos D'água, Braúnas, AABB e Água Funda**. Disponível em <https://manuelzao.ufmg.br/projeto/nucleo-oba-pampulha/> acesso em 14. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA

IGOR DANIEL LIMA DE SOUZA: Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós graduado em Direito Sindical pela Escola Superior da Advocacia (ESA-SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Oficial da Marinha do Brasil - Assessor Jurídico Adjunto.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo aprofundar a compreensão sobre a responsabilidade civil do médico, apresentando aspectos sociais, psicológicos e jurídicos, diante da multidisciplinaridade do tema. Para tanto, o trabalho aborda as profundas mudanças sociais ocasionadas pela sociedade contemporânea, de que forma tais mudanças agravaram os danos médicos, a diferenciação da obrigação de meio e resultado, as características processuais quanto ao ônus da prova, a configuração da culpa médica e o caso peculiar da cirurgia plástica.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A obrigação de meio e de resultado; 3. A responsabilidade civil do médico; 4. A inversão do ônus da prova; 5. A culpa médica; 6. O dano médico; 7. A cirurgia plástica; 8. Conclusão 9. Referências.

1.Introdução

As doenças e as dores são inerentes à vida humana. Assim, o homem tratou, desde os primórdios, de verificar os meios adequados para curar ambos os males.

Em Roma, na Lex Aquilia verificam-se os primeiros preceitos de responsabilidade médica, a qual previu a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.

Desta forma, há mais de 1.500 já se admitia a responsabilidade civil do médico, principalmente, aquela que decorria da imperícia do médico.

No Egito, aos médicos era atribuída elevada posição social, motivo pelo qual eram associados, muitas vezes, com a figura dos sacerdotes. Havia um livro que tratava de todas as regras de observância obrigatória dos médicos. Obedecendo à risca este livro, livravam-se de toda e qualquer punição. Caso contrário, eram punidos com a morte, independente da natureza da doença do paciente[1].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, com a massificação da sociedade no século XX, o atendimento individualizado do médico passou a ser exclusivo de uma minoria elitizada. Houve o surgimento de grandes grupos econômicos que administram diversos hospitais, de modo que o atendimento médico perdeu seu caráter de pessoalidade.

As expectativas do paciente também aumentaram. E o doente confunde facilmente o direito à saúde com o direito à cura; se esta não ocorre, logo suspeita de um erro médico[2].

Desta forma, o presente artigo busca analisar a diferenciação da obrigação de meio e resultado, as características processuais quanto ao ônus da prova, a configuração da culpa médica e, por fim, verificar em qual classificação a cirurgia plástica está situada.

2. A obrigação de meio e a obrigação de resultado.

As questões relacionadas à responsabilidade civil do médico – e dos profissionais liberais em geral – fundou-se em torno da tradicional distinção, elaborada a partir de uma decisão jurisprudencial da Cour de Cassation francesa, entre obrigações de meios e de resultado.

André Tunc afirma, ao mencionar a origem da distinção, que ela foi:

> "admitida pela primeira vez pela Corte de Cassação, na famosa decisão de 20.05.1936 relativa à responsabilidade médica, [e] parece atualmente ter tomado assento definitivo na jurisprudência de nossa Corte Suprema"[3].

Isto porque, o médico – e este parece ser o melhor exemplo – não se obriga, a rigor, à cura do doente, ainda que assim se possa vulgarmente pensar. Compete-lhe, apenas, aplicar a técnica que a medicina lhe põe à disposição, zelando pelo tratamento que deverá ser aplicado ao doente. Se tudo, porém, for em vão, o médico poderá ser responsável pelo falecimento do paciente, inclusive criminalmente, mas não se presume seja ele culpado somente pela não obtenção do fim a que o contrato se dirigia. Não se pense, contudo, em razão das circunstâncias apontadas, que o fim não integre o processo das obrigações de meio[4].

A obrigação de meio consiste quando a prestação exige do devedor apenas o emprego de determinado meio, sendo que, nesse caso, a obrigação é um esforço pessoal, desvinculado do resultado que a prestação pretende atingir.

São os casos das especialidades médicas que tem por escopo a cura direta do paciente, como no caso da cardiologia, cirurgia geral, geriatria, medicina intensiva, dentre outras, em que o médico se vincula a uma obrigação de meio.

Já na obrigação de resultado, a imputação da responsabilidade depende do resultado determinado contratualmente, já que:

> "o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido a sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as consequências. (...) Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade".[5]

Há diversas especialidades médicas, em que a finalidade não é a cura direta do paciente, mas, de fato, apenas meio auxiliar para alcançar tal feito, como no caso do médico radiologista ou anestesista.

3.A responsabilidade Civil do Médico

De acordo com o Código Civil, o indivíduo que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, sendo que o autor de tal ato fica obrigado a reparar o dano causado.

Nesse sentido, extrai-se que para a caracterização da responsabilidade civil há a necessidade da presença de quatro elementos essenciais: uma conduta comissiva ou omissiva, a culpa ou dolo do agente, o dano à vítima e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano

A responsabilidade civil do médico (bem como, de forma geral, de todos os profissionais liberais) é subjetiva, ou seja, exige-se a prova da intenção de causar danos ou da conduta humana negligente, imprudente ou imperita para o surgimento do dever de reparar.

O Código Civil de 1916 era expresso nesse sentido, prevendo dispositivo específico sobre a atividade do médico, que determinava:

> "Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa, o que é notório da própria atividade desempenhada pelo médico.

Afirma Miguel Kfouri Neto[6]:

> "A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber. [...] é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que estar-se-ia fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir automóvel por uma rua".

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[7]:

> "[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas".

A responsabilidade civil contratual pode ser escrita ou verbal, que, via de regra, caso seja descumprida, incorre nas disposições previstas no art. 389 do Código Civil, passível de indenização, conforme artigos 927 e 951, ambos do Código Civil de 2002:

> "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho."

Ademais, o Conselho Federal de Medicina prevê a responsabilidade civil de seus profissionais, nos seguintes termos:

> "Capítulo III – É vedado ao médico – Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.
>
> Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida".

A questão sobre todos esses aspectos da responsabilidade do médico tem sido alterada, na ordem jurídica interna, tão somente pela aplicação do CDC aos danos decorrentes do exercício indevido da medicina.

A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias, muito embora a única menção aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine apenas a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma civilista, da disciplina jurídica dessas atividades:

Assim, o §4º do artigo 14 submete o intérprete à sistemática da responsabilidade subjetiva do Código Civil, a exigir, portanto, a verificação da culpa.

Zelmo Denari comentando tais preceitos afirma que:

> "os médicos e os advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia"[8].

4.A inversão do ônus da prova

O professor Luís O. Andorno[9] aduz sobre a denominada teoria das "cargas probatórias dinâmicas", de acordo com a qual, em determinadas circunstâncias, dá-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se uma transferência da carga probatória ao profissional médico, em razão de encontrar-se ele em melhores condições de cumprir tal missão.

No procedimento cirúrgico que tem por escopo um obrigação de resultado, não se verifica uma responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que significa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la, de modo a excluir-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.

Neste sentido, foi feliz o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do artigo 14 ao excluir de seu regime de responsabilidade objetiva os profissionais liberais.

Além disso, tem-se reconhecido que o Código de Defesa do Consumidor fundamenta a relação médico-paciente para outras situações, no caso já mencionado em que pode o juiz inverter o ônus probatório em favor do paciente-consumidor, nos termos do art. 6º, VIII do CDC.

A caracterização do paciente como consumidor fundamenta automaticamente a justificativa da inversão do *onus probandi*, sem maiores debates quanto ao vínculo concretamente estabelecido entre as partes.

Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza[10] criticam essa inversão do ônus da prova da seguinte forma:

> "Ora, não obstante a própria Lei Consumerista preveja que nem sempre o consumidor é hipossuficiente, o que temos visto, de forma rotineira, em inúmeras demandas judiciais, é exatamente se considerar, de forma automática, o paciente como hipossuficiente em relação ao esculápio ou ao estabelecimento de saúde, pelo simples fato de ser ele, em relação àqueles, a parte que, obviamente, não detém os mesmos conhecimentos técnicos do prestador do serviço médico, olvidando-se a interação existente entre o comportamento do paciente e do médico".

Nessa linha de pensamento, são passíveis de alegação e comprovação pelo médico as tradicionais causas excludentes da responsabilidade, quais sejam, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Isto porque, há casos em que o médico, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado.

Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da cirurgia, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade.

Vejamos a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 6º, VII, DO CDC. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. A comprovação da tempestividade do agravo em recurso especial em decorrência de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem pode ser feita posteriormente, em agravo regimental, desde que por meio de documento idôneo capaz de evidenciar a prorrogação do prazo do recurso cujo conhecimento pelo STJ é pretendido.
>
> 2. Nas obrigações de resultado, cumpre ao médico demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
>
> 3. **Apesar de não prevista expressamente no CDC, a excludente de caso fortuito possui força liberatória e exime a responsabilidade do cirurgião plástico.**
>
> 4. Afastar as conclusões do Tribunal de origem acerca da ocorrência da excludente de responsabilidade do cirurgião plástico demandaria o necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ.
>
> 5. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 764.697/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a imputação de uma responsabilidade objetiva a advogados e médicos significaria inviabilizar o exercício destas profissões, na medida em que só são chamadas a intervir em situações de risco e duvidosas.

5.A culpa médica

Como visto acima, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, alicerçada na culpa stricto sensu (imperícia, negligência ou imprudência).

O conceito clássico de culpa expressa um desvio de um padrão ideal de conduta, baseado na boa fé. Para Paolo Forchielli, "a culpa representa sempre um desvio de uma certa regra"[11].

A culpa na responsabilidade civil do médico costuma ser externalizada na figura do denominado erro médico. Trata-se de acepção bastante extensa do termo "erro", aqui compreendido como:

> "uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão de um profissional"[12].

A prova da culpabilidade em casos de erro médico é objeto de grande debate nos tribunais brasileiros. O magistrado deve ser astuto ao examinar a prova dos autos. Os laudos periciais, por vezes, são dotados de um censurável espírito de corpo.

A arguição do paciente, que consiste no primeiro ato da análise diagnostica, é o momento mais importante da relação que será desenvolvida entre o médico e o paciente, de acordo com Costales[13].

Pelo diagnostico, identifica-se a doença que acomete o paciente, pois dele decorre o tratamento que será dispensado naquele caso.

A responsabilidade civil médica pelo erro de diagnostico revela-se muito complexa, já que estamos diante de um campo eminentemente técnico. Por isso, o erro de diagnostico, a rigor, é escusável, desde que não seja grosseiro.

Nesse sentido, por exemplo, José Carlos Maldonado de Carvalho[14] afirma a "necessidade de se proceder à separação entre o 'mau resultado' e o 'erro médico'.

Afirma Marcelo Benacchio[15]:

> "as consequências danosas oriundas do próprio tratamento preconizado pela ciência médica, apesar da causalidade com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atuação do médico, não podem ser compreendidas como erro médico em virtude de serem decorrências das vicissitudes do próprio corpo humano e dos limites da ciência que persegue seu tratamento [...]"

Nesse sentido, vale citar a ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. NASCIMENTO PREMATURO DE BEBÊ. ACOMPANHAMENTO PEDIÁTRICO. FALTA DE INFORMAÇÕES. CEGUEIRA IRREVERSÍVEL. LAUDO PERICIAL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E DA MÉDICA. MANTIDA. DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA. NÃO CONFIGURADA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Ação ajuizada em 03/09/03. Recurso especial interposto em 08/12/16 e concluso ao gabinete em 24/08/18.

2. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em face de hospital e médica pediatra, devido à negligência na exposição do recém nascido prematuro a excessivas cargas de oxigênio sem proteção aos olhos e falta de informações corretas para seu tratamento.

3. **O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar danos morais e indenizar danos materiais.**

4. **A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.**

5. No particular, o acórdão recorrido pontuou que o bebê recebeu alta após vinte e oito dias do nascimento, havia tempo hábil para uma avaliação com oftalmologista e neurologista que, caso tivesse sido feita, poderia ter mudado o destino da criança, que fez o exame somente com sete meses de vida, quando a cegueira já era irreversível.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 6. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado flagrante exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificas na hipótese concreta.
>
> 7. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários advocatícios recursais.
>
> (REsp 1771881/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

A negligência verifica-se na inercia, passividade. É um ato omissivo.

Como exemplo, é negligente o médico que permanece deitado em sala do hospital, sem contato com paciente, em estado grave, que veio a falecer ou nos casos quando a cirurgia é feita no lado errado do corpo do paciente.

Em 2006, uma pesquisa realizada em hospitais americanos apontou que dos casos em que houve morte ou lesões graves, 13,1% foram decorrentes de cirurgias realizadas em local errado do corpo. Dessa forma, é obrigatório que o cirurgião assinale no corpo do paciente o local da cirurgia.[16]

Na imprudência, verificamos um ato comissivo. O médico age de forma não justificada, de forma precipitada, sem cautela. É o caso do cirurgião que não aguarda o anestesista para iniciar a cirurgia.

Por sua vez, a imperícia é a ausência de observância da técnica.

O prof. Savatier[17] aponta na jurisprudência um exemplo de imperícia, no qual o médico adota um meio de tratamento em desuso na ciência médica. Em 1973, o Tribunal Frances Correcional de Mans condenou um médico ginecologista a indenizar civilmente seu erro, decorrente de utilização de método ultrapassado, que não correspondia as condutas de melhores práticas.

Nas palavras de Basileu Garcia:

> "consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo: a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres"[18]. Após, exemplifica como imprudente renomado cirurgia que, por vaidade, emprega procedimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cirúrgico inovador, sem comprovada eficiência. Negligente seria o mesmo cirurgião se não demandasse assepsia perfeita.

6.O dano médico

Dano, de acordo com De Cupis, é todo prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem[19].

Já Ataz Lopez[20] dispõe que não é suficiente para a existência da responsabilidade civil, que uma ação ou omissão sejam culposas, é imprescindível, que a imprudência, negligência ou imperícia tenham causado dano a outrem. O dano mostra-se, portanto, elemento integrante da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele.

Os danos causados por médicos podem ser físicos, materiais ou morais.

Os danos materiais decorrem do dano físico, a saber: lucros cessantes, despesas hospitalares, contratação de enfermeiros, dentre outros. Já em relação ao dano moral, incluem a violação de um direito da personalidade do paciente, como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal.

Embora não seja necessário existir a angústia, sofrimento a fim de que seja reparado o dano moral, no campo da responsabilidade civil por erro médico tais fatos são mais robustos, já que há uma notória insatisfação pessoal do paciente.

Por sua vez, o dano estético é a lesão à beleza física do paciente. Embora o conceito de "belo" seja relativo, para a existência do dano estético deve-se considerar a alteração sofrida pelo que era antes.

A professora Teresa Ancona Lopes afirma que:

> "em matéria prejuízo estético, como prejuízo moral, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nestes casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuam sua dor"[21].

Na Itália, construiu-se a doutrina do dano biológico. Há casos em que o lesado não trabalha, portanto, não há uma consequência direta do dano com o patrimônio do ofendido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na concepção tradicional, não haveria indenização por dano material, salvo compensação por dano estético e moral, contudo, pondera-se que a vida humana por si só tem um valor econômico.

Independentemente da atividade do paciente, é passível de indenização a perda de expectativa da pessoa para toda a vida, a diminuição, ainda que, genérica da capacidade de trabalho.

O dano biológico é um dano novo, autônomo em relação ao dano moral.

7.A cirurgia plástica

Inicialmente, nessa especialidade, cabe diferenciar duas espécies diversas: a cirurgia estética propriamente dita e a cirurgia estética reparadora. Na primeira, busca-se reparar imperfeições da natureza, enquanto a segunda tem por finalidade corrigir verdadeiras enfermidades.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem mencionado a existência da cirurgia mista, vale dizer, estética e reparadora, atribuindo à parte estética à obrigação de resulto e à parte reparadora regimento de obrigação de meio.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a cirurgia puramente embelezadora é obrigação de resultado:

> "a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva " (cf. REsp 1.104.665/RS, Relator em. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 9/6/2009).

Isto porque, a obrigação do médico na cirurgia plástica estética é de resultado, pois o contratado deve alcançar um resultado específico, que é a própria obrigação.

Sob essa perspectiva, conquanto a obrigação seja de resultado, não se verifica uma responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, devendo o profissional elidi-la, de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.

Não é outro o teor do art. 14, § 4º, do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Quanto à cirurgia estética de natureza mista, o STJ teve a oportunidade de recentemente apreciar situação análoga, quando do julgamento do REsp 1.097.955/MG, da relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 3/10/2011, acórdão que está assim ementado:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.
>
> 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.
>
> 2. **Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.**
>
> 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.
>
> 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.
>
> 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011) (grifos nossos).

Sobre a cirurgia meramente reparadora, o prof.º Jerônimo Romanello Neto[22] aduz que:

> "na cirurgia plástica reparadora, ou seja, aquela que tem uma finalidade terapêutica, entendemos ser de meio e não de resultado, a obrigação do profissional, respondendo este, todavia, pelos danos morais e patrimoniais causados em razão de imprudência, negligência ou imperícia".

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte julgado:

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **CIRURGIA ESTÉTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DE MEIO.** SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de matéria fática da lide, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
>
> 2. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> (AgInt no AREsp 1095904/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 05/04/2018)

Para se eximir do dever de indenizar, o cirurgião deve demonstrar qualquer causa excludente de sua responsabilidade, como, por exemplo, o surgimento de fatores corporais imprevisíveis e inesperados, o que levaria ao rompimento do nexo causal.

No REsp 1.180.815/MG, DJe de 26/8/2010, da relatoria da Min. NANCY ANDRIGHI, a eg. Terceira Turma pronunciou-se sobre o tema, nestes termos:

> "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO Documento: 23423432 - RELATÓRIO E VOTO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.
>
> 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.
>
> 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
>
> 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.
>
> 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em 'termo de consentimento informado', de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.
>
> RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (REsp 1.180.815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRATURMA, julgado em 19/8/2010, DJe de 26/8/2010).

Na doutrina[23]:

> "Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente de responsabilidade."

8.Conclusão

A título de conclusão deve-se salientar que esta questão da responsabilidade civil do médico, deve ser atentamente estudada não só pelos profissionais ligados à defesa do consumidor, como ao próprio fornecedor do serviço médico.

Percebe-se que é grande a falta de informação entre os profissionais da área médica no sentido de ignorar a possibilidade de compensação pecuniária decorrente de sua atuação profissional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O cerne da questão está na forma como a comunicação é estabelecida entre paciente e profissional médico, bem como as formas de adaptação entre a linguagem técnica do domínio médico com a necessidade de informações do paciente.

A responsabilidade civil tem finalidade preventiva de modo a evitar o dano, a partir de uma conduta ética que deve balizar a relação entre médico/paciente.

A relação médico-paciente deve ser pautada pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada.

Tais mecanismos são fundamentais para analisar se estamos diante de uma obrigação de meio ou de resultado, uma vez que em decorrência de tal resposta teremos consequências diversas no que tange a produção de provas em eventual ação judicial.

Conclui-se, portanto, que até mesmo nas cirurgias plásticas existe a possibilidade de estarmos diante de uma obrigação de meio, o que demonstra a complexidade da matéria estudada.

9. Bibliografia

ANDORNO, Luís O. La responsabilidade civil médica. Ajuris 59, Porto Alegre, 1993.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In Rosa Maria de Andrade NERY; Rogério DONNINI (Coord.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. La responsabilité médicale. Paris: Presses Universitaires, 1974.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Responsabilidade civil médica e hospitalar. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COLUCCI, Cláudia. Checagem antes de cirurgia diminui em 47% a mortalidade. Folha de São Paulo, Saúde, C5, 23 fev. 2009.

COSTALES, J. Fernandez. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid: Edilex, 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE CUPIS, Adriano. Il danno, Milano: Giuffrè, 1954.

DENARI, Zelmo et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FORCHIELLI, Paolo. Responsabilità civile. Padova: Cedam, 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: volume 3: responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 02. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1984

GIOSTRI, Hildegard Taggasell. Erro médico à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. Ed. Revista dos tribunais, 1990.

LÓPEZ, Joaquin Ataz. Los médicos y la responsabilidade civil. Madrid: Montecorvo, 1985.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. O dano estético. São Paulo: Ed. RT, 1980.

MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PANASCO, Vanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ROMANELLO NETO, Jeronimo. A responsabilidade civil dos médicos. ed. Jurídica Brasileira, 1998.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français. Tome II, Paris: LGDJ, 1951.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

TUNC, André. distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. Revista dos Tribunais, vol. 778. São Paulo: RT, ago/2000.

NOTAS:

[1] PANASCO, Vanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 36.

[2] CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. La responsabilité médicale. Paris: Presses Universitaires, 1974, p. 2.

[3] TUNC, André. distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. Revista dos Tribunais, vol. 778. São Paulo: RT, ago/2000, p. 755

[4] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, p.73.

[5] MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. O dano estético. São Paulo: Ed. RT, 1980.

[6] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. Ed. Revista dos tribunais. P.39-40.

[7] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 3: responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

[8] DENARI, Zelmo et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991 p. 95

[9] ANDORNO, Luís O. La responsabilidade civil médica. Ajuris 59;233.

[10] COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. Responsabilidade civil médica e hospitalar. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60

[11] FORCHIELLI, Paolo. Responsabilità civile, p. 74.

[12] GIOSTRI, Hildegard Taggasell. Erro médico à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 125.

[13] COSTALES, J. Fernandez. Responsabilidad civil médica y hospitalaria, p. 115 e ss.

[14] MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56.

[15] BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In Rosa Maria de Andrade NERY; Rogério DONNINI (Coord.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 336

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[16] COLUCCI, Cláudia. Checagem antes de cirurgia diminui em 47% a mortalidade. Folha de São Paulo, Saúde, C5, 23 fev. 2009.

[17] SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile em droit français. 2. Ed. Paris: Librairie Genérale, 1951.

[18] GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, p. 259.

[19] DE CUPIS, Adriano. Il danno, Milano: Giuffrè. p. 5-6.

[20] LÓPEZ, Joaquin Ataz. Los médicos y la responsabilidade civil. Madrid: Montecorvo, 1985. p. 167 e ss.

[21] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. O dano estético, p. 115-116.

[22] ROMANELLO NETO, Jeronimo. A responsabilidade civil dos médicos. ed. Jurídica Brasileira, 1998, pág. 134

[23] STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 162

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PAPEL INSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS E A EVENTUAL POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO MILITAR

IGOR VEIGA CARVALHO PINTO TEIXEIRA:
Advogado em Juiz de Fora. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

Com o advento da atual crise política e econômica, surgiram vários debates sobre o limite e o alcance dos Poderes Constitucionais, notadamente o Legislativo e Judiciário. Historicamente, o Poder sempre foi concentrado na figura de um governante representado por uma pessoa ou oligarquia que exerciam o poder absoluto, mesmo que com eventuais mecanismos de limitação de poder como costumes ou regras escritas.

Diante dos abusos e arbitrariedades praticadas pelo absolutismo, após diversos movimentos e revoltas, surgiram diversos mecanismos de limitação de poder como a carta magna, publicada pela primeira vez em 1215, limitando os poderes do rei João e sucessores ao trono inglês. A maioria dos constitucionalistas reconhecem o referido documento como o início do constitucionalismo nos moldes que temos atualmente, apesar de algumas experiências de limitação do poder vistas anteriormente como no Estado hebreu e a algumas cidades-estado gregas.

A teoria da tripartição de poderes escrita por Montesquieu, iluminista que auxiliou no arcabouço teórico da revolução francesa é grande influenciadora da divisão do poder realizada pela maioria das democracias ocidentais atualmente. Em apertada síntese, a teoria dispõe que o Poder que emana do povo é exercido através do Poder Legislativo, que inova a ordem jurídica, criando direitos e deveres, através de atos normativos, do Poder Executivo que organiza e presta os serviços públicos, aplicando as leis e a Constituição e o Poder Judiciário aplica a jurisdição aos casos concretos a ele submetidos, bem como realização o controle de validade da legislação em face da lei fundamental.

Feitas as considerações sobre o atual estágio do constitucionalismo contemporâneo, passamos a análise do tema proposto.

As forças armadas, que são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica são instituições nacionais e permanentes, originadas na hierarquia e disciplina, nos termos do Art. 142 da Constituição Federal[1].

> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...)

Portanto, as forças armadas detém papel importante na defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem por iniciativa de qualquer dos três poder tendo o dever de atuar para a defesa da soberania nacional em razão de ameaças externas ou internas, inclusive de um poder sobre o outro.

Após essa premissa, surgiu vozes no sentido de que as forças armadas seriam uma espécie de Poder Moderador para eventual conflito entre os três poderes. Com efeito, o Poder Moderador teve previsão no Brasil na constituição imperial de 1824 em que dava ao Imperador o poder soberano de se sobrepujar a decisão dos outros poderes, tornando o Executivo um "superpoder". O subterfúgio constitucional, na verdade era uma tentativa de mascarar o absolutismo que imperou no império do Brasil (1822 a 1889).

Em uma interpretação sistemática da Constituição brasileira, é notório a inexistência de previsão da possibilidade de intervenção militar em qualquer dos três poderes constitucionais ou órgãos públicos para garantir a teoria dos freios e contrapesos.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a possibilidade, sendo concedida medida liminar pelo ministro Luiz Fux, que reconheceu a importância das forças armadas, mas decidiu pela impossibilidade de exercício de poder moderador pelos órgãos militares no ordenamento jurídico pátrio.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal na ADI 6457 deferiu a medida liminar, através do ministro Luiz Fux[2]:

> MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.457 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. LUIZ FUX REQTE.(S) :PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA ADV.(A/S) :LUCAS DE CASTRO RIVAS INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA UNIÃO INTDO.(A/S) :CONGRESSO NACIONAL PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO. ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 97/1999, ARTIGOS 1º, CAPUT, E 15, CAPUT E §§ 1º, 2º e 3º. SEPARAÇÃO DE PODERES. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

Ex positis, observadas as premissas adotadas nesta decisão, (art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/1999), defiro parcialmente a medida liminar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, a fim de conferir interpretação conforme aos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999 e assentar que: (i) A missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) A chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República; (iii) A prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados –, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si; (iv) O emprego das Forças Armadas para a "garantia da lei e da ordem", embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de

> defesa e de estado sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública e da incolumidade das 26 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0533-0EF7-37A0-3AC6 e senha 8857-C691-8DBB-54A5 ADI 6457 MC / DF pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei.

Nota-se no voto do excelentíssimo Ministro que as Forças Armadas, assim como a Advocacia Geral da União pertencem a estrutura do Poder Executivo, mas são órgãos de Estado e não de governo, ou seja, existem de forma permanente para realizar as suas missões constitucionais, independentemente de quem seja o chefe do Poder Executivo.

Sendo assim, apesar do posicionamento minoritário em sentido contrário, prevalece amplamente na doutrina brasileira que a Constituição da República Federativa de 1988 não permite a intervenção militar com fundamento no Art. 142, entendimento que provavelmente irá prevalecer na Corte Suprema.

NOTAS:

[1] Trecho retirado do site planauto.gov.br, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 07 de julho de 2020 Às 20:00.

[2] Trecho retirado do site stf.jus.br, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf aces so em 09 de julho de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS IMÓVEIS COMO CAUSA EXTINTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: POSSIBILIDADE DE SUA PREVISÃO POR LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS E ESTADUAIS ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001 E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANA MARIA FERNANDES DE FRANÇA ALVES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialização em curso no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

RESUMO: O presente artigo aborda a possibilidade de previsão por legislações municipais e estaduais da hipótese de dação em pagamento de bens imóveis como forma extintiva do crédito tributário anteriormente à edição da Lei Complementar nº 104/2001. O diploma legislativo federal em questão incluiu expressamente a hipótese no rol de causas extintivas do Código Tributário Nacional. Este trabalho visa, portanto, analisar se essa possibilidade já poderia ser veiculada por legislação local ou se passou a ser possível apenas após a sua inclusão no art. 156 do Código Tributário Nacional.

Palavras-chave: Crédito tributário. Extinção. Dação em pagamento de bens imóveis. Lei Complementar nº 104/2001.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Breves considerações sobre tributo e extinção do crédito tributário 3. Da possibilidade de previsão, por legislação estadual e municipal, de hipótese de extinção do crédito tributário por dação em pagamento de bens imóveis antes da modificação introduzida pela LC nº 104/2001 – análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 4. Conclusão.

1. Introdução

A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu no rol do art. 156 do CTN o inciso XI, passando a prever como uma das causas de extinção do crédito tributário a dação em pagamento em bens imóveis. Sobre essa nova previsão, indaga-se: A hipótese de dação em pagamento de bens imóveis como causa extintiva do crédito tributário altera a cláusula do art. 3º do CTN quanto à prestação tributária qualificar-se como estritamente pecuniária? São válidas as previsões de extinção do crédito tributário por dação em pagamento de bens imóveis em legislações municipais e estaduais antes da Lei Complementar nº. 104/01?

2. Breves considerações sobre tributo e extinção do crédito tributário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o art. 3º do CTN, o tributo, dentre outras características, é uma prestação pecuniária. O art. 156 do mesmo diploma, por sua vez, prevê as hipóteses de extinção do crédito tributário.

Após a modificação introduzida pela LC nº 104/2001, o inciso XI do art. 156 do CTN passou a prever como uma das causas de extinção do crédito tributário a dação em pagamento em bens imóveis. Para a melhor doutrina, não se pode tomar a referida autorização como uma derrogação da definição de tributo como prestação pecuniária.

De acordo com Paulo de Barros Carvalho, *não há porque confundir a regra-matriz de incidência tributária, que, no espaço sintático de consequente, traz elementos de uma relação jurídica cuja prestação consubstancia a entrega de certa soma em dinheiro, e a norma jurídica extintiva, que prevê, no seu antecedente, a hipótese de realização da dação de imóveis e, no consequente, enunciados que serão utilizados para, no cálculo lógico das relações normativas, fazer desaparecer o crédito tributário. Vê-se que a regra-matriz de incidência continua veiculando o dever de pagar em pecúnia, jamais mediante entrega de bens. A norma individual e concreta decorrente da regra-matriz também estipulará um valor pecuniário no interior da relação jurídico-tributária. Outra norma preverá a possibilidade de o contribuinte satisfazer a obrigação mediante a entrega de bem imóvel.****[1]***

De maneira mais simplista, também é possível apontar o fato de o próprio art. 3º prever que o tributo é prestação pecuniária em moeda, ou cujo valor nela possa se exprimir, sendo possível entender que outras utilidades que possam ser expressas em moeda (caso dos bens imóveis) a esta equivaleriam, não conflitando a previsão de dação em pagamento com o conceito de tributo previsto pelo CTN.

3. Da possibilidade de previsão, por legislação estadual e municipal, de hipótese de extinção do crédito tributário por dação em pagamento de bens imóveis antes da modificação introduzida pela LC nº 104/2001 – análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Com relação ao segundo questionamento, importante tecer alguns apontamentos. Em primeiro lugar, o CTN não previa, originariamente, a dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário no rol do seu art. 156. Por entenderem que o rol do mencionado artigo seria exaustivo e que, por se tratar de norma geral em direito tributário, só poderia ser modificado/acrescido por lei complementar federal (CF, art. 146, III), muitos autores defenderam a ideia de que leis estaduais e municipais não poderiam criar novas formas de extinção do crédito tributário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A mesma doutrina passou a entender que apenas após a inserção do inciso XI no art. 156 (*Extinguem o crédito tributário: (...) XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei*) leis estaduais e municipais poderiam regular a extinção de créditos tributários por dação em pagamento de bens **imóveis**. Desta forma, seriam inconstitucionais as leis que dispusessem sobre dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção de créditos tributários anteriores à publicação da LC 104/2001, por não estarem albergadas nas modalidades de extinção do crédito tributário até então chanceladas pelo CTN.

Parecendo adotar o entendimento acima esposado, o STF, no julgamento da ADI 1.917/DF, declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital n.º 1.624/1997, que criava hipótese nova de extinção do crédito tributário por dação em pagamento de bens **móveis** (materiais de construção).

Em aparente contradição e virada jurisprudencial (confirmando medida cautelar já deferida), recentemente, em 20.09.2019, o Supremo Tribunal Federal julgou definitivamente a ADI 2.405/RS e tratou, entre outras matérias, da possibilidade de criação de nova modalidade de extinção de crédito tributário por lei estadual. Nesse caso, a Corte estabeleceu expressamente a premissa de que o rol do art. 156 não é exaustivo. Um dos principais argumentos nesse sentido foi a adoção da teoria dos poderes implícitos. Recorta-se do voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes[2]:

> **O Código Tributário Nacional, no texto acrescentado pela Lei Complementar n. 104/2001, só prevê a dação de imóveis, o que não impede, a nosso ver, que outros bens (títulos públicos, por exemplo) sejam utilizados para esse fim, sempre, obviamente, na forma e condições que a lei estabelecer".**
>
> **(...)**
>
> **O rol do art. 156 não é exaustivo. Se a lei pode o mais (que vai até o perdão da dívida tributária) pode também o menos, que é regular outros modos de extinção do dever de pagar tributo.** A dação em pagamento, por exemplo, não figurava naquele rol até ser acrescentada pela Lei Complementar n. 104/2001; como essa lei só se refere à dação de imóveis, a dação de outros bens continua não listada, mas nem por isso se deve considerar banida. Outro exemplo, que nem sequer necessita de disciplina específica na legislação

> tributária, é a confusão, que extingue a obrigação se, na mesma pessoa, se confundem a qualidade de credor e a de devedor (CC/2002, art. 381). Há, ainda, a novação (CC/2002, art. 360)". (AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 416/417)
>
> (...)
>
> No mesmo sentido, cite-se trecho de artigo de autoria de MARCELO RODRIGUES MAZZEI, ALEXSANDRO FONSECA FERREIRA E ZAIDEN GERAIGE NETO, publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas (vol. 119, nov-dez/2014, Revista dos Tribunais, p. 165): "Como visto, é constitucional que os Estados, Distrito Federal e Municípios legislem sobre novas causas de extinção de seus créditos tributários. Isso porque o rol constante no art. 156 do CTN não é exaustivo, admitindo outras formas de extinção do crédito, como é o caso do instituto da confusão, onde ha coincidência entre a figura do credor e do devedor na mesma relação jurídica. Igualmente, dentro dos efeitos da teoria dos poderes implícitos, mostra-se incoerente a situação jurídica onde o ente federativo credor possa anistiar ou remitir o débito do devedor (*plus*) e não possa legislar sobre outra forma de pagamento do seu crédito (*minus*)."

O relator fez, ainda, um *distinguishing* com o julgamento da ADI 1.917, anteriormente mencionada, ressaltando que o ponto principal do julgamento de inconstitucionalidade naquela oportunidade foi a discussão sobre o desrespeito ao processo licitatório, e não propriamente a instituição de nova forma de extinção de crédito tributário, nas palavras do Ministro. Como bem já apontava André Mendes Moreira, analisando a jurisprudência do STF, *a dação em pagamento de bens móveis pode ser admitida como forma de extinção do crédito tributário desde que não fira o princípio da licitação na aquisição de materiais pelo Administração Pública, é dizer, que a nao seja direcionada a determinados segmentos da economia e que busque, efetivamente, atender o interesse público, sem casuísmos que poderiam privilegiar, por via oblíqua, potenciais fornecedores de materiais para a Administracao que estivessem em débito perante esta.**[3]***

4. Conclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em conclusão, e interpretando a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as previsões em legislações municipais e estaduais anteriores à Lei Complementar n.º 104 de extinção do crédito tributário por dação em pagamento de bens imóveis (ou mesmo móveis ou outras formas de extinção do crédito tributário, como se viu) não são inconstitucionais sob o prisma do artigo 146, III, da CF, podendo estar maculadas por outros vícios de constitucionalidade, como foi o caso da Lei n.º 1.624/1997 (dotada de ofensas aos princípios da Administração Pública).

5. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

_____, *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONRADO, Paulo César. *Compensação Tributária e Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOREIRA, André Mendes. *CAUSAS EXTINTIVAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A PSEUDO-TAXATIVIDADE DO ART. 156 DO CTN - X Congresso Nacional de Estudos Tributários*. Editora Noeses: São Paulo, 2013.

NOTAS:

---

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 558.

[2] Inteiro teor disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751044400

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[3] MOREIRA, André Mendes. *CAUSAS EXTINTIVAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A PSEUDO-TAXATIVIDADE DO ART. 156 DO CTN - X Congresso Nacional de Estudos Tributários*. Editora Noeses: São Paulo, 2013, p. 6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AUXÍLIO EMERGENCIAL: HOMEM CHEFE DE FAMÍLIA MONOPARENTAL TEM DIREITO À COTA DUPLA?

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA: Mestra em direitos humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Rede Laureate International Universities (UniRitter), Defensora Pública Federal desde 2009, atualmente lotada na Defensoria Pública da União em Salvador/BA.

Resumo: A Lei nº 13.982/2020 criou o benefício denominado auxílio emergencial com a finalidade de garantir uma renda mínima aos brasileiros em situação mais vulnerável durante a pandemia do Covid-19, já que muitas atividades econômicas foram gravemente afetadas pela crise. Referida norma prevê parâmetros objetivos para a concessão da benesse e estabeleceu a regra de pagamento de cota dupla em favor da mulher provedora de família monoparental, definida como "grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade". Nesse contexto, questiona-se sobre a possibilidade de o homem chefe de família monoparental ser igualmente beneficiário de duas cotas, ainda que a previsão normativa seja expressa no sentido de destiná-la somente às mulheres.

Palavras-chave: auxílio emergencial; covid-19; mulher; família monoparental.

Sumário: 1. Introdução – 2. Requisitos legais para concessão do auxílio emergencial e a previsão de cota dupla – 3. O homem chefe de família monoparental – 4. Considerações Finais – 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A doença causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) foi detectada em pacientes hospitalizados na cidade de Wuhan, China, em dezembro de 2019. "Em 30/01/2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a epidemia da COVID-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional" (OLIVEIRA, 2020). Epidemia, segundo o dicionário Aurélio, é a "ocorrência súbita, e em número elevado de pessoas, de doença, especialmente infecciosa" (FERREIRA, 2006).

Seguindo o parâmetro da OMS, o Brasil declarou emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo referido vírus, por meio da Portaria nº 188, de 03/02/2020[1]. Logo depois, foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

publicada a Lei nº 13.979, de 06/02/2020 estabelecendo medidas para o enfrentamento à doença, dentre elas, o isolamento e a quarentena (art. 2º, I e II).

No dia 11/03/2020, a OMS classificou a doença como pandemia[2]. Pandemia, por sua vez, é o conceito de uma "epidemia que ocorre em grandes proporções, até mesmo por todo o planeta" (FERREIRA, 2006). E, em 02/04/2020, foi publicada a Lei nº 13.982 que estabeleceu medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A Lei nº 13.982/2020 criou o chamado auxílio emergencial e fixou, em seu art. 2º, parâmetros objetivos para sua concessão. Em seu parágrafo § 3º estabeleceu a regra de recebimento de cota dupla em favor da mulher provedora de família monoparental, definida como "grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade" (Decreto nº 10.316/2020, art. 2º, V).

Nesse contexto, questiona-se sobre a possibilidade de o homem chefe de família monoparental ser igualmente beneficiário da cota dupla, ainda que a previsão normativa seja expressa no sentido de destiná-la às mulheres.

2. Requisitos legais para concessão do auxílio emergencial e a previsão de cota dupla

Segundo os dados do governo, o auxílio emergencial consiste em um benefício de R$ 600,00 (seiscentos reais) para garantir uma renda mínima aos brasileiros em situação mais vulnerável durante a pandemia do Covid-19, já que muitas atividades econômicas foram gravemente afetadas pela crise[3].

O art. 2º, da Lei 13.982/2020 destina o auxílio para: (i) o microempreendedor individual (MEI); (ii) o contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social e (iii) o trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo que atendam aos seguintes requisitos: (a) ser maior de 18 anos, salvo mães adolescentes; (b) não ter emprego formal ativo; (c) não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, nem beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado o Bolsa Família; (d) que integre família cuja renda mensal seja de até meio salário mínimo por pessoa ou cuja renda total não supere o valor de três salários mínimos e (e) que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tributáveis acima de R$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos).

O § 2º do art. 2º limita o recebimento do auxílio até o máximo de dois membros da mesma família e o § 3º prevê que a mulher provedora de família monoparental tem direito a duas cotas. O Decreto nº 10.316/2020, que regulamente a Lei do auxílio Emergencial, define essa última hipótese como o "grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade" (art. 2º, V). Nota-se, portanto, que, para ter direito à cota dupla, a mulher precisa ser a única provedora de família composta por pelo menos uma criança ou adolescente (art. 2º, da Lei nº 8.069/90).

A previsão normativa parece atentar para o cenário global de desigualdade de gênero que identifica as mulheres como destinatárias de ausência e violações dos direitos humanos, ao constatar que:

> a maior parte dos pobres do mundo são mulheres; a maior parte dos analfabetos são mulheres; a maior parte dos crimes sexuais são praticados contra mulheres; as mulheres e jovens são a maior parte da pessoas traficadas e exploradas sexualmente; quem mais sofre as consequências da falta de assistência e de cuidado na saúde sexual e reprodutiva são as mulheres e as adolescentes e, por fim, a maior parte dos refugiados e deslocados em situações de guerra e conflitos armados, externos e internos, são as mulheres e suas crianças (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2018).

Ainda na perspectiva dos direitos humanos, pode-se afirmar que a teoria de que tais direitos são universais, no sentido de que abarcam todo os seres humanos, na verdade, excluiu e oprime determinadas pessoas e grupos. Isso porque a ideia de ser humano como neutro e universal é, em verdade, a noção referenciada nos interesses e necessidades dos sujeitos dominantes, ou seja, que tem como referencial os homens, não deficientes, brancos, heterossexuais, de classe média. As pessoas que não se enquadram nesse padrão, passam a ser consideradas inferiores – as mulheres, por exemplo. Nesse viés, tanto a predominância masculina em âmbito público, como as relações de dominação na esfera privada são justificadas por questões biológicas e naturais: "os homens são naturalmente aptos a representar os interesses da família no espaço público e as mulheres são naturalmente aptas ao cuidado e à reprodução na esfera privada ou doméstica (PEREIRA, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A referência teórica é constatada na prática. Documento elaborado pela ONU no Brasil, em julho de 2018, menciona que a escassez de políticas públicas e a divisão sexual do trabalho impactam de forma negativa na renda das mulheres, reduz sua disponibilidade para ingressar no mercado de trabalho, além de favorecer a adesão à trabalhos informais e precários. O documento refere ainda que as tarefas domésticas e o cuidado de pessoas dependentes realizado de forma não-remunerada recai amplamente sobre as mulheres, que destinam 20,1 horas semanais, contra 11,1 horas semanais por parte dos homens[4].

Nesse contexto outro dado é relevante, conforme registros do Censo 2010, estima-se que cinco milhões de jovens sequer tem o nome do pai no documento de identidade[5].

A previsão normativa específica desse tipo de família monoparental cuja chefe é a mulher, ou seja, aquela formada por ela e, pelo menos, mais uma pessoa com menos de 18 anos de idade, e seu direito ao recebimento de cota dupla atende e privilegia a realidade de inúmeros lares brasileiros, em que as mulheres assumem a responsabilidade integral pelo cuidado da casa e dos filhos.

3. O homem chefe de família monoparental

Mas e se a família for monoparental masculina? Ou seja, formada apenas pelo homem, sem cônjuge ou companheiro(a), e com, pelo menos uma pessoa menor de 18 anos, há direito à cota dupla do auxílio emergencial? A legislação não prevê essa hipótese, cuja avaliação será feita a seguir.

O direito à duas cotas do auxílio emergencial, previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 13.982/2020 exige o preenchimento de três requisitos: (a) que a requerente seja mulher; (b) que essa mulher não tenha cônjuge ou companheiro; (c) que sua família tenha ao menos um integrante com idade inferior a 18 anos.

Da leitura do último requisito, pode-se inferir que a norma traz maior proteção à criança e ao adolescente, garantindo ao seu grupo familiar o recebimento não de uma, mas de duas cotas do benefício. Tal previsão está em consonância com a Constituição Federal, que estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A legislação protetiva no ordenamento jurídico brasileiro inclui ainda o Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990, que introduziu no país a Convenção sobre os direitos da criança, anteriormente ratificado pelo Brasil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90.

Foi o projeto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, apresentado no começo de 1978, pelo governo polonês, à Comissão de Direitos Humanos da ONU que forneceu as bases necessárias à formação da doutrina da proteção integral, que reconhece a infância e a adolescência como fases peculiares do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano e vê a criança e o adolescente como sujeitos especiais de direitos (AMARAL E SILVA, 1998).

O ECA, cuja publicação deu-se alguns meses antes do decreto nº 99.710, representa um marco na proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Configura-se em instrumento de tutela moderno, que reproduz as diretrizes traçadas internacionalmente, sendo voltado para a realização da justiça em tão relevante setor da sociedade (CHAVES; FORTUNATO COSTA, 2018).

O referido Estatuto, em complementação à previsão constitucional, exemplifica no que consiste a garantia de prioridade às crianças e aos adolescentes ao prever: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude" (art. 4º, parágrafo único).

Nesse sentido, se o objetivo da norma que criou o auxílio emergencial é privilegiar a criança e o adolescente, ao homem chefe de família monoparental deve ser igualmente assegurado o direito à cota dupla do referido auxílio, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

O alcance do princípio da igualdade não está simplesmente em nivelar os cidadãos perante uma norma legal posta, mas também em impedir que uma norma seja editada ou interpretada em desacordo com a isonomia. "A lei deve ser instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. " (MELLO, 1993).

Raciocínio semelhante foi o que motivou a edição da Lei nº 12.873, de 24/10/2013, promovendo alterações na Lei nº 8.213/91 para equiparar homem e mulher no direito ao salário-maternidade nos casos de adoção (art. 71-A). Além dele, o art. 71-B, da Lei 8.213/91 passou a assegurar que, na hipótese de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o

benefício será pago ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha qualidade de segurado, com exceção para o caso de falecimento do filho ou de seu abandono (AMADO, 2017). Ou seja, tanto na hipótese de adoção, quanto em situações de falecimento de um segurado, o direito ao benefício do salário-maternidade é assegurado de forma igualitária a homens e mulheres, pois prioriza a criança ou adolescente.

4. Considerações finais

A Lei nº 13.982/2020 que estabeleceu o auxílio emergencial consistente no pagamento de R$ 600,00 (seiscentos reais) em favor de brasileiras e brasileiros em situação de vulnerabilidade, causada pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19), fixou critérios objetivos para sua concessão e, além de limitar o recebimento da benesse para até duas pessoas da mesma família, garantiu à mulher chefe de família monoparental o direito à cota dupla.

Para receber duas cotas, a lei previu os seguintes requisitos: (a) que a requerente seja mulher; (b) que essa mulher não tenha cônjuge ou companheiro; (c) que sua família tenha ao menos um integrante com idade inferior a 18 anos.

Como a norma exige a presença de, pelo menos, uma pessoa menor de 18 anos para o recebimento da cota dupla, pode-se compreender que o objetivo da lei é privilegiar a criança e o adolescente e não apenas a mulher. De modo que, ao o homem chefe de família monoparental, deve ser assegurado o direito a duas cotas, sob pena de violar o princípio da igualdade, constitucionalmente previsto e que, na legislação em análise, deve assegurar igual tratamento a todas as crianças e adolescentes, independente do gênero de quem é seu responsável de forma monoparenal, pai ou mãe, homem ou mulher.

5. Referências Bibliográficas

AMADO, Frederido. **Direito previdenciário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Re**vista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina** – ESMESC, 1998.

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; NOGUEIRA, Conceição. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. **Saúde e sociedade**. São Paulo, v. 17, n. 3, p. 101-112, Set. 2008 . Disponível em: < https://doi.org/10.1590/S0104-12902008000300011>. Acesso em: 03 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CHAVES, Eduardo; FORTUNATO COSTA, Liana. Doutrina da Proteção Integral e o Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. **Avances en Psicología Latinoamericana**, Bogotá , v. 36, n. 3, p. 477-491, Dec. 2018 . Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-47242018000300477&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 ago. 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6. Ed. Curitiba: Positivo, 2006.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et al. Como o Brasil pode deter a COVID-19. **Epidemiologia e Serviços de Saúde** [online]. v. 29, n. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.5123/S1679-49742020000200023>. Acesso em 03 ago. 2020.

PEREIRA, Livia Barbosa. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Justiça**: novos contornos das necessidades humanas para a proteção social dos países signatários. 2013. 170 f. teses (Doutorado em Política Social) – Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13581/1/2013_L%C3%ADviaBarbosaPereira.pdf>. Acesso em 03 ago. 2020.

NOTAS:

[1] Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388.> Acesso em 03 ago. 2020.

[2] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/organizacao-mundial-da-saude-classifica-novo-coronavirus-como-pandemia/>. Acesso em 03 ago. 2020.

[3] Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial>. Acesso em 03 ago. 2020.

[4] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

[5] Situação que motivou o Programa Pai Presente pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pai-presente>. Acesso em 04 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A EVOLUÇÃO DE ALIMENTAR-SE ATÉ O SEU DIREITO ADQUIRIDO

ROSANA APARECIDA TEIXEIRA DRUMOND: graduação em Enfermagem pela Universidade Paulista (2011). Atualmente é enfermeira responsavel tecnica de uma UBS na Prefeitura Municipal de Hortolândia24.

CARLOS ALBERTO VIEIRA DE GOUVEIA

(orientador)

RESUMO: Desde o Direito Penal, passando pelos Direito do Consumidor, Direito Previdenciário, programas sociais, ente outros, há nítida preocupação e atenção à necessidade de conceder alimentos saudáveis a todo indivíduo. Assim, em cada área do Direito há Leis ou artigos de Lei especificas sobre o assunto, amparando, em cada caso, o direito de receber e o dever de conceder alimentos.

INTRODUÇÃO

Necessidade básica de todos os seres vivos, a alimentação se torna um direito a estes, porém, por falta de organização, orientação, planejamento, além de manifestações de atos ilícitos contra os próprios seres humanos, o objeto natural de se alimentar torna-se precário, insatisfatório e ate mesmo inexistente. Há ainda o problema de variações climáticas que afetam a produção de alimentos, aumentando os problemas em regiões de seca ou inundações.

Pela carência de uma alimentação saudável, há continuo crescimento de doenças. Segundo dados governamentais, o numero de obesos no país aumentou 67,8% entre 2006 e 2018. A obesidade foi maior entre adultos, na idade de 25 a 44 anos, sendo que, o excesso de peso é mais comum aos homens, mas, os índices entre as mulheres também indica crescimento nos últimos anos.

Em sentido oposto, a desnutrição é alarmante. Segundo a ONU (Organizações das Nações Unidas) no ano de 2018 821 milhões de pessoas passaram fome no

[24] Tem experiência na área de Enfermagem Clinice e Cirurgica, e experiencia com ênfase em Enfermagem em Saúde Coletiva, ministrante de palestra na area de educacao continuada , ministrei aulas eventuais para cursos tecnicos de enfermagem Atualmente graduanda de Nutricao pela USF - Universidade Sao Francisco Campus Cambui - Campinas - SP e concluinte do curso pos graduacao MBA em Direito Trabalhista e Tributario pela UCAM - Universidade Candido Mendes - Rio de Janeiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mundo. Os mais afetados pela desnutrição são bebes que nascem abaixo do peso e crianças ate 5 anos. Ásia e África possuem o maior numero de desnutridos. De cada 10 crianças subnutridas, 9 se localizam nos continentes Asiático e Africano.

Nos últimos anos, na America Latina, o numero de subnutridos vem crescendo, principalmente na Venezuela e Caribe.

Todos os seres vivos necessitam de alimento para sobreviver. O homem, em especial, retira dos alimentos nutrientes que são essenciais para a manutenção de seu corpo e mente. Má alimentação ou ausência desta, gera prejuízos à saúde do individuo, ficando este exposto a doenças, podendo levar a óbito.

Acredita-se que o homem, inicialmente, se alimentava de raízes e frutos. Evoluindo a espécie, começou a comer carne crua e, uma vez dominando o fogo, assava e cozinha seus alimentos

Na Época Antiga, (por volta do sec. X a. C.), já se comiam, pães (feitos com variados tipos de cereais), legumes (alho, cebola, alface ...), frutos (azeitona, figo, tâmara, romã, uva, ...), peixes e frutos do mar (moluscos e crustáceos) e demais carnes (porco, javali, coelho, galinha, carneiro ...).

Embora sempre presente na vida do homem, somente após a 1ª e 2ª grande guerra os governos iniciaram políticas publicas como o objetivo de amenizar o transtorno da escassez de alimentos.

O medico e nutrólogo brasileiro Josué de Castro, publicou obras neste sentido nos anos de 1932 a 2003. Títulos de algumas das suas obras: *"O Problema da Alimentação no Brasil" (Cia Editora Nacional -1933), "Alimentazione e Acclimatazione Umana nel Tropici" (Milão – 1939); "Fome: um Tema Proibido" (últimos escritos de Josué de Castro. Anna Maria de Castro (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003)*

Nossa Carta Magna tutela o direito à alimentação, conforme explicito no artigo 6º:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual o Brasil ratificou, expõe em seu artigo 25:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controlo.

O presente estudo mostrará a necessidade da interferência jurídica, representado pelo Estado de Direito, para sanar tais problemas.

OBJETIVO

Buscar evidências na literatura, abordando a sua importância, a evolução da conquista do alimento, a sobrevivência, bem como seu valor emocional para o ser humano e sua representatividade junto à sociedade.

Abordar as formas de direito e suas vertentes, como trabalhista, previdenciário, social, saúde, ambiental, sanitário e principalmente constitucional; onde trazem subjetivamente nos Códigos e Leis seu vinculo com o direito adquirido à alimentação.

O que nos interessa nesta revisão é o simples fato de se verificar o real valor dado à alimentação do ser humano, sendo este saudável ou não.

Verificar as diferentes abordagens alimentares de acordo com o nível social do indivíduo e sua relação com o alimento quando de frente a situações adversas ou não.

NO DIREITO PENAL:

A Lei 5478/68 regulariza a Ação de Alimentos. A Lei visa a proteção do dependente em relação a alimentos – uma vez provada a obrigação de alimentar do devedor. Havendo menor ou incapaz como dependente na ação de alimentos, o Ministério Publico se fará presente.

A Lei 8.971/94 estende o beneficio à companheira (ou companheiro) que vivia em união estável, desde que comprovada a necessidade de hipossuficiência.

Ainda na Lei 5478/68, há a determinação legal do Juiz conceder, mediante provas (certidão de nascimento de filho, p. ex.), Alimentos Provisórios antes da Sentença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os Alimentos Provisórios poderão ser revistos a qualquer tempo, conforme § 1º do artigo 13 da referida Lei.

Os valores acordados ou sentenciados a titulo de pensão alimentícia poderá ser descontada em folha de pagamento, observando o artigo 912 do Código do Processo Penal.

Ao oficiar à autoridade, a empresa ou o empregador, sobre os descontos em folha, estes deverão cumprir tal determinação legal, sob pena de crime de desobediência.

NO DIREITO DO CONSUMIDOR:

O artigo 7º da Lei 8137/90, em seu inciso IX, expõe que

Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo:

> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
>
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte".

Desta forma, o Estado transfere, de forma correta, a responsabilidade de empresas oferecerem produtos, principalmente os alimentícios, dentro do prazo de validade e de forma higiênica.

Segue Acórdão:

> "EMENDA: COMPRA E VENDA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIO AQUISIÇÃO E INGESTÃO DE ALIMENTO ESTRAGADO CONTENDO LARVA RELAÇÃO DE CONSUMO INVERSAO DO ONUS DA PROVA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DOS INTEGRANTES DA CADEIA PRODUTIVA DANO MORAL CONFIGURADO INDENIZAÇÃO DEVIDA QUANTUM ARBRITADO EM R$ 3.620,00 RAZOABILIDADE E COMPATIBILIDADE AÇÃO JULGADA PROCEDENTE SENTENÇA REFORMADA (TJ – SP – apelação APL 10034332820138260361 SP)".

NO DIREITO SOCIAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Brasil caminha muito lento para promulgar Leis que proibir o desperdício de produtos alimentícios.

Há projetos de Leis visando a proibição de desperdício alimentar, como o projeto de 2019 do Sr Sergio Vidigal onde *"dispõe sobre a proibição de descarte ou destruição deliberada de alimentos próprios ao consumo humano"*

Outro projeto é do Deputado Tiririca, do ano de 2014, onde *"institui a política nacional de* redução *de perdas e desperdício de alimentos e dá outras providências"*

A cidade Norte Americana de Seattle, aprovou por unanimidade uma Lei que pune seus cidadãos se estes encherem suas latas de lixo com mais de 10% de alimentos orgânicos.

A França foi pioneira em aprovar uma Lei contra o desperdício, com punição de multa e reclusão para os infratores.

NO DIREITO PREVIDÊNCIÁRIO

A previdência social tutela, economicamente, seus beneficiários (contribuintes) em caso de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Os valores pagos através do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS tem, absolutamente, caráter alimentar.

Neste sentido:

> "EMENDA RESP – PREVIDÊNCIÁRIO – ACIDENTE DO TRABALHO – LEIS – SUCESSÃO – OS BENEFÍCIOS PREVIDÊNCIÁRIOS TEM NATUREZA ALIMENTAR, GERALMENTE ATENDEM OS HIPOSSUFICIENTES ECONOMICAMENTE, SE O ESTADO ALTERA A LEGISLAÇÃO, NÃO FAZ SENTIDO, SE MAIS FAVORÁVEL DISTINGUIR SITUAÇÕES APENAS PORQUE UM PROCESSO FOI JULGADO DEPOIS DE OUTRO, AFETAR-SE-A, CASO CONTRÁRIO, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (STJ – RECURSO ESPECIAL REsp 85500 SP 1996/0001452-3)

NO DIREITO DO TRABALHO

A Consolidação das Leis Trabalhistas não prevê em seus artigos, a obrigatoriedade do empregador em fornecer alimentação a seus subordinados. Há

a obrigatoriedade de conceder um intervalo para refeições e descanso (artigo 71 da CLT).

Cabe aos Sindicatos, através de Normas Coletivas, estipular o beneficio à alimentação. Neste caso, o Sindicado poderá exigir que as empresas forneçam cestas básicas a seus funcionários (Vale Alimentação) ou forneçam refeição no mesmo local de trabalho (Vale Refeição). Não raro, os Sindicatos estipulam que o empregador deve fornecer os dois benefícios a seus funcionários.

Alguns exemplos de normas Coletivas:

> (Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica e Cursos de Formação do Estado de São Paulo – biênio 2019/2020)
>
> (...)
>
> Clausula 17 – VALE OU TICKET REFEIÇÃO
>
> As empresas ficam obrigadas ao pagamento de vale-alimentação ou ticket – refeição, por dia efetivamente trabalhado, na valor facial de R$ 24,40 (vinte e quatro reais e quarenta centavos), a partir de 01/01/2019.
>
> § primeiro – A empresa poderá substituir o beneficio previsto no *caput* por alimentação fornecida pelo tomador de serviço em refeitório no local de trabalho, obrigando-se no caso de não fornecimento da alimentação, o pagamento do respectivo vale ou ticket refeição.
>
> Clausula 18 – CESTA BÁSICA
>
> As empresas fornecerão uma cesta básica mensal aos seus empregados, nas seguintes hipóteses:
>
> I – Por liberalidade ou por seu único e exclusivo critério;
>
> II – Por previsão oriunda de contrato com o tomador de seus serviços;
>
> III- Quando há previsão em edital ou carta-convite ou contrato de licitação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

IV – Quando houver acordo coletivo especifico entre a Empresa e o Sindicato da base de representação

(Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo – ano de 2019)

(...)

Clausula 14 – Cesta Básica

As empresas fornecerão, sem ônus para o trabalhador, mensalmente, a todos os seus empregados, independente da jornada de trabalho, uma cesta básica *in natura* contendo no mínimo, os seguintes mantimentos de primeira linha:

2 pacote de 5kg de arroz agulhinha tipo 1; 3 latas de 900 ml de óleo de soja; 4 pacotes de 1 kg de feijão; 2 latas de 140g de extrato de tomate; 2 kg de açúcar refinado; 2 latas de 135g de sardinha em óleo; 1 kg de sal refinado; 1 lata de 180g de salsicha; 1 kg de farinha de trigo; 1 pote de 300g de tempero completo; 1 kg de macarrão; 1 lata de 700g de goiabada/marmelada; ½ kg de café torrado e moído com selo ABIC; ½ kg de fubá; 1 caixa de papelão.

VALOR EM REAIS: R$ 107,19

1) Fica facultado as empresas, alternativamente, fornecerem vale alimentação ou equivalente, através de tíquetes, vale alimentação ou cartões magnetizados das empresas fornecedoras ou operadoras dos sistemas de vale refeição ou vale alimentação, para compra de mantimentos nas redes de estabelecimento de alimentos Clausula 15 – Tíquete Refeição

As empresas fornecerão, mensalmente, tíquete refeição ou auxilio alimentação, por dia efetivamente trabalhado, de forma que não é devido tal beneficio na ausência de labor decorrente de faltas justificadas ou injustificadas, afastamentos médicos, independente de sua origem, e férias, o qual devera ser entregue ate o 5º dia útil do mês subseqüente.

(...)

VALOR EM REAIS: R$ 15,39

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ primeiro: As empresas que fornecem refeição, gratuitamente, estarão isentas do cumprimento desta obrigação.

NO DIREITO AMBIENTAL

A Lei 7802/89 regulariza, entre outras coisas, a o registro, controle, inspeção e a fiscalização do uso de agrotóxico. O Projeto de Lei 6299/2002 propõe "atualizar" a Lei 7802/89, afrouxando as regras contidas nesta Lei.

Sobre agrotóxicos, defensores alegam que, sem os produtos químicos, haveria enorme quantidade de perda de alimentos, o que afetaria a população. Os agrotóxicos defendem a plantação de insetos, fungos, pragas e ervas - daninhas.

Os opositores ao uso de agrotóxico alegam que, as praticas inadequadas de aplicação de agrotóxico contaminam os cursos d´agua, reservatórios e aqüíferos. A longo prazo, podem provocar doenças e poluir o meio ambiente. A população rural, que tem contato com os agrotóxicos, consumindo alimentos ou águas contaminadas, é de imediato afetado.

Em uma década (2007 a 2017) foram registrados cerca de 40 mil casos de intoxicação devido aos agrotóxicos. No mesmo período, cerca de 1.900 pessoas vieram a óbito.

No entanto, o Brasil ocupa a posição de 44º no ranking de países que mais utilizam agrotóxico, permanecendo em melhor posição comparado a países como Alemanha, França e Espanha.

ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Alimentos transgênicos são aqueles geneticamente modificados. São alimentos produzidos em laboratórios, alterando os embriões de forma artificial de engenharia genética. Tais alimentos têm maior resistência contra pragas e outros males que atacam a produção orgânica.

A Lei 8974/95 regulariza tais procedimentos.

Pesquisadores norte americanos, através da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, informaram o resultado de 50 anos de pesquisa sobre possíveis doenças ou anomalias que os alimentos transgênico poderia causar, mas, a conclusão foi que tais alimentos não apresentam risco à saúde humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pesquisa apontou não existir diferenças entre alimentos transgênicos e os não-transgênicos – não há evidencias que os alimentos transgênicos causem obesidade, diabetes ou outras doenças.

NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como já exposto alhures, nossa Carta Magna, tutela o direito à alimentação, conforme explicito no artigo 6º:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O artigo 5º da Constituição Federal, onde se inicia as Garantias Fundamentais do individuo e da coletividade, em inciso LXVII expõe que não haverá prisão civil por divida, salvo o inadimplemento da *"obrigação alimentícia"* ...

O artigo 7ª da Constituição tutela o direito dos trabalhadores, prevê, em seu inciso IV um salário mínimo que proporcione ao trabalhador o atendimento de suas necessidades vitais, entre elas, ao da alimentação;

O parágrafo 1º do artigo 100 da Carta Magna reafirma a natureza alimentícia dos salários, vencimentos, proventos, etc e o caracteriza como preferencial sobre os demais débitos, como segue:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre a Seguridade Social, a Constituição, considerando a natureza alimentar dos benefícios concedidos pelo órgão social, proíbe a redução dos valores dos benefícios, como segue:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
>
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
>
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

DOS PROGRAMAS SOCIAIS

O Governo criou programas para combater as diferenças sociais, fome e miséria.

Em 2003 foi criado o "FOME ZERO", substituindo o Programa Comunidade Solidária.

O programa "fome zero" foi coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário e consistia em um conjunto de 30 programas complementares dedicados ao combate da fome e miséria.

O cartão "Bolsa Família" faz parte deste programa. Nele, o cidadão se cadastra junto ao órgão competente e adquiri um "cartão" onde poderá fazer saques em dinheiro.

Para ter direito ao beneficio, alem de pertencer a família pobre (renda *per capita* de ate R$ 178,00), há a obrigatoriedade de matricular e manter filho menores em escolas e, no caso de grávidas, o regular acompanhamento da gestação.

O programa Bolsa Família é considerado modelo para outros países, havendo adaptações em mais de 20 países como Chile, Mexico, Indonésia, África do Sul, Turquia e Marrocos. A cidade de Nova York, seguindo o padrão do programa brasileiro, criou o *"Opportunity NYC".*

Mais de 13 milhões de brasileiros são atendidos, atualmente pelo bolsa família.

Outro programa governamental que tem o objetivo de facilitar a alimentação de trabalhadores, principalmente de baixa renda, é aquele previsto na Lei 6.321/1076. Neste programa, há o estimulo às pessoas jurídicas em fornecerem alimentação a seus empregados – ou, participar de programas de assistência voltada à alimentação. Tais empresas (pessoas jurídicas) poderão reduzir do imposto de renda as despesas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

comprovadas em programas de Alimentação do trabalhador – previamente aprovadas pelo Ministério do Trabalho. Tal Lei é conhecida como PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador. As empresas poderão, inclusive, estender o beneficio de tal programa ao trabalhador dispensado no período Maximo de seis meses. Todavia, a adesão ao programa é voluntária – as empresas não são obrigadas a aderirem.

CONCLUSÃO

A população mundial ultrapassa 7 bilhões de individuo. No Brasil ultrapassamos os 209 milhões (dados do ano de 2017).

Ao analisarmos a questão mundial, nos deparamos com tragédias de desnutrição em países Africanos e Asiáticos. A China há grande dificuldade de obter informações sobre tais estatísticas, mas, presuma-se que 82 milhões de chineses vivem na pobreza. A Índia é mais alarmante, pois, em torno de 70% de sua população vivem na pobreza.

Ajuda humanitária e políticas sociais de países desenvolvidos junto aos países mais necessitados são a principio, a solução imediata para sanar tais anomalias.

No Brasil, ainda temos grande desigualdade social. Segundo o IBGE o Estado do Maranhão é o mais pobre da Federação. A cidade de Marajá da Serra, localizada a 400 km de São Luis, é a segunda cidade mais pobre do País.

Alem de Maranhão, os Estados de Alagoa, Piauí e Ceará seguem no ranking dos mais pobres.

Os programas sociais do Governo brasileiro se fazem presente nestes Estados, o que ameniza o problema da fome e miséria. Todavia, alterações climáticas (seca ou inundações) também são responsáveis pela "variação" social e econômica da população do Nordeste do país.

A Legislação do Brasil tem, no decorrer dos anos, se adequando as constantes mudanças ocorridas pelo mundo. Sobre o assunto "alimentos" nossa Legislação não é omissa, mas, percebemos um constante "duelo" entre instituições que aprovam ou instituições que não aprovam mudanças nas leis (em geral).

Podemos melhorar? Sim.

Primeiramente, o País deve ter um único propósito de prosperidade econômica, social e moral, sem ideologias de partidos políticos ou determinados grupos sociais. Todos somos brasileiros, todos temos os mesmos direitos. Mas a capacidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

melhorar a nossa própria pessoa, talvez, seja o primeiro passo para melhorarmos uma nação.

REFERENCIAS

https://saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45612-brasileiros-atingem-maior-indice-de-obesidade-nos-ultimos-treze-anos

http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/mais-de-821-milhoes-de-pessoas-no-mundo-passaram-fome-em-2018)

https://exame.abril.com.br/mundo/onu-alerta-para-avanco-da-fome-no-mundo/

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000200002

https://pt.wikipedia.org/wiki/Josu%C3%A9_de_Castro)

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FF4A3D5B9709E27E0D288024C06DDC6B.proposicoesWebExterno2?codteor=1709724&filename=PL+649/2019

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/529670/recurso-especial-resp-85500-sp-1996-0001452-3?ref=serp

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1293943)

https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-25.html

https://www.estadosecapitaisdobrasil.com/duvidas/qual-o-estado-mais-pobre-do-brasil/

https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123650966/apelacao-apl-10034332820138260361-sp-1003433-2820138260361?ref=serp

https://www.fecomercio.com.br/noticia/seattle-aprova-lei-que-preve-multa-para-quem-desperdicar-alimentos

http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

http://g1.globo.com/globo-reporter/noticia/2018/04/apesar-dos-belos-palacios-70-da-populacao-da-india-vive-na-pobreza.html

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249

https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/lei-dos-agrotoxicos-entenda-a-polemica-da-pl-do-veneno.htm

file:///C:/Users/user/Downloads/Lei%207802-1989%20-%20Lei%20dos%20Agrot%C3%B3xicos.pdf

https://g1.globo.com/economia/agronegocios/globo-rural/noticia/2019/03/31/brasil-tem-40-mil-casos-de-intoxicacao-por-agrotoxicos-em-uma-decada.ghtml

https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Agricultura/noticia/2019/06/ranking-aponta-que-brasil-usa-menos-agrotoxico-que-europa.html

http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/05/alimentos-transgenicos-nao-fazem-mal-saude-diz-academia-dos-eua.html

https://exame.abril.com.br/economia/82-milhoes-de-chineses-vivem-na-pobreza/

https://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa_Fam%C3%ADlia

https://www.worldbank.org/pt/news/feature/2010/05/27/br-bolsa-familia

http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6321.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ACESSIBILIDADE NOS TRANSPORTES PÚBLICOS DO BRASIL COMO UM FATOR LIMITANTE DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

IGOR VINICIUS PIRES MARANHÃO: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).

JOÃO CLÁUDIO CARNEIRO DE CARVALHO[25]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como base o estudo da utilização dos transportes públicos pelas pessoas com deficiência como um fator limitante de direitos, devido a acessibilidade necessária para essa utilização. Através de uma pesquisa feita pelo IBGE e fazendo um analise com os direitos basilares do ser humano, tentando chegar à conclusão se de fato as pessoas portadoras de deficiência têm os seus direitos fundamentais básicos respeitados.

PALAVRAS-CHAVE: acessibilidade, transporte público, deficiência, direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article is based on the study of the use of public transport by people with disabilities as a limiting factor of rights, due to the accessibility necessary for that use. Through research carried out by IBGE and making an analysis with the basic human rights, trying to reach the conclusion, if in fact people with disabilities have respected their basic fundamental rights.

KEY WORDS: accessibility, public transport, disability, fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução 2. A acessibilidade como um fator limitante de direitos. 3. A universalidade do acesso nos transportes públicos. 4. Conclusão.

1.INTRODUÇÃO

A pesquisa trata da acessibilidade das pessoas com deficiência nos transportes públicos como um fator limitante de direitos. Embora devidamente assegurado por meio da lei 13.146. (estatuto da pessoa com deficiência) e devidamente

[25] Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Especialista em Direito Público e Relações Sociais (UFPE), Especialista em Comércio Exterior (UFRPE), Professor Titular III do Centro Universitário Tiradentes (UNIT), Advogado, Parecista e Consultor Jurídico.

regulamentado por meio da NBR 14022 de 2011 que trata da acessibilidade nos transportes coletivos urbanos, tema muito discutido nos últimos tempos pelo não cumprimento dessa legislação de forma correta.

Hoje em dia falar em uma cidade acessível a todos se torna comum entre as pessoas que possuem algum tipo de deficiência. A realidade vem mudando um pouco nos últimos anos, mas ainda está longe do mínimo desejável. Na constituição federal Brasileira tem-se o direito de ir e vir e outros direitos fundamentais básicos do ser humano, assegurado no artigo 5°, esses direitos são para todas as pessoas na teoria, na pratica o funcionamento desse direito deixa muito a desejar quando falamos de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. Em seus Arts 227 e 244 ambos da constituição federal de 1988, trata do direito ao acesso nos transportes públicos pelas pessoas com deficiências. O descaso com as pessoas com deficiências é algo muito forte e aparente na sociedade Brasileira, a própria sociedade começa a ver que o número de pessoas com deficiência aumenta a cada ano que se passa, enxergando dessa maneira a necessidade da evolução e maior respaldo a essa minoria que vem sofrendo com isso.

A prova disso é tão concreta que, apenas em 6 de julho de julho de 2015 foi assegurada de forma concreta os direitos da pessoa com deficiência por meio da lei 13.146 (Estatuto da pessoa com deficiência), mesmo já existindo a NBR 14022 que entrou em vigor em 2011 sua última edição. Foi necessária a criação desse estatuto para reforçar o direito dessas pessoas. Nesse estatuto é garantido as pessoas com deficiências o deslocamento e acesso aos transportes públicos, sem qualquer empecilho ou barreira. Na supramencionada NBR 14022 regulamenta como deve ser os ônibus para que, assim, possa ser considerado acessível, confortável e devidamente seguro para as pessoas com deficiências.

Até chegar aos transportes públicos os deficientes percorrem longos caminhos, por lei não só os transportes públicos têm que ser acessíveis como também esses caminhos. O retrato das cidades são totalmente o oposto de tudo isso que foi citado, nela a precariedade dos transportes, das vias e calçadas são totalmente inacessíveis para as pessoas com deficiências. O descaso chega a ser tanto que até para as pessoas que não apresentam algum tipo de deficiência a locomoção em algumas áreas se torna difíceis. Para que as pessoas com deficiências possam gozar livremente desses direitos garantidos a elas, é necessário que tenham acesso as necessidades básicas a qualquer pessoa, como a locomoção sendo o meio utilizado para alcançar a finalidade que, nesse caso, é os direitos básicos do ser humano. Se isso for alcançado terá a inclusão social de forma eficaz das pessoas com deficiência na sociedade, dessa forma podendo usufruir de outros direitos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estão correlacionados diretamente ao direito de ir e vir, como o lazer, educação, saúde e diversos outros, trazendo dessa forma uma vida digna a essas pessoas.

Os direitos garantidos a essas pessoas nos transportes públicos através das mais espaças normatizações vigentes no brasil e no mundo, No caso específico, ônibus, se torna demasiadamente mitigado, uma vez que, mesmo garantidos pelas diversas normas e devidamente materializado esse direito, na prática é totalmente diferente do que se tem posto em suas normas.

No primeiro capítulo do presente artigo será abordado a questão da acessibilidade nos transportes públicos como um fator limitante de direitos, o conceito de acessibilidade respaldado juridicamente, contrapondo o que de fato pode ser considerado acessível no ponto de vista prático-funcional. Irá tratar a questão da supressão dos direitos fundamentais básicos em consequência da falta de acessibilidade, a obrigação do ente federativo nessas garantias fundamentais.

No segundo capítulo será abordado a universalidade da acessibilidade, as leis que trazem esse conceito, quais os intuitos das respectivas normas, os métodos abordados para chegar nesse objetivo, como o universal design, entre outros. Será verificado se na pratica todas essas leis foram de fato aplicadas em prol das pessoas com deficiência, respeitando os direitos e princípios fundamentais basilares inerentes aos ser humano.

A presente pesquisa tem cunho bibliográfico, teórico, também se amparando em parte da doutrina, como também na legislação brasileira vigente e suas regulamentações. Os artigos, reportagens e, os meios digitais disponíveis servirão com respaldo para construção do presente feito. Através do método indutivo, onde será estudado em especifico uma pesquisa feita pelo IBGE, que verificou a quantidade de ônibus que possuem acessibilidade as pessoas portadoras de deficiência nos municípios do brasil, embasados na NBR 14022 de 2011. Dessa forma podendo chegar a uma conclusão genérica, se de fato essas pessoas com deficiência gozam dos seus direitos fundamentais na integralidade, no tocante a acessibilidade nos transportes públicos do brasil.

2.A ACESSIBILIDADE COMO UM FATOR LIMITANTE DE DIREITOS.

É necessário falar da acessibilidade como um fator limitante de direitos das pessoas com deficiências, no caso a falta de acessibilidade limita o gozo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiências. É preciso entender a importância do acesso facilitado dessas pessoas no que tange aos transportes públicos, como forma de garantir qualidade de vida, dignidade da pessoa humana e tratamento isonômico perante os outros indivíduos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para que se tenha um entendimento do que se trata este tópico, é necessário entender a origem da palavra e seu significado. "Acessibilidade" tem origem no latim na sua etimologia accessibilĭtas, ātis, o qual significa, ''livre acesso, acessibilidade, possibilidade de aproximação'' (dicionário online de português). Esse conceito ou significado não foi criado especificamente para pessoas portadoras de deficiências, porém, o seu enquadramento se torna uma tradução perfeita para as necessidades dessas pessoas, contudo, tornando-se quase uma tradução literal para as necessidades desses indivíduos.

O conceito se traduz em, basicamente, garantir o livre acesso sem impedimentos, barreiras ou quaisquer coisas do tipo que impeçam a utilização das pessoas com deficiências a quaisquer ambientes no qual outros indivíduos tenham acessos. Falar isso é dizer que, é obrigação do Estado garantir esse direito igualitário as pessoas com deficiências.

Fazer mecanismo que garantam esse acesso de maneira totalitária, estruturar os ambientes conforme as necessidades trazidas pelas diversas deficiências existentes no mundo que limitam várias funções do controle corporal, trazendo várias dificuldades no dia a dia. Garantir isso, é garantir dignidade a essas pessoas. Como bem salientado por Ives Martins:

> o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer pôr suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais". A deficiência física do ser humano, não pode ser tratado com uma questão limitadora da sua dignidade, deve ser trada de maneira igual a qualquer outro indivíduo em condições diferentes. (GANDRA, 2012, P.280).26

A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências foi promulgada em 30 março de 2007 em Nova York. Apenas em 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências foi aprovada no Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 186 e, em 25 de agosto de 2009 foi sancionado pelo presidente da república o DECRETO Nº 6.949. Logo no seu preambulo já é trazida as necessidades basilares de inclusão das pessoas com deficiências:

[26] Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf

> e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,
>
> f) Reconhecendo a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência. (DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.)27

Deve ser observado com grande importância o direito a igualdade como pilar do direito da dignidade, onde pessoas com possuam algum tipo de limitação física possam ter iguais possibilidades de gozar dos mesmos direitos. Como perfeitamente abordado por Ives Gandra da Silva Martins: "a igualdade de oportunidades, que se baseia na igualdade perante a lei, garantindo a todos o mesmo tratamento" como bem salientado pelo autor logo sem seguida. Também nas palavras do mesmo:

> O princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. (GANDRA, 2012, P.289)28

Quando utilizada a expressão acima citada, trazendo para o contexto do presente artigo, entenda-se que, o tratamento para um determinado grupo deve ser diferenciado, deve haver mais garantias, mais respaldo, o ente federativo deve olhar para esse determinado grupo com outros olhos, isso implica a reponsabilidade estatal de garantir um acesso diferenciado, que chamaremos de "acessibilidade'' afim

27 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm
28 Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de que, assim, as pessoas com deficiências tenham acesso as mesmas coisas que qualquer outro indivíduo possa ter.

Para isso é necessário que os transportes públicos possuam equipamentos, medidas, treinamento de profissionais, coisa especificas que facilitem a "acessibilidade'', para que, assim, possa ser assegurado o direito de ir e vir da pessoas com deficiências nos transportes públicos e assim possa garantir a dignidade da pessoa humana, a isonomia perante os outros indivíduos, a devida inclusão social, e que assim possam gozar de maneira plena dos seus direitos fundamentais básicos.

Os princípios gerais contidos no decreto de nova York, promulgado no Brasil, trazem de maneira plena os direitos das pessoas com deficiências:

> a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
>
> c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
>
> e) A igualdade de oportunidades;
>
> f) A acessibilidade
>
> (DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.)29

No seu artigo nono, o decreto de nova York, promulgado no brasil, trata da acessibilidade das pessoas com deficiências:

> Acessibilidade
>
> 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona

29 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:
>
> a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho. (DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.)

No seu Artigo vigésimo o decreto traz a questão da mobilidade:

> Os Estados Partes tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível:
>
> a) Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível;
>
> b) Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência humana ou animal e de mediadores, inclusive tornando-os disponíveis a custo acessível;
>
> c) Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação em técnicas de mobilidade;
>
> d) Incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência. (DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.)30

Mesmo com as diversas normas efetivamente em vigor, o retrato enfrentado pelas pessoas com deficiências é bem diferente na pratica. É como se o contido nas leis fosse apenas um mundo imaginário, uma mera expectativa de direito é vivenciada pelas pessoas com deficiências, um retrato muito longe do mínimo desejável.

30 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando o assunto é transporte público essa realidade fica ainda mais distante, o sofrimento diário suportado por essas pessoas é algo evidente. O retrato dessa precarização é tão forte quando se trata de pessoas com deficiências que, quando paramos para analisar a quantidade ônibus que possuem adaptação e cumprem as normas previstas no estatuto da pessoa com deficiência e na NBR 14022, é clara e notória a dificuldade encontrada por essas pessoas para exercer seus direitos fundamentais básicos, de ir e vir, sua liberdade e seus reflexos nos demais direitos. Uma pesquisa feita pelo IBGE (instituto brasileiro de geografia e estatística) Mostra a realidade no tocante a acessibilidade no Brasil, nos seus mais diversos municípios.

Tudo isso é demonstrado pelos relatos dos usurários dos transportes públicos, os quais sofrem na pele esse martírio que é se locomover utilizando esse meio de transporte.

> A rotina da atendente Maria Fátima da Silva, de 54 anos, a constrange, desmotiva e fere os seus direitos como deficiente motora garantidos por lei. Com o suporte de duas muletas e dois tutores bilaterais para as duas pernas, enfrenta com dificuldade o esforço de subir nos ônibus da Região Metropolitana do Recife (RMR). Todos os dias clama aos condutores dos veículos seu direito de usar, quando encontra em funcionamento, a Plataforma Elevatória Veicular (PEV)- equipamento usado para dar acesso a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. A deficiente acumula, desde 2014, mais de 150 denúncias aos órgãos competentes. (CABRAL, 2018, P.N)31

É de extrema importância que se fale do dever do ente federativo em garantir esse acesso, não só garantir como também fiscalizar se o referido serviço essencial de transporte público está sendo prestado e cumprido de maneira efetiva. Como bem descreve o princípio da eficiência nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

> Não seria já a tarefa da Administração Pública prestar os seus serviços com eficiência? Seria uma redundância a eficiência constar como uma obrigação? Para se obter essas respostas, mister se faz a indagação do conceito de serviço público, para se extrair a conclusão lógica de que é pressuposto de validade do serviço a qualidade, tendo em vista que o destinatário final

31 Disponível em: https://jc.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2018/07/10/falta-acessibilidade-aos-deficientes-dentro-dos-onibus-346516.php

> é a sociedade, que, como pagadora dos impostos e encargos cobrados pelo Estado, possui o direito de receber uma contraprestação, no mínimo, com qualidade e zelo por parte do prestador daquela função. (GOMES, 2012 p. 775).32

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que fala sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da CF trouxe que, o concessionário ou permissionário do serviço público devem prestar o serviço de forma adequada aos seus usuários, com pleno atendimento às suas necessidades, sendo estipulado no § 1º, do artigo 6º, o que venha a ser o verdadeiro serviço adequado. "Serviço adequado é o que satisfaz às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generosidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas". Para as pessoas com deficiências o que se entenderia como um serviço prestado com eficiência, seria garantir tudo que disciplina as normas voltadas para as pessoas com deficiências, o decreto 6.946 de nova York, a lei 13.146. (Estatuto da Pessoa com Deficiência), A NBR 14022 de 2011 que versa sobre os transportes públicos acessível.

3. A UNIVERSALIDADE DO ACESSO NOS TRANSPORTES PÚBLICOS.

A universalidade da acessibilidade é algo que vem sendo bastante discutida não só no Brasil como também mundialmente. A importância desse tema para as pessoas portadoras de deficiências é da mais ilibada justiça social, inclusão social, respeito aos direitos basilares dos seres humanos. A discussão que circunda o tema acima é, que se tenha um desenho universal, assim, onde quer que as pessoas com deficiências estejam, elas possam ter livre acesso aos transportes e aos mais diversos ambientes.

É de extrema importância o entendimento do que se trata a universalidade da acessibilidade. Ela não está apenas ligada ao acesso de pessoas portadoras de deficiências, embora sendo dirigida especificamente para essas pessoas, o acesso universal trata de um meio valido, afim que, todas as pessoas tenham acesso aquele determinado ambiente, idosos, gestantes, pessoas com mobilidades reduzidas, cadeirantes, pessoas com as mais diversas situações. Várias metodologias vêm sendo pensadas ao longo dos anos para garantir esse acesso de forma universal, sem delimitações de pessoas, simplesmente para todos.

> Entende-se acessibilidade universal ou integral como o direito de ir e vir de todos os cidadãos, inclusive daquelas pessoas com deficiências permanentes ou ocasionais, quer seja cadeirantes,

32 Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf

> deficientes visuais ou auditivos, gestantes ou idosos, e de transitar e acessar todos os espaços da cidade, prédios públicos e institucionais, de usar transporte e equipamentos públicos, como telefones, sanitários, rede bancária, etc. Acessibilidade é "possibilidade e condição de alcance, percepção e entendimento para a utilização com segurança e autonomia de edificações, espaço, mobiliário, equipamento urbano e elementos" (ABNT, 2004). (LOCATELLI, MEDEIROS, & GELPI, 2010, P.2).33

Um ponto de extrema importância para a materialização desse conceito é a importância do desenho universal, ele é a porta de acesso para isso, é o meio empregado para o alcance desse objetivo. O desenho universal tem como intuito, instituir um desenho padrão base para os ambientes. Tem que ser acessível sem esforço, seguro e abrangente. Através de estudos científicos é possível chegar a um desenho que atenda a necessidade de todas as pessoas, é a possibilidade de trazer alcance as pessoas. A grande máxima que se fala no direito "quem pode mais pode menos" seria bem representada se entendermos o seguinte; Se uma pessoa com deficiência consegue utilizar aquele ambiente com conforte e segurança, é evidente que qualquer outra pessoa consegue utilizar aquele mesmo ambiente de maneira plena.

> O conceito de Desenho Universal se desenvolveu entre os profissionais da área de arquitetura na Universidade da Carolina do Norte - EUA, com o objetivo de definir um projeto de produtos e ambientes para ser usado por todos, na sua máxima extensão possível, sem necessidade de adaptação ou projeto especializado para pessoas com deficiência. O projeto universal é o processo de criar os produtos que são acessíveis para todas as pessoas, independente de suas características pessoais, idade ou habilidades. Os produtos universais acomodam uma escala larga de preferências e de habilidades individuais ou sensoriais dos usuários. A meta é que qualquer ambiente ou produto poderá ser alcançado, manipulado e usado, independentemente do tamanho do corpo do indivíduo, sua postura ou sua mobilidade. O Desenho Universal não é uma tecnologia direcionada apenas aos que dele

33 Disponível em: https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/metodologias/gelpi_adriana.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> necessitam; é desenhado para todas as pessoas. A ideia do Desenho Universal é, justamente, evitar a necessidade de ambientes e produtos especiais para pessoas com deficiências, assegurando que todos possam utilizar com segurança e autonomia os diversos espaços construídos e objetos. (CARLETTO & CAMBIAGHI, 2016, P.N).34

Uma dúvida paira sobre o tema, Como fazer com que se tenha a universalidade do acesso nos transportes públicos através do desenho universal?

Como obrigar o ente público a efetivar esse conceito aqui no Brasil? Apenas um caminho seria possível, um plano de desenvolvimento de mobilidade urbana, a criação de leis que trouxessem essas obrigações. Foi nessa premissa que surgiu a "política nacional de mobilidade urbana". Essa política traz a obrigação dos entes federativos em planejar nos seus respectivos territórios um plano que trate desse desenvolvimento, seguindo os princípios abordados na lei 12.587/2012. A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios. Dos Princípios, Diretrizes e Objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana:

> Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:
>
> I - acessibilidade universal;
>
> II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;
>
> III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;
>
> IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;
>
> V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;
>
> VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;

34 Disponível em: https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/01/universal_web-1.pdf

> VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços;
>
> VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e
>
> IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana. (PLANALTO, LEI 12.587/2012).35

É muito claro os princípios da lei no que tange a melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiências. A necessidade é trazida logo como princípios basilares, em primeiro, a acessibilidade universal. Nos seus artigos seguintes a lei traz seus objetivos.

> Art. 7º A Política Nacional de Mobilidade Urbana possui os seguintes objetivos:
>
> I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social;
>
> II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais;
>
> III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade;
>
> IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e
>
> V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana. (PLANALTO, LEI 12.587/2012)

Já nos seus objetivos, o primeiro inciso trata do combate à desigualdade e a inclusão social, tema bastante abordado ao longo do artigo. A lei na sua totalidade trata bastante desse tema, tem objetivos bem específicos e caminhos a trilhar para trazer maior dignidade as pessoas com deficiências, mais autonomia, coisas muito básicas inerentes aos seres humanos.

35 Disponível em: http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/municipios-devem-implantar-planos-locais-de-mobilidade-urbana/CartilhaLei12587site.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A NBR 14022 é a norma brasileira que regulamenta Acessibilidade em veículos de características urbanas para o transporte coletivo de passageiros. É de extrema importância salientar que, sua última edição foi a NBR 14022 de 2011, antes dela existiram 3 edições, sendo a última a vigorar até hoje. Nela discorrerá tudo que se refere aos transportes coletivos de passageiros. Em seu sumario é trazido as seguintes pautas:

ABNT NBR 14022:2011

Sumário Página

Prefácio iv
1 Escopo 1
2 Referências normativas 1
3 Termos e definições 1
4 Local de embarque e desembarque 3
4.1 Ponto de parada 3
4.2 Terminal 4
5 Fronteira 4
6 Veículo 4
6.1 Porta 5
6.2 Assento preferencial 5
6.3 Área reservada (box) para cadeira de rodas e cão-guia 5
6.4 Sistema de segurança para a pessoa em cadeira de rodas 8
6.5 Iluminação 11
7 Comunicação e sinalização 11
7.1 Local de embarque e desembarque 11
7.2 Comunicação visual externa no veículo 12
7.3 Comunicação interna no veículo 16
7.3.1 Área reservada (box) para cadeira de rodas e cão-guia 16
7.3.2 Assentos preferenciais 18
7.3.3 Pontos de apoio 19
7.3.4 Informações audiovisuais 19
7.3.5 Solicitação de parada 19
7.3.6 Identificação dos desníveis e limites 20

Em seu escopo ela traz os critérios utilizados. O grande objetivo dessa NBR é padronizar os veículos com base no universal design, com intuito de efetivar a acessibilidade universal nos transportes públicos do Brasil, dessa forma, onde quer que esteja as pessoas portadoras de deficiências seu acesso será pleno, sem limitações ou dificuldades.

> 1 Escopo 1.1 Esta Norma estabelece os parâmetros e critérios técnicos de acessibilidade a serem observados em todos os elementos do sistema de transporte coletivo de passageiros de características urbanas, de acordo com os preceitos do Desenho Universal. 1.2 Esta Norma visa proporcionar acessibilidade com segurança à maior

> quantidade possível de pessoas, independentemente da idade, estatura e condição física ou sensorial, aos equipamentos e elementos que compõem o sistema de transporte coletivo de passageiros. 1.3 A segurança do usuário deve prevalecer sobre sua autonomia nas situações de anormalidade no sistema de transporte. 1.4 Esta Norma se aplica a todos os veículos utilizados no sistema de transporte coletivo de passageiros, exceto aos veículos abrangidos pela ABNT NBR 15320. NOTA No estabelecimento dos padrões e critérios de acessibilidade, foram consideradas as diversas condições de mobilidade e de percepção da infra-estrutura e do ambiente pela população, incluindo crianças, adultos, idosos e pessoas com deficiência, com ou sem dispositivos para transposição de fronteira. (ABNT, NBR 14022, 2011). 36

Agora chegará a fase crucial. Diante de uma política nacional de mobilidade urbana, na qual, traz as obrigações e responsabilidades dos entes federativos, da norma brasileira regulamentadora que trata a questão do conceito de desenho universal para os transportes coletivos, todas a suas adaptações conforme mencionadas anteriormente, para assim, garantir os direitos básicos das pessoas com deficiências. Tendo em vista que, tanto o plano de mobilidade como a NBR passam por um processo de elaboração bastante rígido, com muitos estudos científicos elaborados pelas mais diversas personalidades, com os mais altos gabaritos, para que, assim, possam entrar em vigor e trazer todos os seus benefícios a essas pessoas. A pergunta crucial, na pratica está sendo efetivo o cumprimento das mais diversas leis?

O IBGE (instituto brasileiro de geografia e estatística) fez uma pesquisa sobre o perfil dos municípios brasileiros, publicada em 2018. Um dos temas abordados nessa pesquisa é a questão pilar desenvolvida nesse trabalho, acessibilidade nos transportes públicos, conforme as regras da ABNT nas suas NBR. Através dela conseguiremos chegar a verdadeira compreensão, saber da realidade, se de fato a acessibilidade nos transportes públicos é um fator limitante de direitos para as pessoas com deficiências.

36 Disponível em:

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/DireitosFundamentais/Acessibilidade/NBR_14022-2011_Onibus_Ed4.pdf

> A adaptação dos veículos de transporte coletivo a fim de garantir o acesso adequado às pessoas com deficiência está prevista na Constituição Federal de 1988, nos Art. 227 e 244, tendo sido regulamentada pela Lei n. 10.098, de 19.12.2000 e posteriormente pelo Decreto n. 5.296, de 02.12.2004. Este último, no § 3o do Art. 38, estabelece que "a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infraestrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação deste Decreto" (BRASIL, 2014) – prazo que se encerrou em dezembro de 2014. Os requisitos de acessibilidade para o transporte coletivo rodoviário urbano de passageiros foram estabelecidos na norma brasileira NBR 14022, publicada pela primeira vez em 1997, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, que prevê, como possíveis soluções de acessibilidade: a) piso baixo; b) piso alto com acesso realizado por plataforma de embarque/desembarque; e c) piso alto equipado com plataforma elevatória veicular (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2011). A norma estabelece que a plataforma elevatória seja adotada apenas nos casos em que as duas primeiras opções não possam ser utilizadas (IBGE,2018).37

O prazo para adaptação total da frota conforme a NBR 14022, tendo seu prazo limite estabelecido através do decreto 5.296, acima mencionado, teve seu encerramento em dezembro de 2014. A pesquisa foi publica em 2018, 4 anos depois do encerramento do prazo. Será que ocorreu o cumprimento legal? Será que efetivamente teve o acesso pleno das pessoas com deficiências? Iremos analisar adiante.

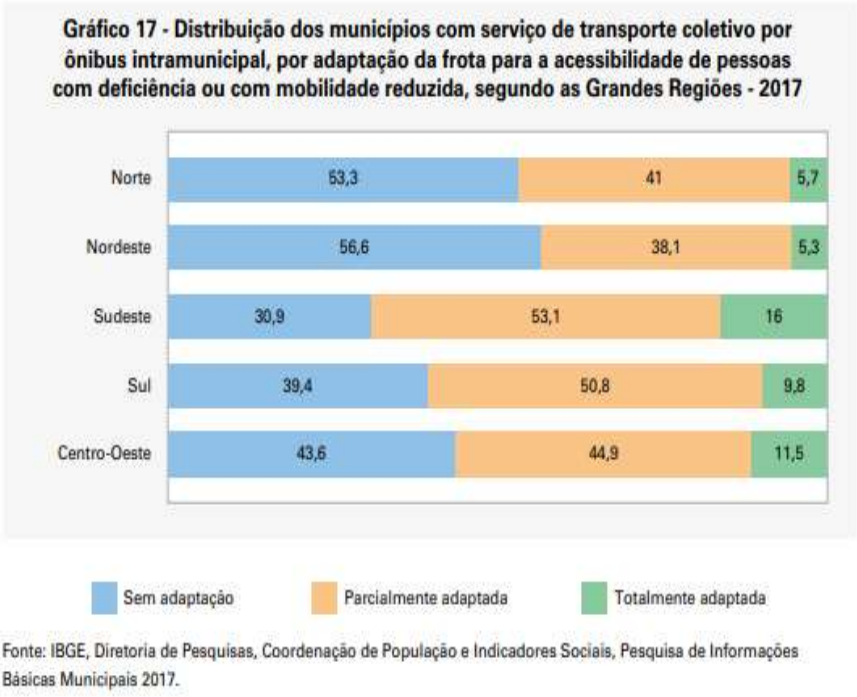
> O levantamento da Munic 2017 aponta que entre os 1 679 municípios que dispunham de serviço de transporte coletivo por ônibus intramunicipal, 197 (11,7%) estavam com a frota totalmente adaptada, 820 (48,8%) possuíam

37 Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

frota parcialmente adaptada e os demais 662 (39,4%) registravam frotas sem adaptação. (IBGE,2018).38

Esse retrato fica ainda mais triste quando passa a ser analisado esses números na região nordeste conforme o Gráfico da pesquisa abaixo:



39

Na região nordeste, apenas 5,3% dos ônibus possuem total adaptação para pessoas com deficiências, sendo a pior região no quesito de acessibilidade. Embora devidamente materializado todos os direitos voltados as pessoas com deficiências, o retrato da realidade vivenciado por essas pessoas na pratica é totalmente o oposto do que diz as normas, trazendo apenas uma mera expectativa de direito para essas pessoas. Uma triste realidade.

4. Conclusão.

38 Disponível: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf

39 Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf

O presente trabalho tinha como foco a verificação da dúvida que paira sobre o tema. Verificar se a acessibilidade nos transportes públicos é um fator limitante de direitos para as pessoas com deficiências? Para melhor compreensão é importante verificar os desdobramentos dessa pergunta. O núcleo principal é saber se as pessoas portadoras de deficiência conseguem gozar dos seus direitos fundamentais básicos inerentes ao ser humano através da utilização dos transportes públicos. Como alguns exemplos; saúde, educação, lazer e, ter uma vida com dignidade através do mínimo existencial.

Será que uma pessoa com deficiência consegue ter acesso a um hospital, clinica, consulta de rotina ou qualquer outro serviço de saúde, utilizando o transporte público, com segurança, conforto e autonomia? Ter acesso a uma instituição de ensino, escola, faculdade, utilizando-se do transporte público, com qualidade, conforto, segurança e autonomia? Ter acesso ao lazer na sua forma plena, visitar amigos, ir ao shopping, cinema, teatro, parques e etc, utilizando-se do transporte público, com segurança, conforto e autonomia?

Através do estudo do presente artigo tentou chegar à seguinte conclusão. As pessoas com deficiências no tocante a utilização dos transportes públicos, pela falta de acessibilidade desses, elas sofrem uma limitação muito grande nos seus direitos basilares, a falta de acessibilidade nesses transportes, mesmo com toda legislação vigente dando plenas garantias faz com que, na pratica, as pessoas com deficiências tenham mera expectativa de direito, é possível em muitos casos verificar que não é apenas uma limitação sofrida nos seus direitos, na realidade de certos fatos, tem-se uma supressão total desses direitos.

O estudo realizado pelo IBGE mostrou que, na região nordeste apenas 5,3% dos transportes públicos possuem total acessibilidade para pessoas com deficiência. É necessário parar e analisar a seguinte situação, a cada 100 ônibus que transporta passageiros menos de 6 podem ser utilizados com respeito a dignidade, autonomia, conforto e segurança pelas pessoas com deficiências. Falar isso é pensar da seguinte maneira, se um ônibus passa a cada 1 hora em determinada parada, em 20 horas passará cerca de 20 ônibus, Apenas 1 poderá ser utilizado pela pessoa com deficiência respeitando sua dignidade.

Diante de todos o exposto no presente estudo foi possível chegar a definitiva conclusão, as pessoas com deficiência não gozam dos seus direitos mínimos existências, uma vida digna, no que se refere a utilização dos transportes públicos como meio para atingir essa finalidade de direitos.

5. Referencias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 971 de 15/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GANDRA, Ives, **Tratado de direito constitucional**. 2ª Edição: São Paulo. Editora saraiva, 2012, P.280-289. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf > acessado em: 30 de maio. 2020.

PLANALTO, DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acessado em: 30 de maio. 2020

JORNAL DO COMERCIO. THIAGO CABRAL, 2018. Falta acessibilidade aos deficientes dentro dos ônibus. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2018/07/10/falta-acessibilidade-aos-deficientes-dentro-dos-onibus-346516.php> acessado em: 02 de junho. 2020.

GOMES, Roberto, **Tratado de direito constitucional**. 2ª Edição: São Paulo. Editora saraiva, 2012, P.775 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf > acessado em: 02 de junho 2020.

LOCATELLI, Rosa. **MEDEIROS**, Luiz**. GELPI**, Adriana. Artigo USP. ACESSIBILIDADE E DESENHO UNIVERSAL: CONCEITOS, LEGISLAÇÃO E MÉTODOS APLICÁVEIS À ARQUITETURA DE INTERIORES, 2010. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/sem_nutau_2010/metodologias/gelpi_adriana.pdf> acessado em: 02 de junho 2020.

CARLETTO, Ana. **CAMBIAGHI**, Silvana. Cartilha**;** Desenho universal um conceito para todos, 2016. Disponível em: <https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/01/universal_web-1.pdf> acessado em: 02 de junho 2020.

PORTAL FEDERATIVO e **PLANALTO.** Politica nacional de mobilidade urbana, lei 12.587/2012 Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/municipios-devem-implantar-planos-locais-de-mobilidade-urbana/CartilhaLei12587site.pdf> acessado em: 03 de junho 2020.

ABNT, Norma brasileira regulamentadora 14022, Acessibilidade em veículos de características urbanas para o transporte coletivo de passageiros, 4° edição,2011.Disponível

em:<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/DireitosFundamentais/Acessibilidade/NBR_14022-2011_Onibus_Ed4.pdf> Acessado em: 03 de junho 2020.

PLANALTO, **DECRETO 5296 de 2004**; Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm> acessado em: 03 de junho 2020.

IBGE (instituto brasileiro de geografia e estatística). Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros, Rio de Janeiro 2018. Transportes, **Acessibilidade nas frotas municipais de ônibus**, P.41-50. Disponível em:<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf> acessado em: 03 de junho 2020.

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

EPD - SP

LUCIANO ROBINSON CALEGARI

A EMBRIAGUEZ OU O USO DE DROGAS, HABITUAL OU EM SERVIÇO PELO EMPREGADO É FALTA GRAVE A SER PUNIDA COM DISPENSA POR JUSTA CAUSA OU UMA DOENÇA A SER TRATADA?

Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho

TURMA DE 2017

São Paulo
2019

LUCIANO ROBINSON CALEGARI

A EMBRIAGUEZ OU O USO DE DROGAS, HABITUAL OU EM SERVIÇO PELO EMPREGADO É FALTA GRAVE A SER PUNIDA COM DISPENSA POR JUSTA CAUSA OU UMA DOENÇA A SER TRATADA?

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, ano de 2017, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

São Paulo

2019

Conteúdo

A EMBRIAGUEZ OU O USO DE DROGAS, HABITUAL OU EM SERVIÇO PELO EMPREGADO É FALTA GRAVE A SER PUNIDA COM DISPENSA POR JUSTA CAUSA OU UMA DOENÇA A SER TRATADA?

Monografia apresentada à Escola Paulista de Direito (EPD), como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Aprovado com média_____

São Paulo,

Banca Examinadora:

_____

Prof.

_____

Prof.

_____

Prof.

DEDICATÓRIAS

Ao Deus de Abraão e ao seu filho Jesus Cristo, (Filho de Davi), que por infinita bondade e amor, me agraciou com este estudo, iluminando o meu caminho até a sua conclusão.

"Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus planos serão bem-sucedidos. Provérbios 16:3."

Ao meu Pai "Antonio Calegari Filho", *(in memoriam)* pela dignidade que lutou e venceu o vício do alcoolismo.

AGRADECIMENTOS

Tributo meu agradecimento a minha esposa “Amanda”, que de forma especial me proporcionou força, coragem e apoio em todos os momentos, quero agradecer também, a minha filha, “Julia”, que embora, pela tênue idade, não tenha conhecimento disto, contudo, iluminou de maneira especial os meus pensamentos, me levando a buscar mais conhecimentos. Dizer “muito obrigado” para elas é pouco diante de tudo que representaram no meu período de estudo.

É motivo de júbilo e honra registrar minhas sinceras homenagens de agradecimento, respeito e admiração ao Prof. Doutor *Márcio Mendes Granconato*, *“Tenha a certeza que jamais será esquecido, tributo o meu muito obrigado”.*

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

RESUMO

O presente trabalho aborda o problema enfrentado pelos empregadores diante de um empregado alcoólatra. de um lado o disposto no artigo 482 da CLT que entende que tal procedimento está inserido em lei como um dos motivos ensejadores à demissão por justa causa e de outro lado existem inúmeras decisões que acolhem o entendimento de que o alcoolismo é doença e, por este motivo não pode o empregado ser punido com a demissão por justa causa. Tais divergências originaram repercussões no ano de 2010, após a comissão de assuntos sociais (CAS) do senado em aprovar projeto de lei que define novos critérios para a demissão do empregado dependente de álcool, excluindo o alcoolismo das hipóteses de demissão por justa causa.

No mesmo sentido, os tribunais do trabalho, apresentam novos entendimentos jurisprudenciais, face o alcoolismo ser classificado como uma doença pela OMS, “organização mundial de saúde” no CID (classificação internacional de doenças), e problemas relacionados à saúde, onde no item (f10), o alcoolismo recebeu a denominação de “transtornos mentais” e comportamentais devidos ao uso de álcool. Da mesma forma, no item (f19), o uso de drogas e sua dependência foram classificados como “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas”, no CID 10, o código 303 classifica a síndrome de dependência do álcool, o código 305, o abuso do álcool sem dependência, portanto, restou o alcoolismo como uma patologia a ser tratada.

O tema do presente estudo é o questionamento sobre a embriaguez ou o uso de drogas, habitual ou em serviço pelo empregado ser uma falta grave a ser punida com dispensa por justa causa ou uma doença a ser tratada?

Conteúdo

A extinção do contrato laboral por embriaguez ou entorpecimento do empregado por drogas em serviço, não se efetiva apenas no fato do mesmo ser presenciado trabalhando sobre o efeito de tais substâncias. Pois sendo o alcoolismo ou dependência classificada pela OMS como uma patologia tratável, consequentemente, vem trazendo ao âmbito do direito do trabalho mudanças significativas ao modo de analisar e proceder com relação a rescisão contratual pelo fato, abrindo assim, margem a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho com o objetivo de prover o tratamento clínico ao empregado.

Portanto, em face de divergência entre o disposto no artigo 482, f, da CLT e a classificação exposta na "CID" em ser o alcoolismo e a dependência de drogas uma "doença", formando jurisprudência nos TRTs, sobre tais fatos não ensejarem a rescisão contratual por justa causa do empregado, e sim de tratamento, resta necessário haver a pacificação do entendimento sobre o "*modus operandi*", tanto ao empregado etilista ou dependente químico, bem como, ao empregado insubordinado que se apresenta embriagado ou entorpecido em seu turno de serviço apenas por imprudência.

O presente estudo aborda o tema de forma científica, demonstrando fundamentos para concluir sobre o alcoolismo habitual ou no âmbito do trabalho, se o fato é uma falta grave do empregado que enseja a sua justa causa para despedida, e ainda, sendo o alcoolismo é uma doença? se deve ocorrer a suspensão do contrato de trabalho do empregado habitualmente ébrio para tratamento clínico do vício?

Para obter tais respostas, a presente pesquisa científica empregou a análise detalhada, bibliográfica e jurisprudencial, sustentando-se em livros e apoiando-se em artigos e revistas especializadas, bem como, sítios da internet, pesquisa de campo em "AAA" (Associação dos Alcoólatras Anônimos).

PALAVRAS-CHAVE: justa causa - alcoolismo- embriaguez habitual ou em serviço– dependência - drogas - doença – relação de emprego.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA	Associação dos Alcoólatras Anônimos
Ac	Acordão
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ART	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CCB	Código Civil Brasileiro
CID	Código Internacional de Doenças
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRM	Conselho Regional de Medicina
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
SUM	Súmulas
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OJ	Orientações Jurisprudenciais
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização Não Governamental
RO	Recurso Ordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
VU	Votação unânime

ROL DE CATEGORIAS

DIREITO DO TRABALHO

É o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre empregados e empregadores, são os direitos resultantes da condição jurídica dos trabalhadores. Normas, no Brasil, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Constituição Federal de 1988 e várias leis esparsas (tais como Súmulas, Orientações Jurisprudências e outras).(1)

CONTRATO DE TRABALHO

A definição do contrato individual de trabalho é dada pela CLT, no art. 442, é um acordo que pode ser feito de forma verbal ou tácito, escrito ou expresso e que trata das relações de emprego, entre empregado e empregador. Há, portanto, um vínculo empregatício, que é a relação entre ambas as partes, definida por meio de um contrato de trabalho que mostra a prestação dos serviços que serão oferecidos à empresa. (2)

EMPREGADOR

Conforme descreve o artigo 2º da CLT: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". Equiparam-se ao empregador, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. (4)

EMPREGADO

Nos termos do disposto no Art. 3º da CLT – “Considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (3)

JUSTA CAUSA PARA RESCIÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Justa causa é todo ato faltoso do empregado ou empregador, tipificado em lei, que faz desaparecer a confiança e a boa-fé existentes entre as partes, tornando indesejável o prosseguimento da relação empregatícia. (5).

A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT

A CLT surgiu pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil. Seu principal objetivo é a regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. A CLT é o resultado de 13 anos de trabalho desde o início do Estado Novo até 1943 - de destacados juristas, que se empenharam em criar uma legislação trabalhista que atendesse à necessidade de proteção do trabalhador, dentro de um contexto de "estado regulamentador". (6).

---

(1) MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.22 ed.São Paulo; atlas,2006.p.16.

(2) MANGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Direito coletivo do Trabalho. 3.ed.3. São Paulo: LTr, 1993. V3.p.47.
(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2005.p.23.
(4) CARRION, Valentin. Comentários A Consolidação Das Leis Do Trabalho. 31.ed. São Paulo, Saraiva, 2006 .
(5) http://www.guiatrabalhista.com.br/temetica/justacausa.htm.
(6) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

SUMÁRIO

- RESUMO
- LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS
- ROL DE CATEGORIAS
- INTRODUÇÃO - (págs. 01/02)

CAPITULO 1 - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO..... - (págs..03/09).

1.1 Rescisão do contrato de trabalho, conceito e natureza jurídica .....– (pág.03).

1.2 Rescisão do contrato de trabalho por prazo já estipulado .....– (pág.05).

1.3 Rescisão do contrato de trabalho por decisão do empregado, o chamado “pedido de demissão”..... – (pág.05).

1.4 Rescisão do contrato de trabalho por dispensa injusta..... – (pág.06).

1.5 Rescisão do contrato de trabalho por aposentadoria..... – (pág.06).

1.6 Rescisão do contrato de trabalho por morte do empregado..... – (pág.07).

1.7 Rescisão do contrato de trabalho por morte do empregador..... – (pág.07).

1.8 Rescisão do contrato de trabalho por extinção da empresa..... – (pág.08).

1.9 Rescisão do contrato de trabalho por força maior.....– (pág.08).

1.10 Rescisão do contrato de trabalho por culpa recíproca ..... (pág.08).

1.11 Rescisão do contrato de trabalho por acordo, reforma trab..... – (pág.09).

CAPITULO 2 - RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO.....– (pág.10).

2.1 Poder de controle e disciplinar do empregador..... – (pág.10).

2.2 Da rescisão de contrato de trabalho por justa causa do empregado – (pág.11).

2.3 Princípio da imediatividade .....– (pág.14).

2.4 Princípio da causalidade.....– (pág.14).

2.5 Princípio do pré-questionamento.....– (pág.15).

2.6 Princípio da proporcionalidade .....– (pág.15).

2.7 as infrações tipificadas no artigo 482 da CLT - rescisão de contrato de trabalho por justa causa do empregado.....– (pág.16).

2.8 Ato de Improbidade.....– (pág.16).

2.9 Ato incontinência de conduta ou mau procedimento.....– (pág.17).

2.10 Negociação Habitual..... – (pág.18).

2.11 Condenação Criminal..... – (pág.19).

2.12 Desídia.....– (pág.20).

2.13 Embriaguez Habitual ou em Serviço..... – (pág.22).

2.14 Violação de segredo da empresa.....– (pág.22).

2.15 Ato de indisciplina ou de insubordinação .....– (pág.24).

2.16 Abandono de Emprego.....– (pág.25).

2.17 Ofensas físicas .....– (pág.27).

2.18 Lesões à honra e à boa fama .....- (pág.28).

2.19 Jogos de azar.....– (pág.29).

2.20 Atos atentatórios à segurança nacional ..... (pág.29).

CAPITULO 3 - DO ALCOOLISMO, EMBRIAGUEZ E ENTORPECENTES – (pág.32).

3.1 Fases da embriaguez .....– (pág.33).

3.2 Diferenças entre embriaguez e o ato de beber..... – (pág.34).

3.3 O álcool e as drogas lícitas.....– (pág.35).

3.4 Drogas ilícitas .....– (pág.38).

3.5 Maconha e Haxixe.....– (pág.38).

3.6 LSD-25..... – (pág.39).

3.7 Cocaína..... – (pág.39).

3.8 Dependência e a doença, vício e hábito.....– (pág.40).

3.8.1 O alcoolismo .....– (pág.40).

3.8.2 Embriaguez habitual ou a serviço e a dispensa por justa causa ..... (pág.45).

CAPITULO 4 – EMBRIAGUEZ HABITUAL, FALTA GRAVE OU DOENÇA. – .....(pág.49).

4.1 Previdência social .....– (pág.51).

4.2 Senado exclui alcoolismo de demissão por justa causa..... – (pág.51).

4.3 Senado exclui alcoolismo de demissão por justa causa.....– (pág.58).

4.4 Tratamento clínico do empregado alcoólatra ou dependente químico.. – (pág.59).

4.5 Terapia Para Alcoólatras .....– (pág.60).

4.6 JULGADO DO TST - alcoolismo crônico..... – (pág.61).

- Conclusão e Considerações Finais .....– (pág.66).
- Referência das Fontes Citadas e bibliografia .....- (pág.68).

Conteúdo
Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

INTRODUÇÃO

A letra da música “*Guerreiro Menino*”, do cantor, “Luiz Gonzaga Jr”., o “*Gonzaguinha*”, apresenta de forma poética o significado do trabalho ao homem com o seguinte verso:

> *“(...) seu sonho é sua vida. E a vida é trabalho. E sem o seu trabalho. O homem não tem honra. E sem a sua honra. Se morre se mata...”*
> *(Artista: Gonzaguinha/ Álbum: Alô, alô B, 1983).*

Assim, em conjunto com a entidade “família”, o “trabalho” compõe um dos pilares que sustentam a “dignidade da pessoa humana”, soergue e reafirma a sua importância na sociedade, sendo o “labor” alçado ao patamar constitucional, pois a atividade é protegida pelo Art. 06º da Constituição Federal de 1988, no elenco dos direitos e garantias fundamentais do cidadão; *“são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho...”*

Do contrato de trabalho se emana deveres e obrigações às partes para manter o seu equilíbrio, suas alterações e sua continuidade. Assim, o empregado possui o incontestável dever de ser diligente ao cumprimento de suas tarefas confiadas, bem como, fiel e subordinado ao empregador. Por outro lado, da mesma forma o empregador possui a obrigação de prover o pagamento do salário, manter a urbanidade, respeito e demais obrigações do pacto laboral, tal respeito mútuo e a confiança entre as partes, são obrigações bilaterais do contrato, estas quando quebradas por suas partes, resulta na rescisão contratual nos termos da CLT.

A análise da extinção do contrato de trabalho, oriunda do fato do empregado se apresentar embriagado, nos termos do art.482,“f”, da CLT, tem o objetivo de obter informações científicas, se o fato é uma falta grave praticada pelo obreiro, justificando a rescisão contratual por justa causa, ou se o ato é advindo do fato do mesmo ser portador de uma doença que deve ser tratada com a suspensão contratual até o seu reestabelecimento, preservando o trabalho, face ao entendimento da Organização Mundial de Saúde.

É inadmissível a permanência de um empregado no trabalho embriagado ou entorpecido por drogas, pois tal postura é incompatível com o mister a ser exercido pelo mesmo, sendo perigoso mantê-lo na atividade, pois é um risco a sua própria vida, dos seus colegas de trabalho ou dos seus pares na sociedade.

O empregado ébrio ou entorpecido quimicamente no trabalho, era entendido pelo patrono como uma falta grave, causando ao mesmo a máxima penalização com a rescisão do contrato por justa causa, tipificada nos termos do artigo 482, alínea “f” da CLT.

Contudo, face o alcoolismo ser classificado como uma doença pela OMS, (Organização Mundial de Saúde), na CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde), hoje, o entendimento dos Tribunais do Trabalho, que também, seguem a constante evolução social, passaram a demonstrar um entendimento diverso sobre o fato.

Os Julgadores dos Tribunais do Trabalho passaram observar o fato por outra vertente, não mais considerando o etilismo crônico no âmbito do trabalho, como uma falta grave ensejadora de rescisão contratual por justa causa, e sim, como uma patologia a ser tratada medicinalmente, suspendendo o contrato de trabalho para o tratamento da saúde do obreiro, encaminhando para o amparo do INSS.

Para realizar a pesquisa foram analisados conceitos doutrinários e jurisprudenciais dos TRT´S e do TST, bem como, dos estudos médicos, psiquiátricos, psicólogos e de associações de alcoólatras anônimos sobre o tema. As questões pertinentes a serem observadas são: as diferenças entre a embriaguez e o ato de beber, se o alcoolismo pelo obreiro é realmente uma falta grave ou doença? Como empregador deve proceder em face ao empregado etilista crônico?

E por fim, qual a posição que o Julgador deve adotar frente ao fato do empregado etilista compulsivo? Por fim, será analisado em conjunto as súmulas e os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

CAPITULO 1.

1.1. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Os princípios e fundamentos do direito do trabalho causam impacto direto na sociedade, a exemplo, temos o disposto no art. 7º da Constituição Federal de 1988; "*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, (...)".*

Um dos princípios do direito do trabalho é a proteção do trabalhador, que concretiza a relação jurídica de emprego com fundamento nos artigos 2º e 3º da CLT, sendo o pacto gerado pela vontade das partes, podendo ser expresso ou tácito segundo o caput do artigo 442 da CLT. (7)

Ao firmar o contrato de trabalho, sendo um negócio jurídico onde uma pessoa natural obriga-se perante outra pessoa natural, seja esta, jurídica, civil ou até uma entidade despersonificada, a realizar uma prestação de serviços pessoal, não eventual, subordinada e onerosa, que em contrapartida, será remunerada mediante pagamento em dinheiro, conforme dispõe o caput do artigo 442 da CLT, "contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". (8)

O contrato de trabalho possui um lapso temporal, é uma relação jurídica com início, meio e fim, que nasce em determinado tempo, no decurso do tempo sofre as alterações necessárias, tais como alterações de horários, cargos, função, salários, e por fim se extingue, seja por vontade das partes ou por fatos externos. (9)

_____

(7) DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LtTr, 2016. 587 p.

(8) DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LtTr, 2016. 1225 p.

(9) TRABALHO – Leis e legislação – I. Costa Filho, Armando Casimiro. II. Costa, Manoel Casimiro. III Martins, Melchiades Rodrigues, IV. Claro, Sonia Regina da Silva. São Paulo: LtTr, 2016.46 ed. 113 p.

No decorrer do contrato empregatício, se destaca a obrigação de subordinação entre as partes, devendo o empregado obedecer às ordens do empregador, que por sua vez, detém o poder diretivo sobre o modo de operar as atividades desenvolvidas no âmbito do seu negócio.

Segundo o Prof. Amauri Mascaro do Nascimento; “Na relação de emprego a subordinação é o fato em que o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa do empregado, mas sobre o modo como sua atividade é exercida” (10).

Uma empresa é regida por métodos de organização laboral, onde o empregador conduz as linhas em que o plano de trabalho é traçado. Nesse sentido, para a existência de “concórdia” na relação de trabalho, é necessário que o empregado acate as normas e regimentos internos apresentados pelo empregador, pois não ocorrendo tal fato, restará insustentável a relação de emprego, havendo a rescisão e a extinção do contrato de laboral.

É extenso o estudo das formas e fundamentos que levam a extinção do contrato de trabalho devido as várias situações que podem acarretar a aplicação pena extrema e capital na relação de emprego, para fundamentar o presente estudo, segue abaixo, as formas de extinção do contrato de trabalho que podem ocorrer face aos seguintes motivos elencados:

As causas ensejadoras da extinção do contrato de trabalho são: a) resilição; b) resolução; c) revogação; d) rescisão; e) força maior. (10.1). Contudo, em face da necessidade de focalizar o assunto específico da dispensa por justa causa nos termos do disposto no artigo 482 (f) da CLT, será exposto de forma sumária as demais formas de quebra da relação contratual.

_____

(10) NASCIMENTO, Amauri Mascaro do Curso de direito do trabalho. 24. Ed.São Paulo: saraiva, 2009. p.660.

(10.1) MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. Vol.I.Atual. – São Paulo; LTr.2005, p.559.

1.2 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO JÁ ESTIPULADO.

Segundo o Prof. Mauricio Godinho Delgado, (Curso de Direito do Trabalho, ed. LTr, 2016, p.1115), “Na extinção normal, o contrato esgota-se pelo cumprimento de seu prazo prefixado, extinguindo-se em seu termo final regular. ” A rescisão do contrato de trabalho por prazo já estipulado, talvez seja o modo mais simples, uma vez que o mesmo possui registrado as datas de início e término antecipadamente combinadas entre o trabalhador e o empregador, portanto, não há surpresas que motivam a rescisão contratual que não seja o término do prazo do contrato, com exceção de uma motivação justa no decorrer do mesmo.

1.3 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR DECISÃO DO EMPREGADO, - “PEDIDO DE DEMISSÃO”.

Tal modalidade de rescisão do contrato de trabalho motivada pelo empregado é o denominado “pedido de demissão”, que está contido no parágrafo 2º do artigo 487 da CLT, consistindo na declaração de vontade do empregado em não mais continuar com o cumprimento do pacto laboral, tal pedido deve ser realizado por escrito pelo trabalhador e entregue ao empregador.

O pedido de demissão traz por consequência a supressão do pagamento ao empregado de algumas verbas trabalhistas, assim, resta ao empregado receber apenas o saldo de salário, 13º salário proporcional do ano, férias vencidas e proporcionais +1/3.

Em se tratando de rescisão do contrato de trabalho por decisão do empregado, este deve cumprir trabalhando o aviso prévio de 30 dias ao empregador, caso contrário, o empregador descontará o referido valor do total das verbas rescisórias do empregado. Por fim, o empregado que pede demissão, perde o direito em sacar os valores depositados no FGTS e em receber o Seguro Desemprego.

1.4 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR DECISÃO DO EMPREGADOR (DISPENSA INJUSTA).

A rescisão do contrato de trabalho por decisão do empregador (dispensa injusta) é a modalidade de rescisão contratual que não está fundamentada em nenhuma das condutas contidas no artigo 482 da CLT. Trata-se da dispensa por vontade do empregador em entender não mais ser viável a continuidade da relação contratual empregatícia.

Por tal fato, restou estabelecido na Constituição Federal de 1988, como direito do trabalhador ter a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, assim, em tais casos de demissão injusta, para desmotivar a dispensa e proteger o contrato laboral, ao empregador foi imposta a obrigação de indenizar o empregado demitido com a multa equivalente a 40% sobre o valor depositado no FGTS.

A demissão sem justa causa, garante ao empregado o direito em receber a indenização referente ao aviso prévio, se não cumprir o prazo trabalhando, o saldo de salário, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, acrescidas de 1/3, sacar valores do FGTS e a indenização da multa de 40%, bem como em ser beneficiado pelo pagamento do seguro desemprego, dependendo do tempo de serviço desenvolvido.

1.5 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR APOSENTADORIA.

A aposentadoria do empregado é uma modalidade de extinção do contrato de trabalho, que anota a baixa na CTPS no dia anterior a aposentadoria perante o INSS, com o pagamento do 13º salário proporcional, férias vencidas +1/3, férias proporcionais +1/3 e a readmissão no dia seguinte, a lei permite que o aposentado continue trabalhando, a OJ 361 do TST, não considera a aposentadoria como extinção do contrato de trabalho.

1.6 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MORTE DO EMPREGADO.

Parafraseando o texto do personagem *“Chicó”,* sobre a morte, em “O Auto da Compadecida”, obra do saudoso escritor “Ariano Suassuna”, escrita em 1955 e publicada em 1957, que diz: *“(...) cumpriu sua sentença encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca do nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo que é vivo morre.”*

Assim, a morte é a extinção da personalidade natural ou civil, nos termos do artigo 06º do Código Civil, portanto, com o falecimento do empregado a extinção do contrato individual de trabalho é imediata, e para determinação do cálculo das verbas rescisórias considera-se está rescisão do contrato de trabalho como um pedido de demissão, sem aviso prévio.

Os valores não recebidos em vida pelo empregado, serão pagos em quotas iguais aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento

1.7 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MORTE DO EMPREGADOR.

Em se tratando o empregador de pessoa física, ou microempreendedor individual, com a sua morte, ocorre o encerramento da atividade da empresa, assim o contrato de trabalho está automaticamente extinto.

Sendo o empregador de pessoa jurídica, a morte do proprietário do negócio (pessoa física), por sua vez, não interfere na extinção do contrato, caso em que o negócio continue a ser gerenciado e representado por seus demais titulares ou herdeiros, pois a extinção do contrato de trabalho se dará caso exista a extinção da empresa.

1.8 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHOPOR EXTINÇÃO DA EMPRESA.

O contrato de trabalho também se extingue na ocorrência da extinção da empresa ou de sua falência, nesses casos o empregado terá direito a todas as verbas rescisórias como se estivesse sendo demitido sem justa causa.

Nos casos específicos de falência empresarial decretada, existe a necessidade de habilitação pelo empregado na lista de credores em ação falimentar do qual, os créditos trabalhistas possuem caráter privilegiado em relação aos demais, nos termos do artigo 49, 54, 83, I, e 151 da Lei 11.101/2005.

1.9 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR FORÇA MAIOR.

Todo acontecimento, imprevisto e insuportável, alheio à vontade das partes, tais como; inundação, incêndio, vendaval e outros, podem ser considerados como causa de rescisão do contrato de trabalho, nos termos do artigo 501 da CLT.

Ocorrendo tal fato, o empregado recebe sua indenização pela metade, a título de ilustração, temos o recente exemplo da ocorrência do rompimento da barragem de rejeitos minerais da empresa “Samarco” e “Brumadinho” no Estado de Minas Gerais que inundou o Distrito de Bento Rodrigues, da Comarca do Município de Mariana.

1.10 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR CULPA RECÍPROCA.

A rescisão do contrato de trabalho ocasionada por culpa recíproca, ocorre quando as partes cometem de forma simultânea alguma falta grave que justifique a rescisão indireta e a despedida por justa causa, neste sentido a atual Súmula 14 do TST dispõe que o empregado deve receber a metade do valor do aviso prévio, férias e 13º salário e multa do FGTS.

Neste sentido alguns entendimentos jurisprudenciais:

> *Súmula 14/TST - 12/07/2016. Culpa recíproca. Rescisão do contrato de trabalho. Indenização. Aviso prévio. Décimo terceiro. Férias proporcionais. CLT, arts. 129, 484 e 487. "Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (CLT, art. 484), o empregado tem direito receber o importe de 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais. "*

> TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00114365920145010018 RJ (TRT-1)
> Data de publicação: 19/01/2016
> Ementa: CULPA RECÍPROCA. A má conduta da reclamante no local de trabalho justifica a culpa recíproca considerada pelo MM. Juízo de primeiro grau para a dispensa, acarretando a limitação das parcelas rescisórias ao percentual de 50%. Sentença que se mantém.

1.11 A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR ACORDO EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA DE 2018.

A reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, inovou com a modalidade de rescisão do contrato de trabalho por acordo entre o empregado e o empregador, artigo 484-A da CLT. Assim, existindo o consenso entre as partes com o objetivo de encerrar o contrato de trabalho, o empregador deverá pagar 20% da multa do FGTS e 50% do valor do aviso prévio.

Em contrapartida o empregado poderá soerguer 80% do saldo de seu FGTS, não tendo o direito de receber o seguro desemprego.

CAPITULO 2.

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO

Antes de ingressar ao estudo do tema do presente trabalho e para melhor compreensão do mesmo é importante discorrer sobre os seus pontos periféricos, não menos importante, conforme serão expostos.

2.1 PODER DE CONTROLE E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR.

Durante a relação de trabalho é uma prerrogativa do empregador fiscalizar as atividades executadas pelo seu empregado, com o objetivo de controlar o cumprimento das ordens, do modo de execução do serviço, bem como da obtenção da atividade final e do progresso financeiro do negócio mercantil. Observa-se que o empregador busca assegurar o seu poder diretivo e o controle sobre as atividades dos empregados, demonstrando o poder disciplinar que exerce.

Leciona o Prof. Amauri Mascaro Nascimento que o “Poder disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares” (11).

Contudo, a atuação do poder disciplinar deve manter-se nos limites do equilíbrio entre a ordem jurídica e a boa-fé objetiva e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a culpa do trabalhador. (12)

---

(11) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito do trabalho.24 ed. São Paulo: Saraiva, LTr, 2009. p. 660.

(12) MARTINS, Melchíades Rodrigues, justa causa, São Paulo: LTr.2010. p. 35.

Por tal fato, quando as normas disciplinares são afrontadas pelo cometimento de uma falta grave, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado, constitui na pena máxima a ser aplicada ao mesmo, que veremos a seguir.

2.2 DA RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO.

A rescisão do contrato de trabalho por "justa causa" do empregado, segundo o Prof. "Valentin Carrion", é oriunda de um ato ilícito praticado pelo mesmo, que violando alguma obrigação legal ou contratual, *explicita ou implícita*, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus de pagamento de indenização ou percentual sobre o deposito no FGTS. "(13). O Prof. Melchíades Rodrigues Martins, em sua obra conceitua justa causa como: "todos os atos faltosos do empregado contrário às regras de boa conduta no ambiente de trabalho, na prestação de serviços, ou mesmo fora do local de trabalho". (14).

O Prof. Amauri Mascaro Nascimento a define a rescisão do contrato de trabalho por "justa causa" do empregado como sendo "a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos contrários aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes de vínculo jurídico" (15).

_____

(12) CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação da Leis do Trabalho. 24. Ed. São Paulo, Saraiva. 1999,pg. 409.

(13) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, iniciação ao Direito do Trabalho, 17. Ed. São Paulo. LTr1.1991.p.1991

(14) MARTINS, Melchíades Rodrigues, justa causa, São Paulo: LTr.2010. pg. 47.

(15) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito do trabalho.24 ed. São Paulo: Saraiva, LTr, 2009. p. 1.016.

Portanto, para que ocorra uma dispensa por justa causa do empregado, há que existir a imediata e anterior "falta grave" praticada pelo mesmo, que torne insuportável

a continuação do contrato de trabalho entre as partes ao ponto de acarretar como penalização imposta pelo empregador, a extinção do pacto por despedida por justa causa do obreiro.

Amauri Mascaro do Nascimento considera “justa causa”, o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequência, torne imediata e praticamente impossível a subsistência do contrato de trabalho. (16)

No mesmo sentido, o Prof. Wagner Giglio (Direito do Trabalho, 2000. p.12) ensina que “justa causa” poderia se conceituada como todo ato faltoso “*grave”*, praticado por uma das partes que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. Contudo para melhor entendimento é importante diferenciar dois fatos que possuem grande importância sobre o tema, e que muitas vezes parecem semelhantes, mas que possuem diferenciações: a justa causa e a falta grave.

Portanto, a falta grave é a intensidade, ou seja, o grau que o empregado demonstra para realizar a falta, uns entendem que a falta grave é o motivo da justa causa para rescindir o contrato de trabalho, sendo a primeira a “falta grave”, o motivo que é elencado pela lei e a segunda a “justa causa”, sendo a consequência da primeira que é a pena aplicada, o que parece mais lógico.

A extinção do contrato de trabalho por motivo justo, é a pena oriunda da conduta irregular do empregado que, por uma ou reiteradas vezes, leva à demissão, faltas estas elencadas no disposto do “taxativo”, artigo 482 da CLT, que por sua trajetória torna insuportável a continuidade do contrato de trabalho entre as partes.

_____

(16) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, iniciação ao Direito do Trabalho, 17. Ed. São Paulo. LTr1.1991.p.1991

Há requisitos configuradores da justa causa, tais como: os elementos “subjetivos”, onde está o dolo ou culpa do empregado, e os elementos “objetivos” onde

impera a tipicidade, a imediatidade, o “*non bis idem*”, ou seja, não punir duas vezes o empregado pela mesma falta, ainda, a gravidade da falta, sendo tais elementos, analisados pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ressalta-se que a justa causa deve estar previamente tipificada em lei para que não seja afrontado o princípio da legalidade, assim, podemos observar que se trata de um sistema “taxativo”, os dispostos no artigo 482 da CLT, apresentando de forma clara e rígida as infrações cometidas no contrato de trabalho que acarretam a justa causada rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Há limites a aplicação de penalidades pelo empregador para que não ocorram exageros, observando critérios de 03 grupos para a fixação de penalidades trabalhistas, sendo eles: aspectos objetivos que são condições voltadas à conduta do empregado, envolvimento do mesmo no fato, a natureza da matéria, a gravidade do ocorrido para dosar a pena, proporcionalidade, imediação, prévia tipificação, nexo de causalidade, inexistência de duas punições pelo mesmo fato.

Os requisitos subjetivos para aplicar a pena são voltados a autoria do empregado no ato tipificado com infração grave, o grau de sua culpa ou “dolo” em relação a ocorrência, nexo de causalidade doloso e elementos de culpabilidade, tais como negligência, imprudência.

Os requisitos circunstanciais são conceitos de atuação disciplinar do empregador em face de falta cometida pelo empregado, ex.: nexo de causalidade, adequação da falta com a penalidade, proporcionalidade de uma com a outra, inalterabilidade de punição, singularidade da punição o caráter pedagógico da pena e intenção de ensinar o faltante e servir de exemplo a coletividade laboral.

Logo, para o empregador aplicar uma penalização ao empregado por cometer uma falta grave, deve o mesmo observar os seguintes critérios e princípios:

a) Adequação: por tal critério é apurado a harmonia e a proporcionalidade entre a falta e a punição.
b) Ausência do perdão tácito, também é uma exigência da norma jurídica, que ocorre quando certas faltas cometidas de menor potencial não são

objeto de manifestação por parte do empregador, tal silencio por longo prazo é entendido como o perdão tácito concedido pelo empregador.

c) Singularidade punitiva, critério de inalteração da punição, portanto, a penalização tem que ser definitiva, não podendo ser modificada.

A falta grave deve possuir requisitos denominados como “princípios da falta grave”, e que, em algumas ocasiões, são até mais importantes do que as próprias faltas praticadas. As faltas graves não são exemplificativas, e ao contrário, são taxativas, ou seja, só será considerada conduta irregular aquelas que estiverem contidas, taxativamente elencadas nos dispostos dos artigos 482, 483 da CLT.

Para a aplicação da justa causa em uma rescisão contratual, há que se observar a existência de alguns princípios que norteiam o direito do trabalho, evitando a prática de abusos contra o empregado. Tais regras e preceitos dos princípios que regulam o tema serão expostos a seguir.

2.3 PRINCÍPIO DA IMEDIATIVIDADE.

O princípio da imediatividade da punição é a exigência da norma jurídica em que a punição seja aplicada tão logo ocorra o conhecimento da falta cometida pelo empregado, evitando assim, a pressão permanente ao mesmo, pois ultrapassado o momento da ação de punição é considerado o perdão tácito do empregador em relação a falta, podendo desconsiderar a justa causa**.**

2.4 PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

O princípio da causalidade demonstra que a punição deve ser aplicada ao empregado que deu causa ao fato ilícito, o penalizado e o ato da falta grave deve possuir nexo de causalidade com o fato punido. Portanto, não se pode punir o chefe de um setor por falta ocorrida no local, somente por ser ele o responsável pelo setor.

2.5 PRINCÍPIO DO PREQUESTIONAMENTO.

Este princípio possui ligação direta com o princípio da imediatividade, portanto, não se pode acumular faltas contra um empregado e após certo tempo demiti-lo por justa causa fundamentando nas faltas cometidas no passado. No entanto, as faltas necessitam serem pré-questionadas com as primícias; “advertências e suspensões”, para certificar que o empregado está ciente que a sua conduta está sendo irregular, dando ao mesmo a oportunidade de rever a sua postura e regenerar-se.

2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Este princípio deve ser observado ao ser aplicado a pena de justa causa, pois a referida pena deve ser proporcional a falta grave cometida, observando que a pena máxima a ser importa ao empregado. Portanto, a falta realmente deve ser incorrigível ao ponto de ser extinto o contrato com a rescisão por justa causa.

Antes da aplicação da justa causa ao empregado, é necessário, observar se outras medidas inibitivas, tais como a suspensão e a advertência são razoáveis e capazes de coibir a nova prática de conduta faltosa do empregado, possuindo assim, a função pedagógica. Assim, deve ser analisado pelo empregador, o gral de culpa e a intensidade do dolo do empregado para que a punição máxima aplicada não seja excessiva, sob pena de ser revertida a justa causa pelo Poder Judiciário.

_____

(17) SUSSEKING. Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho, vol.1.22.ed. SãoPaulo;LTR, 2005.

Conforme conclui o Prof. Arnaldo Sussekind; “a proporcionalidade deve ser aferida observando-se a gravidade do ato praticado, a repercussão patrimonial para o empregador e o comprometimento da fidúcia entre as partes.”

2.7 AS INFRAÇÕES TIPIFICADAS NO ARTIGO 482 DA CLT - RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO.

No artigo 482 da CLT podemos observar o rol taxativo, categórico e definitivo das infrações tipificadas, que quando cometidas pelo empregado, ensejam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa do mesmo. O Prof. Sérgio Pinto Martins diz em sua obra que “não é uma norma meramente exemplificativa, pois há necessidade de ser descrito o tipo para o enquadramento da falta cometida pelo empregado”. (18).

Portanto, para que haja a rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado, tal pena máxima somente pode ser aplicada se o ato praticado pelo obreiro estiver contido nas mencionadas hipóteses legal do artigo 482 da CLT, ainda, resta necessário que haja nexo causal entre o ato praticado e a punição, de forma que não seja aplicada a justa causa sobre um fato com o objetivo de alcançar outras faltas. (19).

2.8 ATO DE IMPROBIDADE.

A palavra improbidade significa desonesto, má qualidade, imoralidade, malícia, logo, este ato revela mau caráter, perversidade, maldade.

_____

(18) MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.22 ed.São Paulo; atlas,2006. Pg. 67.

(19) MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.22 ed.São Paulo; atlas,2006. Pg. 73

Caracteriza-se quando o empregado pratica um furto, roubo, apropriação indébita de bens da empresa, falsifica documentos, entre outros atos. Qualquer ato do empregado que atente contra o patrimônio do empregador de terceiro ou de companheiro do trabalho.

Consiste em atos que revelam claramente desonestidade, abuso, fraude, ou seja, a ação dolosa do empregado visando uma vantagem para si ou para outrem e decorrência do emprego.

.

Jurisprudência

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00012131620125020042 SP 00012131620125020042 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 01/07/2015

Ementa: JUSTA CAUSA. IMPROBIDADE. Improbidade, que está no rol das infrações tipificadas pelo artigo 482 da CLT , é todo ato de desonestidade, ato contrário aos bons costumes, à moral, à lei e que provoque dano ao patrimônio do empregador ou de terceiros. Hipótese em que ficou demonstrada a conduta irregular da reclamante, a justificar plenamente a rescisão contratual por justa causa.

2.9 ATO INCONTINÊNCIA DE CONDUTA OU MAU PROCEDIMENTO.

O ato incontinência de conduta ou mau procedimento está relacionado a obscenidades, libertinagem, pornografias que configuram a incontinência de conduta. É o desregramento do empregado no tocante a sua vida sexual, logo, quando ocorre a prática de um assédio sexual de uma pessoa contra a outra, causando constrangimento, ofensa, considerando a falta de reciprocidade, se evidencia a falta grave que dá ensejo a dispensa por justo motivo.

O mau procedimento é o inverso da boa-fé, uma atitude irregular do empregado, incompatível com as regras de convivência em sociedade. Um exemplo

comum é a utilização dos computadores da empresa para acessar sites impróprios, o envio de e-mails com conteúdo obsceno, etc.

A incontinência de conduta é a conduta culposa que atinge a moral sob o ponto de vista sexual.

Jurisprudência

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00021356120145020018 SP 00021356120145020018 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 01/07/2015
Ementa: JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. Mau procedimento, que está no rol das infrações tipificadas pelo artigo 482 da CLT , é a conduta temerária e manifestamente irregular do empregado, a exemplo do consumo de bebida alcoólica no ambiente de trabalho. Demonstrada a conduta irregular do reclamante, plenamente justificada a rescisão contratual por justa causa.

2.10 NEGOCIAÇÃO HABITUAL.

Tal falta ocorre quando o empregado, sem autorização expressa do empregador, por escrito ou verbalmente, vem a exercer, de forma habitual, atividade concorrente, explorando o mesmo ramo de negócio, ou exerce outra atividade que, embora não concorrente, prejudique o exercício de sua função na empresa.

Não é impedido que o empregado tenha mais de um emprego, todavia, o que não é permitido é a concorrência com seu empregador em serviço, assim, o desvio de cliente em benefício próprio ou de outrem caracteriza a fraude que se assemelha a concorrência desleal.

A negociação é habitual por contra própria do empregado ou alheia, sem a permissão do empregador quando constitui ato de concorrência desleal a empresa para o qual trabalha afrontando o contrato de trabalho. O ato demonstra a clara má-fé do empregado que se embute no interior da empresa sugando o êxito da mesma para o seu concorrente.

Jurisprudência

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00032104320125020039 SP 00032104320125020039 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 12/11/2014

Ementa: JUSTA CAUSA - ARTIGO 482, C DA CLT A negociação habitual e o uso dos recursos do empregador em benefício do empregado e de seus familiares justificam a rescisão contratual por justa causa assentada no artigo 482, c da CLT.

2.11CONDENAÇÃO CRIMINAL.

Na hipótese de julgamento do empregado pela autoridade competente, e este venha a ser condenado por sentença criminal com trânsito em julgado, a qual não cabe mais recurso, em que pese, hoje, haver o STF decidido que pode haver prisão em condenação de segunda instancia, diante disso, o indivíduo perderá a sua liberdade, como consequência, também perderá um dos principais requisitos que caracterizam o vínculo empregatício, a habitualidade na prestação do serviço ao empregador.

Nesta hipótese, o empregador está autorizado a proceder seu desligamento por justa causa. O fato é que a pena deve, a sentença venha impedir a continuidade do contrato posto que a liberdade do empregado restará privada sendo impossível continuar com o prosseguimento do contrato de trabalho.

Urge ressaltar que para que se possa demitir um funcionário em razão do mesmo ter sido condenado criminalmente, não há necessidade dos fatos apurados na esfera penal terem qualquer tipo de relação com a atividade pertinente ao seu labor. Todavia é indispensável que fique demonstrado dois requisitos cumulativos; a) o transito em julgado da decisão penal e b) a reclusão do empregado.

Jurisprudência

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO RO 00024287520135020047 SP 00024287520135020047 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 12/08/2014

Ementa: ABANDONO DE EMPREGO. EMPREGADO EM PRISÃO PROVISÓRIA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. A prisão provisória é causa de suspensão do contrato de trabalho, não se configurando em falta injustificada ao serviço (artigo 131, V da CLT). Somente a condenação criminal transitada em julgado caracteriza a justa causa para dispensa (artigo 482, alínea 'd' da CLT).

2.12 DESÍDIA.

A desídia é a tendência do empregado em se esquivar de qualquer esforço físico, não deixa de ser um mau procedimento em sentido amplo, negligência preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento, descaso, atos ou situações em que o empregado deixa de realizar suas obrigações. (20) É o tipo de falta grave que, na maioria das vezes, consiste na repetição de faltas leves, que ao se acumularem culminam na dispensa do empregado.

_____

(20) MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.22 ed.São Paulo; atlas,2006. Pg. 77

Contudo, dependendo da extensão do ato faltoso do empregado, apenas uma falta poderá configurar a desídia, os elementos caracterizadores são o descumprimento pelo empregado da obrigação de maneira diligente e sob horário o serviço que lhe está afeito. São elementos materiais, ainda, a pouca produção, os atrasos frequentes, as faltas injustificadas ao serviço, desatenção reiterada, desinteresse continuo, a produção imperfeita e outros fatos que prejudicam a empresa e demonstram o desinteresse do empregado pelas suas funções.

Há um entendimento predominante de que quando a conduta desidiosa é de pequena monta, não afetando de forma drástica a relação de empresa, neste caso deve ser empregado a advertência e a suspensão ao empregado faltoso, devido ser uma penalização menos danosa ao empregador e ainda, com objetivo pedagógico para que o mesmo venha a corrigir suas falhas.

Todavia, sendo ineficaz a tentativa de recuperação da conduta desidiosa do empregado, não resta outra medida a não ser a aplicação da justa causa por parte do empregado a resolução do contrato de trabalho das partes. A desídia deve ter relação com o contrato de trabalho, o empregado deve estar sendo negligente no desenvolvimento das suas atividades laborais, portanto a justa causa por desídia ocorre apenas no desenvolvimento do serviço do empregado.

Neste sentido alguns entendimentos jurisprudenciais:

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00015591220145020069 SP 00015591220145020069 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 25/09/2015

Ementa: JUSTA CAUSA. DESÍDIA. As faltas injustificadas ao trabalho caracterizam desídia na prestação de serviços, revelando um comportamento negligente quanto às atividades exercidas, de modo que implica na dispensa do empregado por justa causa.

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 296200846602008 SP 00296-2008-466-02-00-8 (TRT-2)

Data de publicação: 20/01/2009

Ementa: RECURSO
ORDINÁRIO. EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA POR JUSTA CA
USA. DESÍDIA. INCONTINÊNCIA DE CONDUTA E MAU
PROCEDIMENTO.COMISSAO DISCIPLINAR. GUARDA MUNICIPAL.
Houve instauração regular de procedimento administrativo, mediante comissão constituída por servidores públicos integrantes do quadro administrativo da Prefeitura Municipal, para apuração da falta grave. Esta foi tipificada devidamente. Foi assegurada a amplitude do direito de defesa. Ademais, no processo judicial, da mesma forma, ensejou-se às partes a atuação irrestrita do referido direito constitucional. Em 17 de junho de 2007, o ora recorrente ultrapassou a faixa de isolamento e não atendeu às ordens (legítimas e emanadas de superior competente) para que se retirasse do local em que o inspetor Olavo tentava dialogar com Amintas, este acorrentado e com revólver nas mãos, com ameaça de suicídio. O recorrente afrontou e ameaçou fisicamente o superior. Houve necessidade de intervenção da polícia militar.O recorrente foi apontado como autor de cotovelada na PM feminina que estava no local. Sentença que é mantida.
Encontrado em: Número: 20081103322 11ª TURMA 20/01/2009 - 20/1/2009 JUSTACAUSA, Incontinência de conduta e mau

2.13 EMBRIAGUEZ HABITUAL OU EM SERVIÇO.

“O assunto será tratado em capítulos especifico ao estudo científico.”

2.14 VIOLAÇÃO DE SEGREDO DA EMPRESA.

O objetivo do disposto é resguardar os segredos e informações confidenciais da empresa, a infringência caracteriza-se quando o empregado revela segredos aos seus cuidados sobre produtos, técnicas, fórmulas, senhas sigilosas de uso exclusivo da empresa a terceiros e empresas concorrentes. O Prof. Amauri Mascaro, violação de segredo da empresa “é a divulgação não autorizada das patentes de invenção ou

métodos de execução, formulas, escritas comerciais e, enfim, de todo fato, ato de coisa de uso exclusivo da empresa que não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo remoto, provável ou imediato a empresa".(21)

A revelação só caracterizará violação se for feita a terceiro interessado, capaz de causar prejuízo à empresa, ou a possibilidade de causá-lo de maneira apreciável.

Jurisprudência

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00030748620135020079 SP 00030748620135020079 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 09/01/2015

Ementa: JUSTA CAUSA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DADOS SIGILOSOS PARA FAVORECIMENTO PRÓPRIO E DA CONCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE EMPRESA. MAU PROCEDIMENTO CONFIGURADO.

Postas as premissas de que o emprego é a fonte essencial de subsistência do trabalhador e que a continuidade do contrato de trabalho se presume, é forçoso concluir que a irregularidade de conduta, pondo em risco a manutenção do emprego, do qual o trabalhador necessita para seu sustento, contraria a ordem natural do sistema de relações do trabalho e, assim, deve ser cabalmente provada. In casu, ficou constatado que o autor apoderou-se de um bem incorpóreo e sigiloso da reclamada, qual seja, a lista de clientes e potenciais clientes constante do banco de dados da ré, e a utilizou com a nítida intenção de captar clientes para sua nova empregadora, caracterizando violação de segredo. Configurado, ainda, o mau procedimento, em virtude da desleal atitude do empregado, ao trair a

(21) NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 17 ed. São Paulo;Ltr, 1991,p.198.

confiança e a fidelidade necessárias na prestação de serviços em prol da reclamada. Desse modo, logrou êxito a ré em demonstrar um quadro comportamental de mau procedimento por parte do demandante, bem como a violação de segredo de empresa, e que a punição aplicada não se revelou excessivamente rigorosa. Acolhe-se, portanto, a alegação de falta grave atribuída ao demandante, sendo, pois, de rigor, o reconhecimento do despedimento motivado. Recurso do autor ao qual se nega provimento.

2.15 ATO DE INDISCIPLINA OU DE INSUBORDINAÇÃO.

Tanto na indisciplina como na insubordinação existe atentado a deveres jurídicos assumidos pelo empregado pelo simples fato de sua condição de empregado subordinado. A desobediência a uma ordem específica, verbal ou escrita, constitui ato típico de insubordinação; a desobediência a uma norma genérica constitui ato típico de indisciplina.

A indisciplina e a insubordinação são configuradas pelo descumprimento de ordens, a diferença é que a indisciplina é o descumprimento de ordens gerais no serviço e a insubordinação é a desobediência de ordem pessoal direta e especifica determinado empregado.

Obviamente as ordens devem ser licitas e não ultrapassando o poder de comando do empregador ao contrato de trabalho, caso contrário caracteriza o abuso da autoridade do superior.

Jurisprudência

*TRT-9 - 1875201188900 PR 1875-2011-88-9-0-0 (TRT-9)

Data de publicação: 02/03/2012
Ementa: TRT-PR-02-03-2012 JUSTA CAUSA. ATO DE INDISCIPLINA E DE INSUBORDINAÇÃO. ÔNUS

> DA PROVA. É do empregador o ônus de comprovar os motivos que levam a despedida por justa causa, em abono ao princípio da continuidade da relação de emprego (arts. 818 da CLT e 333 , II , do CPC). Comprovado que, frustrada negociação para compensar horas não trabalhadas durante os jogos do Brasil na Copa do Mundo de Futebol de 2010, o Autor, mesmo assim, ausentou-se do trabalho, somando-se a tanto anteriores 06 (seis) advertências e 02 (duas) suspensões, decorrentes de faltas injustificadas, saídas antecipadas sem justificativa e desídia, restam configurados, inegavelmente, atos de indisciplina e insubordinação tratados no art. 482 , e e h, da CLT . Inegável a quebra da confiança exigida para a continuidade do vínculo empregatício e verificada gradação nas punições, não se vislumbra desproporcionalidade ou rigor excessivo na sanção. Portanto, a prova da justa causa foi feita com a robustez necessária, não se cogitando de reversão. Recurso do Autor a que se nega provimento.

2.16 ABANDONO DE EMPREGO.

É o fato do empregado deixar, ainda que temporariamente, o exercício de um cargo, sem prévia licença do superior hierárquico, ou de exceder, injustificadamente, do prazo que nesta lhe foi concedido. A falta injustificada ao serviço por mais de trinta dias faz presumir o abandono de emprego, conforme entendimento jurisprudencial.

Existem, no entanto, circunstâncias que fazem caracterizar o abandono antes dos trinta dias. É o caso do empregado que demonstra intenção de não mais voltar ao serviço. Por exemplo, o empregado é surpreendido trabalhando em outra empresa durante o período em que deveria estar prestando serviços na primeira empresa.

Para a aplicação da justa causa por abandono de emprego é necessário observar dois fatores, a) objetivo, que consiste no real afastamento do emprego por parte do empregado, b) subjetivo, que consiste na intenção ainda que implícita do empregado romper o vínculo.

O Prof. Valentin Carrion, em sua obra, deixa claro que para configurar o abandono de emprego é necessário a demonstração de ausência injustificada mais ou menos longa emprego por parte do empregador, por 30 dias, conforme fixa a jurisprudência, mas pode ser menor, de acordo com as circunstâncias, ex. se o empregado já possuir outro emprego, a necessidade é provar o abandono e o ônus.

Neste sentido alguns entendimentos jurisprudenciais:

*Súmula nº 212 do TST

> DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

*TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00102023020145010022 RJ (TRT-1)

> Data de publicação: 15/02/2016
> Ementa: ABANDONO DE EMPREGO. OCORRÊNCIA. Configura-se a rescisão contratual por justa causa, quando os elementos dos autos levam à conclusão de ter havido abandono de emprego.

_____

(22) CARRION, Valentin, CLT, 2013, Saraiva, pag. 465.da prova é o empregador, conforme a sumula 212 do TST.(22)

2.17 OFENSAS FÍSICAS.

As ofensas físicas constituem falta grave quando têm relação com o vínculo empregatício, praticadas em serviço ou contra superiores hierárquicos, mesmo fora da empresa. As agressões contra terceiros, estranhos à relação empregatícia, por razões alheias à vida empresarial, constituirá justa causa quando se relacionarem ao fato de ocorrerem em serviço.

A legítima defesa exclui a justa causa. Considera-se legítima defesa, quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Os atos que lesam a honra e a boa fama são atos caluniosos, injuriosos e difamatórios, ou seja, agressões verbais por palavras ou gestos, agressão físicas, e, tais fatos devem ocorrer em horário de serviço ou no âmbito da empresa pode ser caracterizado contra outro empregado ou cliente.

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO RO 00029046220135020064 SP 00029046220135020064 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 15/08/2014

Ementa: JUSTA CAUSA. OFENSAS FÍSICAS. CONFIGURAÇÃO. Ofensas físicas, praticadas por empregado contra qualquer pessoa, configuram-se como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

2.18 LESÕES. À HONRA E À BOA FAMA.

São considerados lesivos à honra e à boa fama gestos ou palavras que importem em expor outrem ao desprezo de terceiros ou por qualquer meio o magoar em sua dignidade pessoal.

Na aplicação da justa causa devem ser observados os hábitos de linguagem no local de trabalho, origem territorial do empregado, ambiente onde a expressão é usada, a forma e o modo em que as palavras foram pronunciadas, grau de educação do empregado e outros elementos que se fizerem necessários.

*TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 18152005012020 08 SP 01815-2005-012-02-00-8 (TRT-2)

Data de publicação: 11/03/2010

Ementa: "DO RECURSO DA RECLAMADA. Da justa causa. Para que fique caracterizada a demissão por justa causa imputada ao empregado, é necessária prova clara e induvidosa do ato faltoso, vez que tal modalidade gera grande repercussão na vida social e profissional do trabalhador. No caso sob exame, a reclamada não se desincumbiu do *ônus probandi*. Não há que se falar em prova induvidosa, não houve comprovação da falta grave, os fatos apontados não têm o condão de caracterizar desídia, justificadora da penalidade máxima, como pretende a reclamada. Mantenho. Da aplicação da multa do artigo 477 da CLT. A reclamante foi dispensada imotivadamente, sem perceber verbas rescisórias no prazo legal. Devida a multa. Nego provimento. Das horas extras. A testemunha da reclamada, que exercia a função de gerente, afirmou que as horas extras não eram consignadas no livro de ponto. Desse modo, tal documento torna-se inidôneo como meio de prova, configurando-se a inversão do ônus da prova à luz do entendimento contido na Súmula n. 338 do Col.TST. Não há que se falar em limitação temporal das horas extras, que são devidas durante o contrato de trabalho. Nego provimento. DO RECURSO DA RECLAMANTE. Do dano moral. A não comprovação da justa causa já traz embutida a sanção relativa ao pagamento das verbas rescisórias próprias da dispensa imotivada, não podendo se somar a essas a indenização por dano moral, caso não

> comprovada devidamente a lesão à honra e boa fama da empregada. RECURSOS ORDINÁRIOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO." Encontrado em: Número: 20100157488 10ª TURMA 11/03/2010 - 11/3/2010 PROVA, justa causa

2.19 JOGOS DE AZAR.

Jogo de azar é aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente de sorte. Para que o jogo de azar constitua justa causa, é imprescindível que o jogador tenha intuito de lucro, de ganhar um bem economicamente apreciável.

Para o Prof. Amauri Mascaro o jogo de azar é o jogo ilegal do qual o empregado se dedica constantemente ao ponto de trazer prejuízo ao serviço e ao ambiente de trabalho, praticadas no interior da empresa no horário de almoço, é uma situação de pouco uso nos atuais dias, mas está previsto em lei.

2.20 ATOS ATENTATÓRIOS À SEGURANÇA NACIONAL.

A demissão por justa causa ao empregado fundamentado em atos atentatórios à segurança nacional, somente poderá ocorrer, após o inquérito administrativo, que deve comprovar os atos atentatórios contra a segurança nacional.

A Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983, que trata da Segurança Nacional, esclarece de maneira objetiva que quais são os atos atentatórios contra a segurança nacional, a título de exemplo cito alguns:

- tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país;

- aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional, tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente;
- importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas;

- comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, classificados como sigilosos;

- praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres;

- integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça;

- revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários.

- devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas;

- apoderar-se ou exercer o controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros.

A averiguação de prova desses atos deve ser incontestável, e o empregado poderá ser afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho, sem que se configure a suspensão do contrato de trabalho. o pedido será realizado ao empregador, em representação com Audiência da Procuradoria Regional do Trabalho.

CAPITULO 03.

3. DO ALCOOLISMO, EMBRIAGUEZ E ENTORPECENTES.

O terceiro capítulo apresentará a análise da dispensa por justa causa motivada pelo consumo de álcool ou uso de drogas, acometida de forma habitual ou durante o serviço, sendo demonstrado o entendimento da legislação de jurisprudência sobre a questão. Assim, trazendo os questionamentos se a embriaguez é uma falta grave praticada pelo empregado para a rescisão contratual por justa causa.

O disposto no artigo 482, alínea (F) da CLT, é taxativo quanto a demissão por justa causa devido a embriaguez no labor, o fato é justificado, tanto pela prevenção da segurança do empregado e de terceiros no ambiente do trabalho, bem como a redução da produtividade causado pelo estado etílico ou entorpecido por drogas pelo empregado.

Segundo o Prof. Wagner Giglio, *"a intenção do legislador foi sancionar o empregado que, por vício ou incontinência ingerisse ou se ministrasse drogas nocivas que lhe perturbassem a razão."* (22.1). Portanto, não restam dúvidas que o empregado etilista e "ébrio" no âmbito laboral, não possui condições de executar sua função e consequentemente, causará prejuízos financeiros, acidentes de trabalho, sendo ainda, um péssimo exemplo aos seus pares de trabalho.

O conceito do termo "embriaguez" é definido pelo Dicionário Jurídico Brasileiro "Acquaviva" elaborado por "Marcus Cláudio", como intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos, que priva o sujeito da capacidade normal de entendimento. (22)

_____

(22) ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. P.528.

(22.1) GIGLIO, Wagner D. Justa Causa 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, (2000, p.153)

Ensina o médico "*Genival Veloso França*", que "a embriaguez alcoólica é um conjunto de manifestações neuropsicossomáticas da intoxicação etílica aguda de caráter episódico e passageiro." (23)

3.1 FASES DA EMBRIAGUEZ.

Em suma, a embriaguez se intercala em fases, inicialmente em excitação e euforia, após determinado grau, o etilista atinge a fase de confusão em que o discernimento é prejudicado, posteriormente, em maior grau de álcool ingerido, atinge a fase de sonolência, onde o ébrio não reage a estímulos normais.

Por fim, instala-se a fase da inconsciência ou coma alcoólico, onde o grau de intoxicação por álcool é grave ao ponto de dilatação de pupilas oculares, pulso e respiração lenta, podendo ocorrer parada cardiorrespiratória com risco de morte.

Segundo o Prof. Sérgio Pinto Martins, abaixo é demonstrado o grau de embriaguez em conformidade com a dosagem de álcool no sangue:(24)

- De 0,4 a 0,8 g/l de dose de álcool no sangue = sinais clínicos de embriaguez
- De 0,8 a 2 g/l de dose de álcool no sangue = embriaguez leve
- De 2 a 3 g/l de dose de álcool no sangue = embriaguez moderada
- De 4 a 5 g/l de dose de álcool no sangue = como alcoólico
- Acima de 5 g/l de dose de álcool no sangue = dose mortal

_____

(23) FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

(24) MARTINS, Sérgio Pinto. Justa Causa. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.110.

3.2 DIFERENÇA ENTRE EMBRIAGUEZ E O ATO DE BEBER.

Segundo a definição da OMS a “embriaguez” é toda forma de ingestão de álcool que excede ao consumo tradicional, aos hábitos da comunidade considerada, quaisquer que sejam os fatores etiológicos responsáveis e qualquer que seja a origem desses fatores, por exemplo, a hereditariedade, a constituição física ou as alterações fisiopatológicas adquiridas.

É importante ressaltar a diferença entre o ato de beber e a embriaguez, pois o empregado pode haver ingerido bebida alcoólica e não apresentar sinais de embriaguez, sendo este o ato de beber, e, a lei trabalhista considera como fato ensejador da justa causa, não o ato de beber, mas sim a instalação do quadro de embriaguez.

Já a embriaguez se demonstra quando o indivíduo ingeriu álcool em quantidade de não compreender seus atos, raciocínio e estando incapaz de executar com prudência o trabalho profissional com segurança, não havendo razoabilidade em se admitir a “embriaguez.

Portanto, não parece coerente a dispensa por justa causa do empregado que tomou um “aperitivo” e não está embriagado, ao contrário do empregado que se apresenta no local de labor embriagado ou entorpecido sem o controle de suas faculdades mentais, estando inapto para exercer sua atividade de trabalho.

Neste sentido é o entendimento do TRT2

> JUSTA CAUSA. “EMBRIAGUEZ HABITUAL” E “AO DE BEBER” Ainda que se admita que o autor ingerisse bebida alcoólica, cumpre salientar que não há sinonímia entre a embriaguez e o ato de beber, haja vista que este não resulta necessariamente naquele. Segundo Wagner Giglio, citando a definição de embriaguez, feita pela Associação Médica Britânica – “A palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades ao ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagre no momento”. Se o empregador permitiu que o recorrente continuasse exercendo suas funções habituais de técnico de laboratório, era porque o mesmo detinha totais condições de exercer seu mister profissional com segurança, não havendo razoabilidade em se admitir a “embriaguez habitual” do trabalhador. Justa causa não configurada. (TRT2ª Região – RO 02950188430 – Sétima Turma, Relator Gualdo Formica).

3.3 O ÁLCOOL E AS DROGAS LÍCITAS.

Algumas pessoas utilizam de drogas ou álcool para amenizar situações de stress, ansiedade e depressão. No entanto, o uso prolongado de tais substâncias leva a dependência, acarretando danos à saúde.

A priori, o álcool é a substância alucinógena, lícita, mais simples de aquisição e consumo pelo obreiro, com preço acessível, podendo ser adquirida no comércio. O álcool é oriundo dos compostos orgânicos que contêm o grupo (OH.2), é um líquido volátil resultante de fermentações sacarinas", é denominado "etanol", conhecido como álcool etílico, sendo a única qualidade do produto que pode consumida pelo ser humano, uma vez que é formado pela fermentação do açúcar ou de matérias primas com origem vegetal que possuem elevados índices de frutose originando as bebidas alcoólicas, que podem ser oriundas da destilação e fermentação da cana-de-açúcar ou de diversos cereais, (milho, arroz, malte, cevada), raízes (mandioca, batata doce), frutas, tais como a (uva, cereja) ou de folhas como o eucalipto.

As bebidas alcoólicas em geral consumidas pelos empregados, são os aguardentes, vinhos, uísque, rum, vodka, conhaque, cervejas, champanhe, licores, sendo todos depressores da atividade do sistema nervoso central, pois diminuem a atividade do cérebro, deprimem o seu funcionamento, fazendo a pessoa fique "desligada" e "devagar", desinteressada pelas coisas. "

O álcool faz parte das substâncias psicolépticos, que são: álcool, solventes/inalantes, ansiolíticos, barbitúricos e opiáceos. Contudo, não é somente o álcool que pode ser utilizado como uma substância alucinógena pelo empregado, uma vez que existem inúmeras outras substâncias que podem afetar o equilíbrio psicológico do usuário, criando a dependência química e psíquica.

Os inalantes e solventes, tais como; éter, clorofórmio, gasolina, benzina, fluído de isqueiro, cola de sapateiro, tintas, vernizes, removedores, esmaltes, Benzeno, Acetato e cloreto de Etilo, (1) são drogas dos grupos de substancias voláteis utilizadas

para dissolver coisas, plásticas, tintas e demais, quando inaladas causam excitação, tonturas e perturbações visuais e auditivas ao usuário, bem como, causam depressão, perda do autocontrole, alucinações, em casos agudos causando surtos, convulsões, coma e morte.

As drogas ansiolíticas são medicamentos farmacológicos, tais como: Valium, Diempax, Kiatrium, Noan, Diazepam, Calmociteno, Psicosedim, Tensil, Relaxil, Lorax, Mesmerin, Relax, Deptran, Lexotan, Lexpiride, Rohipnol, Fluzerin, Dormonid, todas prescritas por médicos a tratamentos psiquiátricos cujo o objetivo é combatera tensão e ansiedade, ficando o usuário tranquilo e desligado do meio ambiente e dos estímulos externos. (23)

Tais drogas diminuem a ansiedade, induzem ao sono, relaxa os músculos e o estado de alerta, por outro lado, dificulta a aprendizagem, memória e prejudicam, parte das funções psicomotoras afetando atividades que requerem atenção.(24) As drogas supras quando ingeridas com álcool, tem os seus efeitos potencializados, podendo levar o usuário a estado de coma ou queda da pressão arterial e desmaios,(25) quando usadas por alguns meses, podem levar o usuário ao estado de dependência, com manifestações de irritabilidade, insônia excessiva, sudoração, dor pelo corpo, podendo, nos casos extremos, apresentar convulsões.

_____

(23) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/ansiol.htm
(24) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/ansiol.htm
(25) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/ansiol.htm

As drogas denominadas “barbitúricas” são as conhecidas como “soníferos”, medicamentos controlados pela ANVISA, que somente podem ser comercializados mediante apresentação de receita médica, servem para induzir o paciente a um sono profundo, e posterior despertar suavemente, hoje alguns deles são úteis como antiepilépticos, porém, causam forte dependência. (26)

As tais drogas são capazes de deprimir (diminuir) várias áreas do cérebro, levando o seu usuário a ficar sonolento, sentindo-se menos tenso, calmo e relaxado, com redução da capacidade de raciocínio e de concentração. Algumas delas com os

seguintes nomes comerciais: *Nembutal, Pentobarbital, Tiopental, Gardenal, Comital, Bromosedan, Fenobarbital.* (28)

Quando essas drogas são utilizadas em doses maiores, causa sensação de embriaguez, trazendo ao usuário a dificuldade de locomoção prejudicando a atividade psicomotora, (ficando perigoso a atividade com máquinas, dirigir automóveis etc.)(27)

O uso contínuo de drogas, medicamentos, barbitúricos levam, além da dependência, a síndrome de abstinência, com sintomas que vão desde insônia, irritação, agressividade, delírios, ansiedade, angústia e até convulsões generalizadas.

Por fim, na mesma classificação de drogas, temos as drogas “opiáceas”, são substâncias derivadas do ópio, que produzem uma analgesia, (diminuem a dor) em função disso, recebem o nome de narcóticos sendo também chamadas de drogas hipnoanalgésicas ou analgésicos narcóticos. Os opiáceos naturais, são derivados do ópio que não sofreram nenhuma modificação (ópio, pó de ópio, morfina, codeína), já osopiáceossemi-sintéticos, são resultantes de modificações parciais das substâncias naturais (heroína).

_____

(26) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/barbitur.htm
(27) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/barbitur.htm
(28) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/barbitur.htm

Os opiáceos sintéticos ou opióides, são fabricados em laboratório e tem ação semelhante à dos opiáceos (Zipeprol, Metadona); Codeína e Ziprepol, Ópio, Morfina, Heroína.

3.4 DROGAS ILÍCITAS.

As drogas ilícitas são todas aquelas cuja produção e comercialização é proibida por lei, por serem substâncias perturbadoras da atividade do sistema nervoso central,

modificando a atividade do cérebro, dificultando o funcionamento, fazendo com que o usuário tenha sua capacidade de compreensão e raciocínio distorcidas. Tais substâncias entorpecentes são chamadas de alucinógenos, psicodélicos, psicoticomiméticos, psicodislépticos, psicometamórficos, exemplo; maconha, cocaína, heroína, ópio, crack, LSD, haxixe, ecstasy etc.

3.5 MACONHA E HAXIXE

Maconha é o nome popular da planta chamada cientificamente de "*cannabis sativa"*, que se extrai a substância ativa "THC Delta-9-Tetrahidrocanabinol", a erva é "fumada", já o haxixe, que é a substância mais ativa da família da maconha, quando é reduzido a pó é fumado em cachimbo. Os efeitos físicos e psíquicos da maconha e haxixe ocorrem por algumas horas após o consumo, assim os olhos ficam avermelhados, a boca fica seca e o coração dispara de 60-80 batimentos por minuto pode chegar a 120-140 ou até mais. (29)

_____

(29) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/lsd25.htm

Os efeitos psíquicos podem ser desde uma sensação de bem-estar, calma, relaxamento, diminuição da fadiga, risos, em outros a angústia, , tremor, suor, perturbação na capacidade de calcular o tempo e espaço, falta de memória, atenção, delírios e alucinações, (30).

3.6 LSD-25.

O LSD-25 (abreviação de Dietilamida do Ácido Lisérgico), é uma substância sintética fabricada em laboratório, composto a partir da associação experimental da Dietilamida do Ácido Lisérgico-25 e cuja fórmula final resultou no tratamento de destro-dietilamida do ácido lisérgico-25 é solúvel na água.

Os efeitos psíquicos do LSD-25, produz inúmeras distorções no funcionamento do cérebro, alterando suas as funções, tais como; alucinações visuais e auditivas e juízos falsos da realidade, podendo desencadear psicoses como pânico e sentimentos paranoicos.

3.7 COCAÍNA.

A droga “cocaína” é oriunda da planta Erythroxylon coca, comumente utilizada sob a forma de sal, o cloridrato de cocaína, consumida via nasal por aspiração ou injetada na corrente sanguínea. O cloridrato de cocaína, é uma droga, relativamente “caro”, em tese, sendo utilizada pelas camadas mais altas da sociedade, contudo, o uso da droga tornou-se acessível à população de baixa renda com a criação do "crack", que é o processamento da pasta básica de coca.

_____

(30) http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/lsd25.htm

A cocaína provoca ao usuário a sensação de euforia, irritabilidade, reações de pânico, sensação de estar sendo perseguido, alucinações auditivas, confusão e desorientação, podendo resultar em lesão cerebral.

Destaca-se que os efeitos físicos, são relatados como o aumento da pressão arterial e da frequência cardíaca, em alguns casos, podendo causar o infarto e morte, ainda, é possível a ocorrência de convulsões por aumento da temperatura.

3.8 DEPENDÊNCIA E A DOENÇA, VÍCIO E HÁBITO.

3.8.1 O alcoolismo

Segundo Magda Vaissman, em sua obra “ Alcoolismo no Trabalho”, Ed. Garamond, 2004. Pgs. 187., o alcoolismo significa: dependência do álcool e ou problemas relacionados ao consumo abusivo de bebidas alcoólicas, já os alcoolistas, refere-se tanto aos bebedores problemas, quanto aos dependentes do álcool. (31).

Para a autora supramencionada, existem bebedores moderados que não apresentam problemas com o consumo de bebidas alcoólicas, já os dependentes necessitam repetir as doses para sentir-se bem, com síndrome de abstinência que quando da interrupção ou diminuição do consumo, apresentam sintomas físico e psicológicos. O álcool apresenta seus efeitos em duas fases, sendo a primeira de estímulo onde o usuário se torna eufórico e desinibido, e, a fase da depressão, onde ocorre descontrole, falta de coordenação motora e sono, onde os níveis de álcool no sangue atingem MG/100ml a 150. (32).

_____

(31) VAISSMAN, Magda. Alcoolismo no trabalho – Rio de Janeiro : Ed. Garamond, 2004. Pg.187.

(32) VAISSMAN, Magda. Alcoolismo no trabalho – Rio de Janeiro : Ed. Garamond, 2004. Pg.188.

Em caso de suspensão do consumo, pode ocorrer a síndrome da abstinência, caracterizada por confusão mental, visões, ansiedade, tremores e convulsões. O alcoolismo é uma doença progressiva e hereditária ocasionada pelo consumo do álcool, que segundo a OMS, o consumo de álcool quando superior a 60 gramas por semana é considerado abusivo e extremamente nocivo para a saúde.

A obra de Vicente Pedro Marano, na obra “As drogas e o trabalho: alcoolismo, tabagismo, drogas, AIDS”, Ed. LTr, 2014, a partir da concentração de álcool no sangue na proporção de 0.60 a 0.80 (g/litro), ocasiona uma embriaguez ligeira, a partir de 1.00, ocorre a incoordenação motora, acima de 1.5 os sinais de embriaguez são evidentes (33).

O alcoolismo é uma doença crônica e multifatorial, ou seja, diversos fatores contribuem para o seu desenvolvimento, inclusive a quantidade e frequência de uso do álcool, fatores genéticos, psicossociais e demais. A patologia pode atingir qualquer cidadão, uma vez que o consumo de álcool é livre aos maiores de idade, e, por possuir um preço acessível a todo cidadão de qualquer classe social, é portanto, considerada um problema de saúde pública e de grande impacto social.

O etilismo crônico foi considerado como doença pela OMS (Organização Mundial De Saúde), e classificou a patologia no CID 10 (Código Internacional de Doenças), como F10 ao F10.9, sendo “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool”. A embriaguez é motivada pela ingestão de bebidas alcoólicas capazes de comprometer por entorpecer o sistema nervoso de quem a consome.

_____

(33) MARANO, Vicente Pedro. As drogas e o trabalho : alcoolismo, tabagismo, drogas, AIDS / Vicente Pedro Mariano – São Paulo : LTr, 2014, pg. 18.

A embriaguez divide-se em três fases; a excitação do qual o alcoólatra torna-se inquieto, loquaz, às vezes engraçado, ainda consciente de seus atos, vindo a posterior fase da confusão, onde o mesmo passa a se portar de forma agressiva, por fim, instala-se a fase do sono, onde o dependente encontra-se completamente embriagado em estado de sono profundo, podendo ir a óbito.

Wagner Giglio (34) classifica o alcoolismo como involuntário, (fortuito ou acidental) e voluntário (preordenado), sendo a forma involuntária, quando o empregado não tinha a intenção de se embriagar, mas ingeriu entorpecentes por erro,

desconhecimento, acidente ou coação. Por outro lado, se torna a embriaguez voluntária quando o mesmo ingeriu a droga com intenção e consciente do ato.

Ainda, temos as modalidades de embriaguez ocasional, onde raramente o empregado se embriaga, ao contrário temos a embriaguez habitual, onde o mesmo se embriaga frequentemente, e por fim, a embriaguez crônica, onde o alcoólatra se encontra embriagado de forma permanente, diuturnamente ébrio.

A fase de dependência do alcoolismo mais preocupante é a “crônica”, pois o indivíduo encontra-se totalmente dependente da substância etílica ou entorpecente, tornando-se um doente, um eterno etilista, pois mesmo que permaneça em abstinência, não se livrará do vício. A classificação internacional de doenças (CID) elenca no item, “F10”, os transtornos mentais e comportamentais devido ao uso do álcool, com 10 (dez) subdivisões;

- F10.1 – Intoxicação Aguda – uso nocivo para saúde;
- F10.2 – Síndrome de Dependência;
- F10.3 – Síndrome Estado de Dependência;

_____

(34) GIGLIO, Wagner D., Justa Causa. P. 155/156.

- F10.4 – Síndrome de abstinência com delirium;
- F10.5 – Transtorno psicótico;
- F10.6 – Síndrome amnésica;
- F10.7 – transtorno psicótico residual ou de instalação tardia;

- F10.8 – Outros transtornos mentais ou comportamentais;
- F10.9 – Outros transtornos mentais ou comportamentais não especificados.

A Organização Mundial de Saúde, (OMS), informa que o abuso do álcool se caracteriza por um padrão patológico de ingestão repetitiva de bebidas alcoólicas, ocorrendo repercussão sobre a saúde física e o bem-estar psicológico, familiar e profissional.

Já a Síndrome de dependência do álcool (SDA), é definida como um estado psíquico que resulta da ingestão repetitiva de álcool de forma compulsiva de modo contínuo ao ponto da perda de controle.

Para o autor Wilson Roberto Paulino (35), "o álcool é um perigo quando o seu consumo se torna diário e excessivo, podendo levar o indivíduo a tornar-se dependente de droga, tornando-se alcoólatra". Em sua obra, apresenta informações sobre as consequências advinda do consumo do álcool e a transformação da personalidade do indivíduo com a substância etílica no sangue, assim vejamos:

---

(35) PAULINO, Wilson, Drogas. São Paulo: Ática. 1984, p. 25

- Com 0,65% de álcool no sangue, (cerca de duas doses de Uísque), a pessoa praticamente se livra de suas inibições;
- Com 1% de álcool no sangue, a pessoa tem certa dificuldade para andar, enrola as palavras e tem o raciocínio comprometido;
- Com 2% de álcool no sangue, a pessoa praticamente não consegue parar em pé e está fortemente sujeito a dar espetáculos diversos, como choro e raiva;

- Com 3% de álcool no sangue, a pessoa praticamente não compreende mais nada do que vê ou escuta, embora ainda se mantenha levemente consciente;
- Com 4% ou 5% de álcool no sangue, a pessoa entra em coma;
- Com 6% de álcool no sangue, ocorre a parada respiratória e cardíaca e a pessoa morre.

O mecanismo da ação do álcool no organismo é progressivo, assim, quando exposto habitualmente e por repetitivas vezes ao álcool, passa a tolerar níveis mais altos de etanol em forma de compensação. A permanência do álcool no sangue causa adaptação dos neurônios e o organismo passa a tolerar e a funcionar melhor com a ministração da droga.

Assim, os neurônios necessitam da substância química, seja o álcool ou droga para funcionar, em outras palavras, resta instalado o estado de dependência química do organismo a droga.

A OMS apresenta alguns critérios e parâmetros para constatar e caracterizar o indivíduo como um alcoólatra, assim vejamos: forte desejo ou compulsão; dificuldade de controle; abstinência; tolerância; abandono de prazeres e atividades pelo uso; persistência no uso; desejos ou esforços malsucedidos de controle; padrão de uso superior ao pretendido; tempo gasto com a obtenção.

Assim, entende a OMS que se o indivíduo apresentar 03 ou mais desses fatores, o mesmo sofre de síndrome de dependência do álcool. Não obstante ao supra exposto a OMS ainda entende que a evolução clínica do alcoolismo pode ser constatada se observado que o indivíduo bebe em maior quantidade e maior frequência, busca ambientes para beber sozinho ou acompanhado, mantém estoque de bebidas, bebe escondido, em locai e horas antes não procuradas.

No mesmo sentido, se o possível dependente, apresenta promessas não cumpridas de parar de beber, procura mudar de domicilio para procurar a cura, apresenta faltas e baixa produção ao trabalho, apresenta síndrome de abstinência, impotência sexual, falta de zelo com a aparência. Por fim, o definitivo diagnóstico de dependência química para a OMS de dá com a constatação dos fatores abaixo, ocorrido nos últimos doze meses:

A) Desejo forte ou senso de compulsão para o consumo de álcool ou drogas;

B) Dificuldade em controlar o comportamento de consumir a substância em termos de seu início, término e níveis de consumo;

C) Estado de abstinência quando da redução ou cessão da substância;

D) Tolerância quando da utilização da substância;

E) Abandono progressivo dos prazeres e interesses alternativos em busca da droga ou álcool;

F) Persistência no uso da substância.

3.8.2 EMBRIAGUEZ HABITUAL OU A SERVIÇOE A DISPENSA POR JUSTA CAUSA.

A embriaguez habitual pode ocorrer tanto no serviço, quanto fora do ambiente de labor, já a embriaguez em serviço se dá quando o empregado se apresenta embriagado uma única vez em serviço, fato que pode configurar a justa causa para sua dispensa e a extinção do contrato de trabalho. Portanto, a embriaguez habitual se dá quando o hábito de estar “bêbado”, já se tornou rotineiro na vida social do empregado, bem como em se ambiente de trabalho, não sendo apenas um fato isolado na vida do empregado, mas já uma dependência química e crônica.

O artigo 482, f, da CLT dispõe que a embriaguez em serviço é causa justa para a dispensa do empregado, tal fato se dá, pois, a embriaguez afeta diretamente o contrato de trabalho, e, dependendo da função do empregado, pode colocar em risco a sociedade, (ex. motorista, médico, segurança).

Quando elaborado o artigo supra, há mais de 66 anos o legislador, observou-se somente o fato do empregado ébrio não lograr êxito no desempenho de suas atividades profissionais, vindo a causar prejuízo a empresa e sendo um péssimo exemplo aos seus pares no trabalho, pois com o passar do tempo o etilista perde a capacidade mental e física.

Assim, resta extreme de dúvidas que a embriaguez era fundamento para aplicação de justa causa ao contrato de trabalho. Contudo, no decorrer dos anos, a, doutrina jurídica trabalhista, sempre em constante evolução com a sociedade e, no caso em estudo, também com a medicina, passou a apresentar duas possibilidades de aplicação de dispensa por justa causa no tocante ao disposto na alínea “f” do artigo 482 da CLT.

O prof. Wagner Giglio (36), entende que o texto prevê duas justas causas, semelhantes, mas não idênticas, sendo a embriaguez habitual e a em serviço, trata-se de suas faltas, uma que viola a obrigação geral de conduta do empregado, refletindo diretamente no contrato de trabalho, denominando a embriaguez habitual, e, a outra que viola a obrigação específica de execução do contrato, sendo esta a embriaguez em serviço.

Observa-se que a vida pessoal do empregado, tem muito peso de valores dentro do campo laboral, pois suas atitudes refletem no valor de sua personalidade do no campo laboral. Neste sentido, o doutrinador Machado Jr., (37), leciona que o comportamento do empregado fora de seu ambiente de trabalho o atinge diretamente na relação de emprego, pois a embriaguez habitual refere-se necessariamente, a um comportamento não demonstrado no âmbito do trabalho.

_____

(36) GIGLIO, Wagner D., Justa Causa. Pag.152
(37) JR. MACHADO, Cesar P.S. Direito do Trabalho. Pagina 466.

Ensina o insigne professor supra que o habito de ingestão de bebida alcoólica ocorre fora do âmbito do serviço e tal vício faz o empregador perder a confiança no empregado.

Entende o doutrinador que o comparecimento do empregado embriagado por uma única vez em local de serviço é falta grave suficiente para gerar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, nos termos do artigo 482, f, da CLT.

Neste sentido entende o TRT:

> JUSTA CAUSA OCORRÊNCIA. Na medida em que ficou cabalmente provado que o demandante se encontrava alcoolizado no horário e

> local de trabalho, atitude autorizadora da justa causa, conforme previsão legal insculpida no artigo 482, f, da CLT, negar provimento ao recurso é medida que se impõe. (Juiz Edson Mendes De Oliveira – publicado no DJ/SC em 29-11-2005, pagina 220).

> JUSTA CAUSA – EMBRIAGUEZ. A Embriaguez em serviço, devidamente provada pelas testemunhas trazidas aos autos, dispensa o critério da habitualidade para configurar a justa causa inserida no artigo 482, f, da CLT. (Juíza Sandra Márcia Wambier - publicado no DJ/SC em 17-05-2004, pagina 199).

Jurisprudência em sentido diverso:

> EMBRIAGUEZ HABITUAL, deve o empregador provar de forma robusta a ingestão contumaz de bebidas alcoólicas e a repercussão dessa prática no contrato de trabalho. Mesmo no caso de atleta profissional, o mero consume de bebidas alcoólicas não importa na dispensa por justo motivo, mormente se o desempenho em campo não restar prejudicado. (Juíza Lourdes Dreyer – Publicado no DJ/SC em 15/01/2004, página 94)

Assim, resta configurada a embriaguez em serviço, o fato do empregado se apresentar ébrio para o trabalho, bastando que isso ocorra uma única vez para configurar a falta grave ensejando a justa causa.

Assim, entendeu o TRT2 que:

> FALTA GRAVE. EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO. O fato de o empregado haver se apresentado embriagado a entrada do serviço não impede a caraterização da “embriaguez em serviço”, pois já adentrara na empresa com o fito de trabalhar. Inadmissível aguardar que realize alguma tarefa, podendo prejudicar-se ao serviço para melhor evidenciar a natureza da falta (TRT2 , 7 TURMA, R.O 26.690/90-9, J.

> 26/10/92, Rela. Juíza Lucy Mary Max Gonçalves da Cunha, DJSP 5-1-92, P,158).

Os juristas Arnaldo Sussekind e Valentim Carrion possuem entendimentos diversos da corte supra exposta, afirmam que, para configurar a justa causa por embriaguez em um único ato, se faz necessário analisar todo o histórico do empregado, verificando os antecedentes do mesmo no decorrer do contrato de trabalho, e ainda os motivos pelos quais o obreiro apresenta-se ébrio, evitando assim, a aplicação da pena máxima de forma injusta.

Em que pese o artigo 482, f, da CLT, elencar que a embriaguez habitual ou em serviço é falta grave, sendo motivo justo para a justa causa, tal dispensa de empregados considerados dependentes do álcool tem sido objeto de exame no TST, cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de reconhecimento de que o alcoolismo é doença crônica, que deve ser tratada ainda na vigência do contrato de trabalho, principalmente, após o fato de o alcoolismo ser considerado doença pelo CID.

Para o TST, a prova técnica que atesta a condição do empregado como dependente etílico, preenche os seis critérios do Manual de Diagnostico e Estatístico de Transtornos mentais, assim sendo, justo que o mesmo seja afastado dos serviços pela previdência para tratamento, pois a assistência ambulatorial ao empregado traduz coerência com os princípios constitucionais de valorização e dignidade da pessoa humana e de sua atividade laborativa.

CAPITULO 4.

4.1 EMBRIAGUEZ HABITUAL, FALTA GRAVE OU DOENÇA.

O alcoolismo tem sido um dos grandes problemas na relação de trabalho, assim como na vida dos seres humanos. Os dependentes de drogas, bem como, o etilista crônico, sempre foram vistos pela sociedade como um portador de “duvidosa” personalidade, que não dispõe de envergadura moral ou ética para controlar sua inclinação e impulso pelo vício.

Assim, por longos tempos foi natural ver o dependente químico como um praticante de falta grave ao contrato de trabalho, com a consequente aplicação de justa causa a rescisão do contrato por parte do empregador.

Com o decorrer do tempo, em face de contribuição dos estudos da psicanálise e da psiquiatria moderna, a antiga visão do etilista crônico fora se modificando, e tanto, o alcoolismo, como a dependência química, passaram a ser visto ao patamar de uma doença psíquica e progressiva que necessita de um tratamento médico.

Não podemos olvidar que existem exceções, tais como as pessoas que consomem álcool, chegam a ficar embriagadas, mas não são alcoólicos crônicos. Assim, cada caso deve ser analisado isoladamente para a rescisão do contrato de trabalho, pois existe uma grande discussão sobre o empregado que abusa do álcool e o dever de ser demitido ou o empregador deve manter o contrato de trabalho e os custos de reestabelecer o empregado etilista crônico até que o mesmo se restabeleça e até mesmo aposentar o mesmo por invalidez.

De acordo com o CID 10 e o Decreto nº 1.048/99, combinado com a Lei 8.213/91 da Previdência Social, o alcoolismo ou a dependência química é doença do trabalho o transtorno mental e comportamental oriundo ao crônico consumo de álcool, desde que relacionados com o trabalho, sendo possível, em casos espontâneos submeter o empregado ao tratamento, sendo o doente recepcionado pelo INSS pagando o benefício do auxílio doença.

A Síndrome de Dependência Alcoólica é um transtorno, uma patologia que o ser humano adquiri com habito e o passar tempo. A doença ou “Síndrome” para se instalar e se tornar crônica depende de fatores biológicos e foi “reconhecida como doença pela OMS (Organização Mundial de Saúde) CID (Código Internacional de Doenças), com as classificações “291” para psicose alcoólica, “303” para síndrome de dependência do álcool e “305” para abuso do álcool sem dependência.” E por diante, o consumo exagerado, passou a ser classificado em: Consumo de risco, Consumo nocivo e Dependência.

Podemos classificar o consumo de risco como sendo um padrão de consumo que pode vir a implicar dano físico ou mental se esse consumo persistir no ato. Já o consumo nocivo é um padrão de consumo que causa danos à saúde, quer físicos quer mentais.

A dependência do uso de álcool ou drogas é um padrão de consumo formado por aspectos clínicos e comportamentais que levam a desenvolver-se com o uso repetido de drogas ou álcool, sendo uma vontade obsessiva de ingestão de bebidas alcoólicas.

Não se pode confundir o ato de embriaguez com o esporádico costume de beber, observando que um individuo ingeri bebida alcoólica, contudo não apresenta sintomas de embriaguez. Portanto, a CLT apenas classifica como modivo de demissão por justa causa a “embriaguez” e não o isolado ato de consumo de bebida alcoólica.

A embriaguez pode ocorre de forma ocasional e sem frequência, não sendo uma falta grave para extinção do contrato de trabalho. Contudo quando o empregado se apresentando frequentemente embriagado, demonstrando a fase crônica da embriaguez, já faz jus a aplicação da pena máxima para a rescisão do contrato de trabalho.

A embriaguez do empregado, lhe acarreta a consequente perda da confiança pelo empregador, tornando insustentável a relação de emprego, sendo considerado requisito para justa causa, caso que o empregado deverá apenas se mostrar embriagado.

O Prof. Martins (38), aduz que “A embriaguez habitual é uma violação geral de conduta do empregado, que tem reflexos no contrato de trabalho. Já a embriaguez em serviço é uma obrigação específica da execução do contrato.”

Ensina o professor supra que a embriaguez fortuita ou decorrente de força maior, não constitui justa causa. A embriaguez em serviço se caracteriza por uma única falta. Temos que a habitualidade nesse caso é desnecessária, sendo

desnecessário ainda, que o empregado tenha sido advertido ou suspenso anteriormente.

Já a embriaguez habitual se caracteriza por sua repetição, o empregado no âmbito da empresa, constantemente é flagrado em estado de embriaguez, necessitando neste caso, ter sido advertido ou suspenso em sua primeira falta ao trabalho, por referida conduta.

4.2 PREVIDÊNCIA SOCIAL.

A única solução sendo o empregado etilista crônico um doente, a melhor solução é encaminhar o mesmo a Previdência Social, pois o empregado é acometido de uma patologia e não um faltoso, devendo ser tratado e não dispensado.

_____

(38) MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. pág. 372/383

O artigo 59 da Lei nº 8.213/91 da Previdência Social, combinado com o disposto no artigo 71 do Decreto nº 3.048/99, concederá o benefício do auxílio doença ao trabalhador que cumprido os ritos necessários, permanecer incapacitado ao labor por mais de 15 dias consecutivos. Já o artigo 42 da mesma lei trata sobre à aposentadoria por invalidez ao que se encontrar incapacitado de forma permanente ao labor.

Neste sentido:

> JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ARTIGO 482, F, DA CLT, APLICABILIDADE (...) deve inspirar o empregador (...) ao encaminhamento do empregado a instituição médica ou INSS a fim que se adote solução de natureza previdenciária para o caso (TST 1 turma

– RR 561040 – Relator: Ministro João Orestes Dalazen – DJU 29.08.2003)

Importante ressaltar que o empregado somente receberá o auxílio-doença da Previdência Social se o mesmo estiver internado espontaneamente para tratamento. Assim, de tal forma, alguns doutrinadores entendem que o alcoolismo é doença e deve ser tratada, não sendo possível a rescisão do contrato de trabalho e sim sua suspensão enquanto perdurar o auxílio doença pago pelo INSS.

Justifica-se ainda, com o fato de que sendo o alcoolismo doença deve ser tratada e não punida, pois o empregado necessita de ajuda e a referida doença não é empregada e sim do Estado que conta com a Previdência Social para os devidos fins de amparo ao obreiro.

Entende Sérgio Pinto Martins (2009, p, 113) que enquanto a embriaguez estiver na CLT como hipótese de dispensa por justa causa, ela assim tem que ser entendida, ao contrário o artigo 482, f, da CLT passará a ser "*letra morta*." Contudo, o mesmo autor, declara que cabe aos legisladores do futuro modificar o texto legal, mas que enquanto isso não ocorre que deve ser a letra legal interpretada como motivo de justa causa.

Sobre esse fato existe o projeto de Lei nº 206, de 2003, do deputado Isaias Silvestre que busca alterar a redação do artigo 482 da CLT para dispor sobre a justa causa na rescisão do contrato de trabalho em caso de embriaguez, buscando no caso da alínea "f", que a rescisão por justa causa somente ocorra quando após prévia licença do empregado para tratamento específico da doença por 30 dias, ocorrendo reincidência do empregado, comprovando a advertência anterior, estendendo a dependência química.

Observa-se que é cada vez mais urgente a necessidade de tratar a dependência química e a embriaguez, pois as consequências de tais vícios atingem não somente o dependente, mas a sua família e toda a sociedade. Portanto a tais dependências não justificam a rescisão do contrato de trabalho, pois em que pese

complexa a doença é passível de tratamento e reestabelecimento do usuário que necessita de ajuda.

O empregador e sua empresa tem fundamental função social, devendo zelar pela qualidade e continuidade do contrato de trabalho, bem como pela qualidade de vida de seu empregado. Nesse sentido, frente com o empregado etilista crônico, os tribunais tem se posicionado pela suspensão do contrato de trabalho para que o obreiro busque tratamento médico ao ponto de restabelecer sua capacidade de retomar os atos da vida e o trabalho.

Faz-se necessário uma revisão da CLT no tocante ao disposto na alínea “f” do artigo 482 da CLT, para que disponha da possibilidade do empregado ser tratado e posteriormente em caso de reincidência ser aplicado a justa causa a rescisão do contrato laboral, tendo em vista ser o mesmo a parte hipossuficiente do pacto laboral.

Hoje, tanto a doutrina como a jurisprudência têm a concepção de que o empregado portador de patologias psíquicas por uso de álcool ou drogas químicas, não devem ser submetidos a rescisão contratual por dispensa por justa causa. Ao certo, deve o empregador, encaminhar o mesmo ao médico ou ao INSS, a fim de que se adote solução de natureza previdenciária para o caso.

Neste sentido alguns entendimentos jurisprudenciais:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 0000679-27.2012.5.02.0445 - 11ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO – RITO ORDINÁRIO

RECORRENTES: RUMO LOGÍSTICA OPERADORA MULTIMODAL S/A e WELLINGTON GILLIARD DA ROCHA

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 05ª VARA DO TRABALHO DE SANTOS

DEPENDÊNCIA QUÍMICA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. Tanto a doutrina como a jurisprudência atual têm entendido que o trabalhador que sofre de transtornos mentais e comportamentais por uso de álcool, cocaína e outras substâncias psicoativas não pode ser penalizado com a dispensa por justa causa. A dependência química é enfermidade classificada pela Organização Mundial da Saúde com código CID. Portanto, incumbia à ré encaminhar o reclamante para tratamento médico, ao invés de puni-lo com dispensa motivada. Recurso do autor ao qual se dá parcial provimento.

"RECURSO DE REVISTA. ALCOOLISMO. DOENÇA CRÔNICA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA.

IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. De acordo com o Tribunal Regional, o reclamante é dependente químico, apresentando quadro que associa alcoolismo crônico com o uso de maconha e crack. A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que o alcoolismo crônico, catalogado no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, sob o título de síndrome de dependência do álcool, é doença que compromete as funções cognitivas do indivíduo, e não desvio de conduta justificador da rescisão do contrato de trabalho. Assim, tem-se como injustificada a dispensa do reclamante, porquanto acometido de doença grave. Recurso de revista conhecido e provido." (RR -529000-74.2007.5.12.0004 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 05/06/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 07/06/2013)

"Justa Causa – Alcoolismo Crônico. Artigo 482, F da CLTAplicabilidade - 1. O alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID), da Organização Mundial de Saúde – OMS, que o classifica sob o título de Síndrome de dependência do álcool; (referência F-10.2), o que afasta a aplicação do artigo 482, da CLT. 2 – O alcoolismo gera compulsão que impele o alcoolista a consumir descontroladamente a subsistência psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 3 – Por conseguinte, ao invés de motivar a dispensa por justa causa, deve

inspirar o empregador, até por motivos humanitários, e porque lhe incumbe a responsabilidade social, atitude dirigida ao encaminhamento do empregado a instituição médica ou ao INSS, a fim de que se adote solução de natureza previdenciária para o caso. Recurso de revista de que não se conhece." (TST – RR 561040 – 1ª T. – Relator Min. João Oreste Dalazen – DJU 29.08.2003)

"DEPENDENTE QUÍMICO. DISPENSA INVÁLIDA. Não se pode tratar como desvio comportamental passível de punição o que comprovadamente é doença. Segundo informa a ABEAD – Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas, "(..) a tendência entre as grandes empresas é proporcionar o tratamento ao empregado dependente químico, aí incluindo o alcóolatra, medida que se impõe para que não se percam os bons profissionais, não se perca o investimento que possa ter sido realizado e para que não sejam oneradas com treinamento a novos empregados, aos quais ninguém garante que estejam imunes à doença(..)". Manifesto que o reclamante, necessitando mais que nunca do emprego por ser doente, portador de depressão advinda de dependência química documentada nos autos, não tinha qualquer interesse em renunciar ao posto de trabalho e à estabilidade provisória de que era titular como membro da CIPA. Daí porque, resulta inválido no contexto, o pedido de demissão que lhe foi apresentado como alternativa à justa causa por desídia."

PROCESSO TRT/SP Nº: 0002417-95.2011.5.02.0021 – Juiz Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - 4ª. TURMA - Data da publicação: 14-12-2012

EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool (referência F- 10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. 2. O dramático quadro social advindo desse maldito vício impõe que se dê solução distinta daquela que imperava em 1943, quando passou a viger a letra fria e hoje caduca do art. 482, f, da CLT,

> no que tange à embriaguez habitual. 3. Por conseguinte, incumbe ao empregador, seja por motivos humanitários, seja porque lhe toca indeclinável responsabilidade social, ao invés de optar pela resolução do contrato de emprego, sempre que possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador dessa doença, a fim de que se submeta a tratamento médico visando a recuperá-lo. 4. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido para restabelecer o acórdão regional. (PROC. Nº TST-E-RR-586.320/99.1. Ministro Relator João Oreste Dalazen. DJ - 21/05/2004).

Não há duvidas que a doença do alcoolismo gere descontrole emocional do empregado, necessitando de tratamento e não por punição, conforme entendimento dos tribunais colacionados nas jurisprudências.

Atualmente os TRT entendem que o vício do alcoolismo impõe ao Judiciário a solução distinta do entendimento de 1943, quando passou a aplicar a letra fria do art. 482, f, da CLT, face à embriaguez habitual. Assim, por uma questão de responsabilidade social, ao invés de extinguir o contrato de trabalho, se possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador da doença com o fulcro de se submeter a tratamento médico para recuperá-lo.

Urge ressaltar que caso não haja possibilidade de reversão do quadro de saúde do empregado dependente, e tendo em vista o alcoolismo crônico, ser uma patologia que gera compulsão, levando o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos, é indicado ainda, a aposentadoria do mesmo por invalides.

Há que se observar que neste sentido, a constituição da República como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além de objetivar o bem de todos, primando pela proteção à saúde (artigos 1º, III e IV, 170, 3º, IV, 6º), não há imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício.

Neste sentido alguns entendimentos jurisprudenciais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA GRAVE.

ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. 1. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retiralhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 2. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. 3. No caso dos autos, resta incontroversa a condição da dependência da bebida alcoólica pelo reclamante. Nesse contexto, considerado o alcoolismo, pela Organização Mundial de Saúde, uma doença, e adotando a Constituição da República como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além de objetivar o bem de todos, primando pela proteção à saúde (artigos 1º, III e IV, 170, 3º, IV, 6º), não há imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AIRR 108275.2010.5.15.0001 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 12/03/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014).

'RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INOCORRÊNCIA. A Corte de origem consignou expressamente as razões do seu convencimento, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional. Inviolado o artigo 93, IX, da Constituição da República. ALCOOLISMO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA. REINTEGRAÇÃO. Revela-se em consonância com a jurisprudência desta Casa a tese regional no sentido de que o alcoolismo crônico, catalogado no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, sob o título de síndrome de dependência do álcool, é doença, e não desvio de conduta justificador da rescisão do contrato de trabalho. Registrado no acórdão regional que - restou comprovado nos autos o

> estado patológico do autor -, que o levou, inclusive, - a suportar tratamento em clínica especializada -, não há falar em configuração da hipótese de embriaguez habitual, prevista no art. 482, -f-, da CLT, porquanto essa exige a conduta dolosa do Reclamante, o que não se verifica na hipótese. Recurso de revista não conhecido, integralmente. (RR - 153000-73.2004.5.15.0022, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, 3.ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 06/11/2009).'

4.3 SENADO EXCLUI ALCOOLISMO DE DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA.

Em conformidade com todo o estudo supra, é importante ressaltar que agosto de 2010, a comissão de assuntos sociais (CAS) do senado aprovou, em caráter terminativo, projeto de lei que define novos critérios para a demissão de trabalhador dependente de álcool. a proposta exclui o alcoolismo das hipóteses de demissão por justa causa, a matéria seguirá para a apreciação da câmara.

O projeto altera a consolidação das leis do trabalho (CLT), o regime jurídico único dos servidores públicos da união (RJU) e o plano de benefícios da previdência social para que alcoolismo passe a ser considerada doença e o empregado dependente de bebida alcoólica tenha direito à proteção do estado.

No lugar da demissão, o projeto recomenda que o empregado diagnosticado como alcoólatra seja conduzido para tratamento médico. a proposta ressalva que, se ele não concordar com o tratamento, poderá ser demitido por justa causa. o projeto acrescenta que o empregado que tenha recebido auxílio-doença em razão da dependência, terá estabilidade no emprego nos 12 meses seguintes ao término do benefício.

4.4 TRATAMENTO CLÍNICO DO EMPREGADO ALCOÓLATRA OU DEPENDENTE

QUÍMICO.

Por fim, é de suma importância entender que para ajudar o alcoólatra é preciso buscar o caminho correto, no entanto, fazer isso sozinho pode não ser uma tarefa fácil, sendo necessário apoio ao tratamento que é fundamental para o sucesso do mesmo.

Para o trabalhador alcoólatra reconhecer que precisa de ajuda para o vício em álcool não é fácil, contido, se possuir essa consciência de que precisa dessa ajuda médica, já é considerado um grande início.

Nem todos os empregadores sabem como ajudar o empregado alcoólatra, pois existe um estigma que relaciona o alcoolismo a fraqueza ou falta de envergadura moral. Assim, o resultado desse mito errado são indivíduos constrangidos em pedir ajuda, contido, quanto mais rápido for o início do tratamento do empregado, melhores serão as chances de uma recuperação mais bem-sucedida.

Conforme já exposto, o alcoólatra é uma pessoa doente sim, que precisa de ajuda e tratamento. Somente profissionais capacitados poderão dizer como ajudar uma pessoa alcoólatra da melhor maneira, pois cada caso é diferente do outro, por isso a importância da avaliação médica.

O tratamento médico para o empregado alcoólatra e dependente químico é indicado baseado no grau de dependência do indivíduo. A desintoxicação é um dos processos mais comuns, em seguida temos o uso de medicamentos, fazendo com que o álcool se torne aversivo para a pessoa diminuindo a sua compulsão.

4.5 TERAPIA PARA ALCOÓLATRAS.

O acompanhamento psicológico também é muito importante para ajudar o empregado alcoólatra/dependente químico a identificar as situações ou os sentimentos que levam ao consumo da bebida, seja ansiedade, depressão, angústia, traumas, fugas etc.

Via de regra tais terapias duram vários meses e funcionam a longo prazo como estabilizadores emocionais do empregado, pois o alcoolismo sendo uma doença, é fato que não possui cura definitiva, sendo real a possibilidade de novas ocorrências de embriaguez. Contudo, o tratamento, mesmo que a longo prazo acarretará meios de equilíbrio ao paciente para que o mesmo tenha uma vida normal e sem a bebida.

Não resta dúvidas que o envolvimento da família e do âmbito laboral é primordial para a recuperação do empregado dependente de álcool ou drogas, existem redes de apoio e ongs que amparam e dão suporte para o indivíduo iniciar e manter-se em tratamento ao combate da doença, tais como:

Alcoólicos Anônimos é uma comunidade com carácter voluntário de homens e mulheres que se reúnem para alcançar e manter a sobriedade através da abstinência total de ingestão de bebidas alcoólicas, fundada em 1935, Akron, Ohio, EUA, atuante em quase todos os países. (fonte: Wikipédia).

Narcóticos Anônimos ou NA descreve a si mesma como "uma Irmandade ou sociedade sem fins lucrativos, de homens e mulheres para quem as drogas se tornaram um problema maior", Fundação: 1953, Sede: Califórnia, EUA, atuante em quase todos os países. (fonte: Wikipédia).

4.6 JULGADO DO TST - ALCOOLISMO CRÔNICO.

Ilustrando a presente pesquisa, fora obtido informações junto ao sítio do TST, “www.tst.jus.br”, de um recurso ordinário ao TRT da 9ª Região, enviado em recurso de revista ao TST, processo relacionado: RR-130400-51.2007.5.09.0012, onde fora

mantida a sentença do Regional, considerando que, no caso, tratava-se de alcoolismo crônico de um empregado e não da embriaguez habitual ou em serviço prevista no art. 482, no inciso “f”, da CLT.

O TRT observou que a alegação de que a empresa sempre advertia o empregado não ficou comprovada. Segundo o Tribunal Regional, em nenhuma oportunidade o empregador encaminhou o funcionário à perícia no INSS, ressaltando que as evidências colhidas não demonstraram satisfatoriamente que o empregado tenha recusado o tratamento oferecido.

O TRT concluiu, que a empregadora, ciente de que o empregado sofria do problema há muito tempo, deveria ter adotado "*medidas disciplinares educativas progressivamente, de orientação, de advertência e até mesmo de suspensão disciplinar, se necessária fosse, mas não a mais severa das penas*"- no caso, a demissão por justa causa.

Inconformada, a empregadora interpôs recurso ao TST, alegando que o empregado deu causa à rescisão contratual por ter cometido falta grave, prevista no inciso “f” do art. 482 da CLT - a embriaguez habitual ou em serviço, alegou, ainda, que ofereceu tratamento médico ao empregado em diversas oportunidades, mas que ele nunca teria aceitado.

No julgamento do recurso, o relator, observou que a OMS formalmente já reconheceu o alcoolismo crônico como doença elencada no código internacional de doenças - CID. Diante do posicionamento do organismo internacional, o TST firmou entendimento de admitir o alcoolismo como patologia, fazendo-se necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado para tratamento médico, de modo a reabilitá-lo, salientou o ministro.

O relator lembrou, ainda, que a própria CF/88, nos seus arts. 6º e 1º, nos incisos III e IV, destaca a proteção à saúde, adotando, como fundamentos, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Para o Ministro, "*repudia-se ato do empregador que adota a dispensa por justa causa como punição sumária ao*

trabalhador em caso de embriaguez, em que o empregado é vítima de alcoolismo".

Acompanhando o voto do Ministro a turma, por unanimidade, não conheceu do recurso de revista quanto à nulidade da justa causa. Dessa forma, permanece a decisão regional de reintegrar o trabalhador. Assim, muito bem fundamentado o julgado do TST, entendendo que a embriaguez habitual ou em serviço, prevista no art. 482, "f", da CLT, constitui questão deveras polêmica na doutrina e jurisprudência trabalhistas, devendo ser objeto de cuidadosa análise pelo operador do direito.

Hoje é crescente o entendimento perante o Poder Judiciário de considerar o alcoolismo como doença, de modo a exigir tratamento médico e não aplicação de penalidade. Portanto, em que pese haver a previsão legal da embriaguez como justa causa não se pode desconsiderar os fins sociais da lei e às exigências do bem comum, como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, previstos na Constituição Federal, impondo-se, desse modo, necessária reformulação do art. 482 -f- da CLT.

Entendimento jurisprudencial do TST -

> -AGRAVO DE INSTRUMENTO DOS RECLAMANTES IMPROSPERÁVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO QUANDO NÃO DEMONSTRADO QUE A REVISTA PREENCHIA OS REQUISITOS DO ART. 896 DA CLT. RECURSO DE REVISTA PATRONAL. ALCOOLISMO. Diante do posicionamento da oms, que catalogou o alcoolismo como doença no código internacional de doenças (cid), sob o título de síndrome de dependência do álcool (referência f-10.2), impõe-se a revisão do disciplinamento contido no art. 482, letra -f-, da clt, de modo a impedir a dispensa por justa causa do trabalhador alcoólatra (embriaguez habitual), mas, tão-somente, levar à suspensão de seu contrato de trabalho, para que possa ser submetido a tratamento médico ou mesmo a sua aposentadoria, por invalidez. recurso de revista conhecido em parte e desprovido.- (AIRR E RR - 813281-96.2001.5.02.5555 , RELATOR MINISTRO: JOSÉ LUCIANO DE CASTILHO PEREIRA, DATA DE JULGAMENTO: 23/08/2006, 2ª

TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/09/2006)

RECURSO DE REVISTA. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela organização mundial de saúde - oms, que o classifica sob o título de -síndrome de dependência do álcool-, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao inss para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. no caso dos autos, resta incontroversa a condição do obreiro de dependente químico. por conseguinte, reconhecido o alcoolismo pela organização mundial de saúde como doença, não há como imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício. recurso de revista conhecido e provido.- (RR - 186400-95.2004.5.03.0092 , RELATOR MINISTRO: LELIO BENTES CORRÊA, DATA DE JULGAMENTO: 13/02/2008, 1ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 28/03/2008)

-(...) ALCOOLISMO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA. REINTEGRAÇÃO. REVELA-SE EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CASA A TESE REGIONAL NO SENTIDO DE QUE O ALCOOLISMO CRÔNICO, CATALOGADO NO CÓDIGO INTERNACIONAL DE DOENÇAS (CID) DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE OMS, SOB O TÍTULO DE SÍNDROME DE DEPENDÊNCIA DO ÁLCOOL, É DOENÇA, E NÃO DESVIO DE CONDUTA JUSTIFICADOR DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Registrado no acórdão regional que - restou comprovado nos autos o estado patológico do autor -, que o levou, inclusive, - a suportar tratamento em clínica especializada -, não há falar em configuração da hipótese de embriaguez habitual, prevista no art. 482,

-f-, da clt, porquanto essa exige a conduta dolosa do reclamante, o que não se verifica na hipótese. recurso de revista não-conhecido, integralmente.- (RR - 153000-73.2004.5.15.0022 , RELATORA MINISTRA: ROSA MARIA WEBER, DATA DE JULGAMENTO: 21/10/2009, 3ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/11/2009)

-AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ALCOOLISMO CRÔNICO. JUSTA CAUSA. Violação ao artigo 482, f, da clt. a decisão do regional, quanto ao afastamento da justa causa, não merece reparos, porquanto está em consonância com o entendimento desta corte superior, inclusive da sbdi-1, no sentido de que o alcoolismo crônico é visto, atualmente, como uma doença, o que requer tratamento e não punição. incólume o artigo 482, alínea -f-, da clt. agravo de instrumento conhecido e não provido.- (AIRR - 34040-08.2008.5.10.0007 , RELATORA MINISTRA: DORA MARIA DA COSTA, DATA DE JULGAMENTO: 14/04/2010, 8ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 16/04/2010).

-RECURSO DE REVISTA. DECISÃO REGIONAL QUE AFASTOU JUSTA CAUSA PARA A DESPEDIDA DO EMPREGADO, ADOTANDO TESE JURÍDICA ALICERÇADA NO RECONHECIMENTO CIENTÍFICO DE QUE O ALCOOLISMO CRÔNICO, DE QUE PADECE O RECLAMANTE, NO CASO DOS AUTOS, É DOENÇA QUE RECLAMA TRATAMENTO, NÃO SE CONFUNDINDO COM O DESVIO DE CONDUTA DE QUE TRATA A HIPÓTESE DO ART. 482, LETRA -F-, DA CLT. recurso de revista fundado apenas em divergência jurisprudencial, que não está devidamente caracterizada, tornando-se inviável seu conhecimento. incidência da súmula n.º 296, i, do tst. verifica-se que as decisões colacionadas em razões de recurso de revista não se prestam ao conflito de teses, pois inespecíficas, à luz da súmula n.º 296, i, do tst. com efeito, nenhum dos paradigmas transcritos pela reclamada (fl. 201) refere-se à hipótese de embriaguez contumaz, em que o obreiro padece de alcoolismo crônico, aspecto fático expressamente consignado no acórdão regional. logo, considerando que o apelo

> patronal veio calcado apenas em divergência jurisprudencial, mostra-se inviável o processamento do apelo, nos termos do que dispõe aludido verbete. recurso de revista não conhecido.- (PROCESSO: RR - 132900-69.2005.5.15.0020 DATA DE JULGAMENTO: 18/08/2010, RELATOR JUIZ CONVOCADO: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO, 7ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DEJT 27/08/2010)

A função social é importante quando se tem em causa um trabalhador doente de alcoolismo crônico, necessitado de tratamento médico, assim, não pode ser inobservado pelo empregador que, ao invés de adotar medidas para o tratamento, demite-o por justa causa. Não se trata, pois, de hipótese de estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho, mas de impossibilidade de demissão enquanto doente o empregado, porque o alcoolismo se caracteriza como uma doença exige tratamento médico e a demissão por justa causa carrega a pecha discriminatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A gravidade do vício do álcool supera a esfera do âmbito individual do alcoólatra, atingindo sua família, seu trabalho e toda a sociedade, levando a sua exclusão, sendo necessário tratar a patologia com o devido cuidado.

No âmbito do trabalho a embriaguez habitual e crônica, como causadora da resolução do contrato de trabalho por justa causa é o objetivo principal do estudo, que em face de questão social e humanitária não deve ser aplicada, que em que pese haver legislação prevendo-a, os tribunais do trabalho e a jurisprudência tem entendido pela suspenção do contrato e encaminhar o obreiro a Previdência Social.

Como exposto, a Organização Mundial da Saúde entende que o alcoolismo é uma doença, contudo, é fato que a legislação não entende de tal forma e a

jurisprudência não está pacificada, bem como a doutrina. No entanto, hoje as sentenças dos tribunais tem demonstrado o entendimento da caducidade da alínea “f” do artigo 482 da CLT, sendo uma alternativa, o afastamento do empregado, com a suspensão do contrato de trabalho para tratamento médico, pelo INSS com fundamentos nos artigos 471, 475 e 476 da CLT.

A Lei 8.212/91 em seu artigo 3º é explicita que é dever da Previdência Social, “assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção por motivos de incapacidade (...) “ o auxílio doença dispõe nos artigos 59, 60, 62, 63.

Há que se ressaltar que dispõe o mesmo estatuto supra descrito que em caso de se evidenciar a impossibilidade de recuperar o trabalhador doente, resta previsto a conversão do auxílio doença a aposentadoria por invalidez, pois o regulamento da Previdência Social inclui como doenças relacionadas ao trabalho os transtornos mentais e comportamentos oriundos do uso do álcool.

Portanto, conclui-se que se o alcoolismo é considerado uma patologia alçada ao patamar de doença profissional é portanto, uma justificativa para a concessão de auxílio-doença e eventual aposentadoria por invalidez.

Por fim, é correto entender que por ser o alcoolismo uma doença que necessita ser tratada medicinalmente, não pode ensejar a justa causa para rescisão do contrato de trabalho, devendo ser revisto o dispositivo do artigo 482, F, da CLT.

Resta correto o entendimento jurisprudencial dos TRT, TST, no sentido de que se deve suspender o contrato de trabalho, devendo ser encaminhado o empregado a tratamento médico, inclusive amparado pelo INSS.

Conclui-se face ao estudo que a legislação deve acompanhar a evolução da medicina, doutrina jurídica e jurisprudencial, vindo a modificar a lei celetista no tocante a entender que a embriaguez habitual e no serviço não é motivo ensejador de demissão por justa causa e sim uma doença a ser tratada.

Por fim finalizo o estudo parafraseando o Ilustre advogado criminalista das Minas Gerais, “Ércio Quaresma Firpe”, que logrou êxito em conseguir se livrar do vício do crack e cocaína, contudo declarou em site da internet que:

> *“consegui me livrar dos maiores vícios que assolam o ser humano, o crack e a cocaína, somente não consegui deixar de ser vítima do preconceito do ser humano contra a referida doença...”.*

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS E BIBLIOGRAFIA.

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva.
- ALMEIDA, André Luiz Paes, Direito Do Trabalho, 8 ed. Ed. Rideel.
- ALMEIDA, Amador Paes de. CLT comentada. 3 ed. São Paulo, Saraiva.
- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático De Direito Do Trabalho. 16. Ed. São Paulo, Saraiva.
- ALMEIDA, Isis de. Manual De Direito Do Trabalho. São Paulo, LTr, 1998.
- BARATA SILVA, Carlos Alberto. Compendio De Direito Do Trabalho, Parte Geral E Contrato Individual De Trabalho, São Paulo; LTr, 1976.
- CARRION, Valentin, Comentários aCLT, 2013, Saraiva.
- COSTA FILHO, Armando Casemiro, CLT 2016, Ed. LTr, 46º.
- Constituição Federal 1988, Ed. RT, São Paulo. Ed. 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho, Curso De Direito Do Trabalho, Ed. LTR,2016.
- FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.
- GIGLIO, Wagner D. Justa Causa 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.22 ed.São Paulo; atlas,2006.
- MARTINS, Melchíades Rodrigues, justa causa, São Paulo: LTr.2010.
- MANGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Direito coletivo do Trabalho. 3.ed.3. São Paulo: LTr, 1993. V3.

- MARANO, Vicente Pedro. As Drogas E O Trabalho: Alcoolismo, Tabagismo, Drogas, AIDS / Vicente Pedro Mariano – São Paulo: LTr, 2014.
- MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. Vol.I.Atual. – São Paulo; LTr.2005.
- NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 17 ed. São Paulo;Ltr.
- PAULINO, Wilson, Drogas. São Paulo: Ática. 1984
- PLÁ RODRIGUES, Américo, Princípios Do Direito Do Trabalho, São Paulo, LTr, Ed. USP 1978.
- SUSSEKING. Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho, vol.1.22.ed.São Paulo; LTR, 2005.
- VAISSMAN, Magda. Alcoolismo No Trabalho – Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2004.
- www.tst.jus.br
- ww2.trtsp.jus.br
- www.stf.jus.br
- www.guiatrabalhista.com.br
- www.planalto.gov.br/ccivil
- www.jusbrasil.com.br
- www.cisa.org.br - Centro de Informações sobre Saúde e álcool
- www.alcoolicosanonimos.org.br / www.aa.org.br
- www.na.org.br - narcóticos anônimos.
- www.imesc.sp.gov.br

- dicionariodoaurelio.com/alcool.
- wikipedia.org
- Pesquisa de campo: Reunião em AAA/SP.